

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO**



**TEMA DE INVESTIGACIÓN
ANÁLISIS DEL DELITO DE COHECHO ACTIVO DESDE LA
PERSPECTIVA DE LA CORRUPCIÓN, COMO MANIFESTACIÓN DE LA
DELINCUENCIA ECONÓMICA EN EL SALVADOR.**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO.**

**PRESENTADO POR:
ALMA MIRELLA VEGA GUZMÁN.**

**DOCENTE ASESOR:
DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO.**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 30 DE ABRIL DE 2021.

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga LÓPEZ

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

A DIOS Padre y a su Hijo Jesucristo.

A mis amados Padres Alma Guzmán y Oscar Vega, y a mis queridos hermanos.

Y especialmente,

A mi querido amigo, Ing. Juan Molina.

A mi querida colega y amiga, Licda. Jasmín Alvarado.

A todas las personas que incidieron favorablemente en la culminación de mi proceso de investigación de esta tesis de Maestría.

Mis más sinceros agradecimientos por ayudarme a finalizar este proceso, el cual, no se hubiera concretado, sin el apoyo de cada uno de ustedes.

Mirella Vega.-
Abril, 2021.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	i
LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	ii
INTRODUCCIÓN	iii
CAPÍTULO 1	
APROXIMACIÓN AL DELITO DE COHECHO	1
1.1 Contextualización histórica y legal inmediata al cohecho en El Salvador.....	2
1.1.1 Generalidades	2
1.1.2 Antecedentes normativos del cohecho en El Salvador	5
1.2 Aproximación terminológica sobre el concepto de cohecho	11
1.3 El bien jurídico tutelado en el delito de cohecho	18
1.3.1 Concepción clásica del bien jurídico tutelado en el cohecho	19
1.3.2 El bien jurídico tutelado en el cohecho en sentido plural	23
1.4 La tipología del cohecho y el injusto: cohecho pasivo –propio e impropio-, cohecho activo y cohecho transnacional	27
1.4.1 Cohecho pasivo	27
1.4.2 Cohecho activo	37
1.4.3 Cohecho transnacional	42
1.5 Las actividades concursales en el cohecho	45
1.5.1 Concurso de delitos y de leyes entorno a la conducta del cohecho	46
1.5.2 El concurso de leyes en relación con los cohechos regulados en la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras	52

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL COHECHO ACTIVO COMO DELITO DE CORRUPCIÓN54

2.1 El concepto de corrupción pública	55
2.2 El cohecho activo como delito de corrupción pública.....	62
2.2.1 La importancia a nivel internacional de criminalizar al particular que participa en el ciclo de la corrupción	66
2.2.2 La relevancia en el ámbito nacional, de la criminalización de la conducta del particular que participa en el fenómeno de la corrupción, trasladado al lenguaje jurídico penal	70
2.3 El cuestionamiento de la terminología del cohecho activo.....	72
2.3.1 Antecedentes legislativos inmediatos que justifican el término.....	72
2.3.2 Críticas al término de cohecho activo utilizado en el Código penal actual	73
2.4 La intervención del particular en el contexto de la corrupción pública y la afectación del bien jurídico en el delito de cohecho activo	77
2.4.1 Características de la intervención que tiene el particular.....	78
2.4.2 El bien jurídico que se tutela en el cohecho de particular, en el contexto de la corrupción.....	81
2.5 Estructura del injusto típico del cohecho activo, como delito de corrupción	85
2.5.1 Sujetos en el cohecho activo	86
2.5.2 Conducta típica del cohecho activo	88
2.5.3 Los conceptos de dádiva o ventaja indebida, ofrecida por el particular en el cohecho activo	90
2.5.4 <i>Iter criminis</i> , consumación y penas.....	92

2.6 Naturaleza jurídica del cohecho activo: unilateral o bilateral	95
2.6.1 Carácter bilateral del cohecho activo	95
2.6.2 Carácter unilateral	97
2.6.3 Toma de postura.....	100

CAPÍTULO 3

LA CORRUPCIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA.....102

3.1 Corrupción y delincuencia económica	103
3.1.1 La corrupción en el sector privado y delincuencia económica.....	105
3.1.2 La interrelación entre la corrupción pública y privada, como manifestación de la delincuencia económica.....	111
3.2 La participación de la persona física en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica.....	115
3.2.1 La persona física como delincuente económico y como delincuente de cuello blanco. Referencia a sus distinciones	117
3.3.2 Particularidades del delincuente económico o de cuello blanco del sector privado	124
3.3 La participación de la persona jurídica en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica.....	126
3.3.1 De la responsabilidad penal de la persona jurídica por su participación en actos de corrupción	129
3.3.2 De la responsabilidad civil de la persona jurídica por su participación en actos de corrupción y la cláusula penal “actuar por otro”	137
3.4 La delincuencia económica, transnacional y organizada, en el ámbito de la corrupción.....	140

3.4.1 Breve referencia doctrinal.....	141
3.4.2 Aproximación a los instrumentos internacionales principales que fundamentan la criminalización del fenómeno de la corrupción a partir de su vinculación con la delincuencia económica, organizada y transnacional	145
3.4.3 Reconocimiento en el ámbito nacional, de la criminalización del fenómeno de la corrupción y su vinculación con la delincuencia económica, organizada y transnacional.....	149
3.5 Breve referencia a la experiencia española, en el abordaje jurídico penal al fenómeno de la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica.....	153
3.5.1 Delito de cohecho activo.....	157
3.5.2 Delito de corrupción privada o de corrupción en los negocios.....	164
3.5.3 La corrupción en las transacciones comerciales internacionales	169
3.5.4 La financiación ilegal de los partidos políticos	171

CAPÍTULO 4

LIMITACIONES A LA REGULACIÓN JURÍDICA SALVADOREÑA PARA SANCIONAR PENALMENTE EL COHECHO ACTIVO COMO MANIFESTACIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA.....

4.1 Aproximación al cohecho activo como delito de corrupción, como manifestación de la delincuencia económica.....	175
4.2 Marco jurídico a nivel internacional para combatir el cohecho activo	179
4.2.1 La <i>Foreign Corrupt Practices Act</i> de Estados Unidos, como primera ley extranjera que señala el castigo del cohecho activo transnacional	180

4.2.2 Instrumentos supranacionales vinculantes contra la corrupción, especial referencia a la respuesta penal frente al cohecho activo	183
4.3 Límites normativos a la regulación jurídico penal salvadoreña para combatir el cohecho activo, como modalidad de delincuencia económica	193
4.3.1 Consideraciones relativas al tipo penal del cohecho activo del art. 335 CP	193
4.3.2 Hacia una mejor configuración jurídico-penal del cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica	199
4.4 Límites normativos extra penales a nivel nacional para combatir el cohecho activo, como modalidad de delincuencia económica.....	204
4.4.1 Generalidades normativas vinculadas al cohecho de funcionario	205
4.4.2 Normativas extrapenales que inciden en el tratamiento del cohecho de particular	209
4.4.2.1 Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública	209
4.4.2.2 Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita	214
4.4.2.3 Código de comercio.....	217
4.5 Reflejo en los tribunales salvadoreños de la aplicación práctica del cohecho activo como manifestación de la delincuencia económica	221
4.5.1 Aplicabilidad del cohecho por parte de los operadores jurídicos	222
4.5.1.1 Situación actual de la aplicación práctica del cohecho como delito	223

4.5.1.2 Situación actual de la aplicación práctica de la LEDAB respecto de bienes procedentes de actividades ilícitas de corrupción.....	227
4.5.2 Análisis de sentencias relacionadas al delito de cohecho activo como manifestación de la delincuencia económica.....	230
4.5.2.1 Resolución con ref. 341C2017 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de 19 de marzo de 2019. No ha lugar a casar la resolución de sobreseimiento definitivo por cohecho activo, en vista que los agentes de la PNC no son funcionarios ni empleados públicos	233
4.5.2.2 Sentencia con ref. INC-243-17 de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, de 26 de abril de 2018 Sentencia confirmatoria parcial de la condena por Cohecho propio y Cohecho impropio. Especial referencia a la aplicación del concurso de delitos en el cohecho.....	235
4.5.2.3 Sentencia con ref. 128-2019 del Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, de 1 de octubre de 2018. Sentencia condenatoria en procedimiento abreviado en contra de empresario que sobornó a funcionario público para beneficiar a su empresa para obtener la adjudicación de un contrato.....	240
CONCLUSIONES	246
RECOMENDACIONES.....	264
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	272

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Sentencias de cohecho emitidas por los Tribunales de Sentencia	224
Tabla 2. Comparativa de estadísticas de requerimientos y sentencias de cohecho.	225
Tabla 3. Sentencias declarativas o no se extinción de dominio	229

RESUMEN

En la presente investigación de tesis titulada “*Análisis del delito de cohecho activo desde la perspectiva de la corrupción como manifestación de la delincuencia económica en El Salvador*”, se expone un análisis dogmático de la regulación jurídica salvadoreña relacionada al combate del cohecho activo como delito de corrupción, como manifestación de la delincuencia económica. Lo anterior, situado en contextos en que, una persona física particular, al amparo de una persona jurídica, ofrece o entrega dádivas a un funcionario o empleado público, para que este realice un acto en el ejercicio de su cargo, relacionado a una transacción económica o comercial en el ámbito nacional.

A partir de dicho análisis, se advierte que, a pesar de regularse en el Código penal salvadoreño el delito de cohecho activo en el art. 335 CP y que algunas normativas extrapenales prohíben o sancionan conductas relacionadas a actos de corrupción, éstas resultan ser insuficientes al advertirse restricciones legales para sancionar de manera adecuada el cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica.

En tal sentido, al concluir esta investigación, se presentan valiosas propuestas de *lege ferenda* a fin de superar las restricciones legales advertidas, tanto en la construcción normativa del cohecho activo -a través de una tipificación más adecuada-, así como en otras normativas extrapenales vinculantes, que permitirán afrontar de mejor forma, las conductas de cohechos cometidos por particulares, como manifestación de la criminalidad económica.

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

art./arts.	artículo/s
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
Cn.	Constitución de la República de El Salvador
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
CP	Código Penal de El Salvador
CPE	Código Penal de España
CPP	Código Procesal Penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia de El Salvador
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FGR	Fiscalía General de la República
LACAP	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
LAIP	Ley de Acceso a la Información Pública
LEDAB	La Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita
LEG	Ley de Ética Gubernamental
LESIA	Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	Organización de los Estados Americanos
SC	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador
SP	Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador
TEG	Tribunal de Ética Gubernamental
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

INTRODUCCIÓN

El presente documento contiene la tesis de investigación cuyo tema es “*Análisis del delito de cohecho activo desde la perspectiva de la corrupción como manifestación de la delincuencia económica en El Salvador*”, el cual, se ha realizado con la finalidad de describir los principales postulados doctrinales y normativos que permiten enmarcar el fenómeno de la corrupción como una modalidad más de la criminalidad económica, siendo uno de los delitos donde más se manifiesta el cohecho activo o también denominado cohecho de particular.

De igual forma, el presente trabajo se ha realizado para dar a conocer cuáles son las restricciones legales que presenta la regulación jurídico salvadoreña, para combatir adecuadamente a las personas que realizan el cohecho activo como manifestación de la delincuencia económica; lo cual constituyó el problema de investigación; así como también, plantear valiosas propuestas de *lege ferenda* que coadyuvaran en desvanecer o enfrentar tales limitaciones.

Las razones que justificaron la presente investigación se sitúan en la novedad de su tópico, en vista que en El Salvador no existen investigaciones que profundicen en el cohecho activo desde esta perspectiva; además, en la actualidad se vislumbra la expansión de la corrupción, que ha trazado sus fronteras de los países nacionales hacia otros Estados, adoptando en muchos casos el carácter transnacional y organizado de las personas que participan en el ciclo de la corrupción, donde la delincuencia económica se ha servido de la delincuencia funcional para satisfacer sus intereses espurios.

Así también, debe decirse que ese ciclo de corrupción se vislumbra no solo en el ámbito internacional, sino también en el ámbito nacional, es decir, en el interior de los Estados, de lo cual, El Salvador no está exento, lo que se

observa reflejado a partir de las conexiones irregulares de funcionarios públicos nacionales y altos directivos de empresas, siendo estos últimos beneficiados en el contexto de actividades económicas o transacciones económicas nacionales.

En tal sentido, para alcanzar los fines de esta investigación se utilizó los métodos descriptivo y cualitativo, partiendo de una revisión de la doctrina, así como del marco normativo y los criterios jurisprudenciales documentados, describiéndose cada uno de sus componentes. Lo anterior permitió visibilizar la relación entre corrupción pública y la criminalidad económica, desde la perspectiva del delito de cohecho activo, a partir del desarrollo dogmático y jurídico de las variables en estudio.

En ese hilo de ideas, en el capítulo 1 se expone la aproximación al delito de cohecho, para lo cual, se parte de la exposición de los antecedentes históricos y normativos inmediatos del cohecho en El Salvador, incluyendo en tal apartado la aproximación terminológica sobre el concepto de cohecho desde las posturas doctrinarias. Seguidamente, se presentan las diversas teorías que buscan concretar el bien jurídico tutelado en el delito de cohecho, además de señalar las diversas tipologías de cohecho reconocidos por la doctrina y particularmente su reflejo en la normativa legal salvadoreña, sintetizadas en los cohechos pasivo, activo y transnacional; y por último se señalan las actividades concursales del delito de cohecho cuando coinciden con otras conductas delictivas.

Posteriormente, en el capítulo 2 se presenta un análisis jurídico penal del delito de cohecho activo como delito de corrupción, el cual se encuentra regulado en el art. 335 CP; para ello, se parte inicialmente desde las distintas tesis que buscan brindar el concepto de corrupción pública y la identificación del cohecho activo como uno de los delitos donde más se manifiesta este

fenómeno. Asimismo, en el referido capítulo, se exponen las diversas posturas que cuestionan el uso del término del cohecho activo, siendo el *nomen iuris* designado para describir la conducta típica del cohecho de particular, que es la persona particular que ofrece, promete o entrega el soborno a un funcionario o empleado público; así, se zanja posteriormente, la importancia de la participación de la persona particular en el contexto del ciclo de la corrupción pública.

Igualmente, en el capítulo en cita, se presenta el análisis de la estructura que contiene el injusto penal del cohecho activo, los aportes de la doctrina en cuanto a la concreción del bien jurídico que tutela esta modalidad de cohecho, desde la perspectiva del riesgo que supone la conducta del particular que soborna al funcionario público, y se concluye con la distinción entre el carácter unilateral y bilateral del cohecho activo, que sitúa la naturaleza jurídica del mismo.

En el capítulo 3 se presentan valiosos postulados que permiten arraigar la corrupción como manifestación de la delincuencia económica; para ello se inicia describiéndose brevemente el flagelo de la corrupción que surge en las organizaciones privadas y su interrelación con la corrupción pública. Seguidamente, se da a conocer los sujetos particulares que protagonizan la delincuencia económica en el ciclo de la corrupción, referidos tanto a la persona física como a la persona jurídica, presentándose las características de dicha criminalidad y el protagonismo que tienen en el ciclo de la corrupción.

Posteriormente, en este capítulo se hace breve referencia a la participación del delincuente económico dentro de la “gran corrupción”, cuando ésta se expande cruzando las fronteras de los Estados, partiéndose de la corrupción pública vinculada con la criminalidad económica transnacional y organizada, así como la preocupación de la Comunidad internacional en la lucha contra

dicha delincuencia, que se refleja en la adopción de instrumentos internacionales para su combate. Para culminar dicho capítulo, se apuntan algunos avances en la legislación penal española en cuanto a la criminalización de conductas de corrupción como modalidad de la delincuencia económica, tomando en cuenta su influencia en la normativa penal de El Salvador, que puede ser útil para retomarse algunas particularidades de dicha legislación extranjera, en cuanto al abordaje normativo que ha tenido para enfrentar este fenómeno.

Para concluir, en el capítulo 4 se parte de la concreción del delito de cohecho como manifestación de la delincuencia económica, describiéndose sucintamente aquellos instrumentos internacionales que señalan las directrices para combatir las conductas de cohecho vinculadas con la criminalidad económica. Asimismo, en este apartado se señalan las principales limitaciones legales en materia penal y extra penal para sancionar penalmente el cohecho activo concretizado como delito de corrupción, como manifestación de la delincuencia económica, planteándose valiosas propuestas de *lege ferenda* para desvanecer las mismas.

En ese hilo de ideas, se finaliza el capítulo 4 con la exposición de la aplicabilidad que ha tenido el cohecho en El Salvador, por parte de los operadores jurídicos, y se presenta un análisis sintético de algunas sentencias relacionadas al cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica. Seguidamente se culmina este trabajo exponiéndose las conclusiones y recomendaciones que derivan de la presente investigación, destacándose en lo relevante, valiosas propuestas de reformas al tipo penal del cohecho activo para un tratamiento jurídico penal más adecuado, al situarse como modalidad de la delincuencia económica.

CAPÍTULO 1

APROXIMACIÓN AL DELITO DE COHECHO

Sumario: **1.1** Contextualización histórica y legal inmediata al cohecho en El Salvador. **1.2** Aproximación terminológica sobre el concepto de cohecho. **1.3** El bien jurídico tutelado en el delito de cohecho. **1.4** La tipología del cohecho y el injusto: cohecho pasivo, cohecho activo y cohecho transnacional. **1.5** Las actividades concursales en el cohecho.

Introducción y propósito

El presente capítulo con el que se da inicio a la investigación, tiene el propósito de dar a conocer las generalidades del delito de cohecho, a fin de dar a conocer la construcción normativa de esta figura delictiva que se describe como la esencia de la corrupción. A efecto de lo anterior, se parte de los antecedentes históricos legales inmediatos en El Salvador del cohecho como delito, lo que permitirá observar la evolución normativa que ha tenido desde el primer Código penal salvadoreño; igualmente se brinda la conceptualización del término de cohecho y su vinculación con la esencia misma de la corrupción.

Posteriormente, en este capítulo se brinda una aproximación del bien jurídico que tutela el cohecho, donde se presentan diversas tesis doctrinarias que conducen a su concreción. Seguidamente, se señalan las diferentes tipologías de cohecho existentes en la normativa como son, el cohecho de funcionario y el cohecho de particular, en sus distintas modalidades activa y pasiva, y el carácter transnacional que se presenta en algunos supuestos; finalmente, se

exponen las actividades concursales que pueden rodear los supuestos de cohecho.

Tales aproximaciones permitirán tener un panorama de la figura delictiva del cohecho que es útil para sentar la plataforma de los subsiguientes capítulos que componen esta investigación.

1.1 Contextualización histórica y legal inmediata al cohecho en El Salvador

1.1.1 Generalidades

El tipo penal de cohecho se ha considerado desde sus inicios, como el acto delictivo que se identifica con la esencia misma de la corrupción, situado como el mayor de los hechos criminales que refleja este fenómeno¹. De hecho, a nivel mundial, se prohíbe al menos la conducta del “*cohecho quid pro quo o proprio*”², que supone la entrega de una dádiva o beneficio indebido, generalmente económico, para que el funcionario realice un acto ilegal, en el ejercicio del cargo, con fines diferentes a los públicos³.

Así, el cohecho concebido tradicionalmente como una conducta que daña únicamente el correcto funcionamiento de la Administración pública, dónde la población pierde la confianza en la imparcialidad con la que deben actuar los funcionarios públicos, se situaba en conectar el fenómeno de la corrupción con

¹ Norberto J. de la Mata Barranco, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 17 (2006): 87, <https://dialnet.unirioja.es/>

² Adán Nieto Martín, “La prevención de la corrupción”. En *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), acceso el 26 de octubre de 2020, <http://www.tirantonline.com>

³ De la Mata, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”: 87.

la conducta del funcionario público, y no tanto al particular que intervenía al entregar la dádiva.

De esa manera el cohecho, desde su génesis, se construye como el tipo penal central de la corrupción, en el eje de los delitos contra la Administración pública⁴, zanjado inicialmente con un carácter bilateral –sin incluirse el carácter unilateral como se observa en la actualidad⁵-, en el cual, era necesario para su consumación, el acuerdo entre dos personas: el funcionario y el particular⁶. De igual forma, se asignaba al particular como el sujeto “corruptor” que buscaba al funcionario para corromperlo, lo que suponía que, *“una persona tomaba la iniciativa sin que al funcionario se le plantease la posibilidad de cometer el delito hasta ese momento... sin plantearse que también de manera natural y de forma activa el funcionario pudiera ser quien se dirigía al particular con el fin indicado”*⁷.

Lo anterior se vio reflejado en la legislación salvadoreña, donde el delito de cohecho y esa característica de bilateralidad, resultan tan antiguos como el primer Código penal –en adelante CP o Código penal- de 1826, dado que en todas las codificaciones penales salvadoreñas se ha señalado con tal *nomen iuris*⁸. Lo anterior denota que, aunque se considera que el cohecho como delito

⁴ Norberto J. de la Mata Barranco, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, (Bilbao: Universidad de Deusto, 2009), 153.

⁵ Por eso, los delitos de cohecho se les señaló con una visión extorsiva de la corrupción, y se cuestionó por un tiempo si debía elevarse a categoría delictiva, la conducta del particular que interviene, es decir, se debatía sobre la autonomía del Cohecho activo. Adán Nieto Martín, *“Corrupción en los negocios”*, en Derecho penal económico y de la empresa. Ed. Dykinson, Madrid, 2018, 415.

⁶ Dulce Santana Vega, “Actividad económica y corrupción”. En Manual de Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial, tomo 2 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 327.

⁷ Javier Muñoz Cuesta, “Delitos de cohecho”. En: Estudios jurídicos, 2017, 6.

⁸ Los Códigos penales que ha tenido El Salvador son los siguientes: 1) Código penal de 1826, 2) Código penal de 1859, 3) Código penal de 1881, 4) Código penal de 1904, 5) Código penal

que describe el fenómeno de corrupción, ha existido desde la misma humanidad⁹, su reconocimiento legal en El Salvador, como conducta delictiva que aquejaba en el país, se produce, al menos desde hace casi dos siglos.

Por otra parte, debe decirse que en el ámbito constitucional, fue a partir de 1841, cuando, la Asamblea Nacional del Estado de El Salvador, declaró que El Salvador era una nación libre, independiente y soberana¹⁰, y se crea esta primera Constitución de la República de El Salvador de 1841, en la que se reconoció la responsabilidad de los magistrados en actos de cohecho y soborno, así como de los delitos que cometan¹¹.

Así, debe decirse que la responsabilidad de los funcionarios por delitos que comentan, donde se entiende que se incluyen aquellos realizados en el marco de la Administración pública, fue un tema que preocupó al constituyente desde ese entonces, puesto que reconoció tal responsabilidad desde la Carta magna de 1841 hasta la Constitución vigente actual de 1983, a fin que tales actos fuesen castigados¹². De hecho, en la Constitución de 1883, se señaló que

de 1974, y 6) Código penal de 1998. Miguel Alberto Trejo Escobar, *Curso de Derecho penal salvadoreño: Parte general, vol. I, Nociones fundamentales*, (San Salvador: Triple "D", 2002), 221-240.

⁹ Carlos Vielba Escobar, "Una aproximación al delito de cohecho", *Revista Jurídica de Canarias*, n.º 28 (2013). <http://www.tirantonline.com>

¹⁰ José Carlos Molina Méndez, "El constitucionalismo liberal salvadoreño y la garantía del amparo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de El Salvador*, n.º 11 (2015): 54, <http://biblioteca.utec.edu.sv:8080/jspui/bitstream/11298/1034/1/112981034.pdf>

¹¹ "Art. 50.- Los magistrados se hacen responsables por traición, venalidad, cohecho ó soborno, falta grave en el ejercicio de sus funciones y por delitos comunes que merezcan penas mas que correccional". Constitución Política de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1841), art. 50.

¹² Cf. Constitución Política de El Salvador de 1864, arts. 67 y 69; Constitución de 1871 arts. 75, 90 y 92; Constitución de 1872, arts. 125-133, Constitución de 1880 arts. 120-128; Constitución de 1883, arts. 125-132; Constitución de 1886, arts. 138-147; Constitución de 1939, arts. 176-187; Constitución de 1945, arts. 161-170; Constitución de 1950, arts. 211-220 y en la Constitución vigente de 1983, 235-245. Así, por ejemplo, el art. 67 de la Constitución Política de El Salvador de 1864 disponía lo siguiente: "El presidente de la República, los Magistrados de la Suprema Corte, Ministros del Gobierno, Agentes diplomáticos y consulares, empleados y demás depositarios de la autoridad pública son responsables en lo que a cada uno concierne de todos los actos del Gobierno y de la Administración. La Responsabilidad de

producía acción popular contra magistrados y jueces, cuando éstos cometan cohecho¹³.

Ahora bien, la figura del cohecho se reconoció en la legislación penal salvadoreña mucho antes que en la normativa constitucional, pues, como se dijo *supra*, los actos de corrupción se castigaron como delito desde el primer Código penal salvadoreño como se referirá *infra*. No obstante, debe recordarse que la legislación penal salvadoreña ha sido influenciada desde sus primicias por la legislación penal española¹⁴, en la cual se reguló también el cohecho como delito, desde su primer Código penal.

Empero, es importante señalar que, en ninguna de las codificaciones penales de El Salvador, se reguló de forma específica y diferenciada, la actuación del particular que realiza el soborno a un funcionario para que realice un acto, en el que se beneficie una persona jurídica. A ello se debe referir a continuación.

1.1.2 Antecedentes normativos del cohecho en El Salvador

En ese sentido, el Código penal de 1826 ubicó el cohecho en el Título VI “De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, bajo el capítulo II, denominado: “*De los sobornos, cohechos y regalos, que se hagan a los que ejerzan algún empleo o cargo público*”¹⁵, de cuyo tópico se extrae a *prima facie*, que el legislador al parecer segregaba los términos de

los Ministros será mancomunada con la del Presidente, excepto en los casos en que hayan salvado su voto, consignándolo en un libro que se llevará al efecto” y el art. 69 señalaba: “Solo por conducto de la Cámara de Diputados se podrá acusar ante el Senado al Presidente de la República, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Ministros del Gobierno, Agentes diplomáticos y Cónsules generales por traición, venalidad, usurpación de poder, falta grave en el ejercicio de sus funciones y delitos comunes que merezcan pena afflictiva”. Constitución Política de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1864), arts. 67 y 69.

¹³ Constitución Política de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1883), art. 114.

¹⁴ Trejo, *Curso de Derecho penal salvadoreño: Parte general, vol. I, Nociones fundamentales*, 198.

¹⁵ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Ordinaria, 1826), arts. 433-441.

soborno, cohecho y regalo¹⁶ -el cual fue corregido en el siguiente Código penal de 1881, bajo el epígrafe de “cohecho”-¹⁷; asimismo, destaca el sujeto al que se corrompe, es decir al funcionario, y no el particular que realiza el soborno.

Así, el cohecho se disgregaba en varias disposiciones penales en los que se describió distintas modalidades de conductas típicas, que, sin decirlo expresamente el legislador, constituyen cohechos pasivos en su mayoría, y con menos atención y con dependencia de los primeros, cohechos activos, que se diferencian, por una parte, el sujeto que acepta dicho regalo o soborno, es decir, el funcionario -cohecho pasivo- y el sujeto particular que entregaba el soborno o regalo (cohecho activo).

De esa manera, el CP de 1826 sitúa primeramente una serie de modalidades de cohecho pasivo, donde el sujeto activo debe tener una cualidad especial, de ser juez de hecho o de derecho, arbitro o funcionario público –y en algunos casos empleados del gobierno-, que acepte, admita o se convenga en admitir: el soborno, cohecho o regalo, *para* realizar supuestos alternativos que se diferenciaban por el legislador así: 1) prevaricación realizada por soborno, 2) proveer o proponer empleo, cargo u oficio, 3) realizar algún acto contrario a su obligación o no realice un acto al que esté obligado, 4) aceptar un regalo para realizar un acto propio de su cargo u oficio, “*aunque sea justo*”¹⁸, o para dejar de realizar un acto que no deba ejecutar. Las penas que se imponían eran la

¹⁶ En la actualidad el soborno y regalo pueden incluirse dentro del término cohecho, ya que, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, sobornar significa “dar dinero o regalos a alguien para conseguir algo de forma ilícita”, como se observa, el concepto “regalo” está incluido en el soborno. Igualmente, el término cohechar significa en su segunda acepción “sobornar, corromper con dádivas al juez, a una persona que intervenga en el juicio a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo que se pide”, por lo cual, se colige que el cohecho comprende tanto los términos de regalo como soborno.

¹⁷ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: El Supremo Poder Ejecutivo, 1881), arts. 335-342.

¹⁸ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Ordinaria, 1826), art. 437.

reclusión de cuatro años o menos, hasta la pérdida del cargo o empleo y la multa¹⁹.

Como se advierte, la conducta típica del cohecho, inicialmente reflejaba un carácter bilateral al menos en el cohecho de funcionario, en el cual, para subsistir, debía concurrir un pacto negociado entre el funcionario y el particular, puesto que en el cohecho pasivo no se incluyó la conducta típica de “solicitar” el soborno al particular.

Por otra parte, se observa con menos atención en dicha normativa, la conducta del particular que entrega ese soborno o regalo al funcionario, dicha acción era descrita a través de los actos de sobornar, cohechar o regalar al sujeto que ejerce el cargo público: juez, arbitro o funcionario, para realizar alguna de las conductas descritas para la modalidad pasiva del cohecho; y le correspondía la pena de reclusión que no excedía de tres años, la cual era atenuada en los casos el funcionario no aceptare el soborno²⁰.

Por ello, a pesar que la conducta del particular en el cohecho, no incluyó en su descripción típica el verbo rector *ofrecer*, éste se deduce de la sanción que se impone al particular, cuando el funcionario no aceptaba el soborno, de lo cual, el particular recibía una atenuación de la pena, e incluso la multa a imponer equivaldría al precio ofrecido en el soborno²¹.

¹⁹ Las penas que establece el Código penal de 1826 varían dependiendo de la conducta de cohecho realizada. De esa manera, el cohecho por soborno –entregado o prometido-, se sanciona con pena de cuatro años de reclusión y la privación de los derechos civiles (art. 433); el cohecho a favor de una persona, en el que el funcionario en el giro de sus funciones, provea o proponga para su provisión algún cargo, oficio o empleo público, la pena es la misma que la del soborno por cohecho (art. 434), entre otras.

²⁰ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Ordinaria, 1826), arts. 439-440.

²¹ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Ordinaria, 1826), art. 439.

Las modalidades de cohecho mantuvieron esencialmente la conducta prohibitiva en los siguientes códigos penales, con algunas matizaciones -a pesar que la normativa no señalaba expresamente la denominación distintiva entre ambos cohechos: pasivo y activo-, por ejemplo, en el Código penal de 1881, el cohecho incluyó los términos de dádiva o presente y situaba como sujeto activo del cohecho en la modalidad pasiva, al funcionario público, jurados, árbitros, arbitradores, peritos, asesores, y entre las sanciones se incluyó la inhabilitación especial.

Igualmente, en este CP de 1881, el cohecho pasivo excluyó de la conducta típica, el prevaricato por soborno, pero incluye los supuestos en que la dádiva se entregue para que el funcionario realice un delito o un acto que no constituya delito. Así también, el CP de 1881, atenuó la pena que le correspondía al funcionario que recibe la dádiva al no realizar el acto injusto esperado por el particular; además, incluyó en la conducta típica del particular del cohecho, las acciones de “ofrecer” o “prometer” con dádivas o presentes para corromper a los funcionarios, correspondiéndole igual sanción penal que la del funcionario y se ordenaba el decomiso de las dádivas o presentes²².

Ahora bien, debe señalarse que la naturaleza delictiva del acuerdo en el cohecho, continuó su vigencia en el Código penal de 1904²³, al igual que el carácter bilateral en el cohecho, hasta que en 1974, entró en vigencia el Código penal aprobado en 1973²⁴, en el que se plantean expresamente las distinciones entre cohecho pasivo y cohecho activo, bajo tales *nomen iuris*. Así también, se distinguió entre el cohecho pasivo y el cohecho pasivo impropio,

²² Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: El Supremo Poder Ejecutivo, 1881), arts. 335-342.

²³ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Nacional, 1904), arts. 329-336.

²⁴ Código Penal de la República de El Salvador de 1973 (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1973), art. 450.

los que excluyeron que el objeto del pacto entre funcionario y el particular, fuese un acto que constituya delito, además, en el cohecho pasivo se incluyó en la conducta típica, que el funcionario o empleado público “solicitar” una dádiva o ventaja indebida, o acepte la promesa de una retribución para: 1) hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido –cohecho pasivo-, o 2) hacer un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado (cohecho pasivo impropio).

Como se advierte, la conducta “solicitar”, no implica que se materialice un acuerdo bilateral entre el funcionario y el particular, y se perfecciona con la solicitud que realice el funcionario al particular, lo que denota el carácter unilateral del cohecho en tal supuesto, asignándose la actitud activa en el funcionario, por la que respondería por el cohecho pasivo.

Mientras que la acción típica del cohecho activo del CP de 1973, señalaba la acción de “cohechar” a un funcionario o empleado público, en las formas que se establecían para el cohecho pasivo, sujeto a igual pena que la conducta del funcionario, lo que denota la dependencia del cohecho activo al cohecho pasivo, a pesar que castigaba expresamente la tentativa del cohecho, cuando el funcionario no aceptaba la dádiva ofrecida, pero sin que se incluya en el cohecho activo, la conducta típica de “aceptar” la solicitud de la dádiva de parte del funcionario²⁵.

Así, la aproximación legal histórica de la conducta de cohecho, culmina con el Código penal de 1998, vigente actualmente en El Salvador, que regula las conductas de cohecho pasivo –propio e impropio- y cohecho activo, en las que, algunas acciones del funcionario y del particular se configuran con un carácter unilateral. En tal sentido, la conducta del funcionario de “solicitar” la dádiva, se

²⁵ Código Penal de la República de El Salvador de 1973 (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1973), artículos 444, 445 y 450.

perfecciona sin depender de la actitud que adopte el particular, y en esta legislación, en el cohecho activo se abandona el verbo “cohechar”, y se introduce, la acción de “ofrecer”, prometer o entregar la dádiva; de ello se observa la iniciativa del particular en el cohecho, de ofrecer la dádiva, del cual, puede negarse el funcionario en aceptar el ofrecimiento, pero que, subsistirá el cohecho activo.

Particularmente, el cohecho activo en las transacciones internacionales se introdujo por primera vez en El Salvador, mediante reforma al CP en el 2006, bajo el *nomen iuris* de soborno transnacional²⁶, que traslada al lenguaje jurídico penal, la corrupción que acontece en el contexto de la criminalidad transnacional. Así, este tipo penal castiga como conducta típica, el particular que ofrezca, prometa u otorgue a un funcionario de otro Estado u organización internacional, dinero u otro bien de valor económico, a fin que el funcionario realice u omita un acto propio de sus funciones, en el giro de una transacción económica o comercial.

Lo anterior, permite aproximarse a la corrupción como una de las manifestaciones de delincuencia económica, ello se afirma así, porque tal y como bien refiere Norberto de la Mata, en este delito, la afectación al bien jurídico se aleja del buen funcionamiento de la Administración pública, acercándose más a cuestiones económicas²⁷.

El estudio del cohecho activo en la legislación penal salvadoreña vigente se aborda de manera superficial este apartado, porque será tratado posteriormente con mayor profundidad en el desarrollo de esta investigación.

²⁶ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1998), art. 335-bis.

²⁷ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 156.

1.2 Aproximación terminológica sobre el concepto de cohecho

La doctrina no ha sido pacífica al pretender concretar la raíz etimológica del término “cohecho”, ello se afirma así, dado que para un sector, deriva de la locución latina *conficere*, y en castellano antiguo del siglo XIII de la palabra *confeitar*, que es lo mismo que “*sobornar o corromper a un funcionario*”²⁸. Mientras que, otro sector doctrinal refiere que el cohecho deriva de la voz latina *coactare*, que implica obligar o compeler, y finalmente, otra postura considera que el término cohecho proviene de la palabra *confectare*, que significa preparado o arreglado²⁹.

Debe decirse que las primeras conceptualizaciones del cohecho, se caracterizaron por omitir la conducta del particular, así como los supuestos en que el funcionario puede a iniciativa de éste, solicitar la dádiva a un particular. Así, por ejemplo, en la doctrina española se encuentran los reconocidos autores Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, que definieron al cohecho como el mero acto de “*aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio*”³⁰, definición situada en los años cuarenta, atendible a la idea del cohecho de ese entonces, pero que en la actualidad refleja avances considerables.

La palabra “cohecho” es definida de acuerdo a la Dirección de la Lengua de la Real Academia Española –RAE-, en su tercera acepción como aquel “*delito*

²⁸ C. Guillermo Oliver, “Aproximación al delito de cohecho”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 5, (2004): 83-115. <http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%205/APROXIMACION%20AL%20DELITO%20DE%20COHECHO.pdf>

²⁹ Álvaro Alejandro Serrano Romo, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado” (tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2017), 25, <https://idus.us.es/handle/11441/74875>

³⁰ *Ibíd.*, 74.

*consistente en sobornar a un juez o a un funcionario en el ejercicio de sus funciones, o en la aceptación del soborno por parte de aquellos*³¹, con lo cual, parece que el sentido del término se acentúa en el fenómeno de la corrupción pública y no incluye la corrupción privada. En efecto, se observa que, desde tal perspectiva, el cohecho se considera como conducta delictiva en la cual se soborna a un funcionario o autoridad judicial, pero tal enunciado no hace mención al soborno a un directivo de una persona jurídica, por ejemplo, cuando se trate de corrupción en el seno exclusivo de las empresas.

Aunque lo anterior, no debe entenderse que esta definición aportada por la Dirección de la RAE, excluye del cohecho, el soborno que surge del empresario que ofrece la dádiva al funcionario para que realice el acto corrupto, ya que se considera que ello se puede deducir del hecho que no limita quién es el particular, aunque no le dé especial atención. Siendo que este tipo de acciones, merece que se le dé relevancia jurídico penal.

Ahora bien, sobre lo antes relacionado, es importante señalar que el fenómeno de la corrupción se sitúa en el ámbito público, pero también puede situarse en el ámbito privado. Para Carbajo Cascón, la corrupción privada es aquella en la que se da un descarrío fraudulento o arbitrario de las facultades relacionadas al control y decisión de una empresa privada, que conlleva intereses que se contraponen dentro del ámbito privado, afectando los intereses privados y también de forma indirecta, el interés general³².

En El Salvador, debe decirse que la conducta relacionada a la corrupción en el sector privado o llamada “corrupción privada”, no se encuentra regulada

³¹ Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, acceso el 10 de julio de 2020, <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>

³² Fernando Carbajo Cascón, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, n.º 10 (2012): 287, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5978945.pdf>

propriadamente como delito; únicamente algunas tipologías relacionadas como el delito de Competencia desleal³³. No obstante, en la normativa extra penal salvadoreña, sí se encuentran reglas de prevención y represión de la corrupción del sector privado, *ad exemplum*, el Código de comercio³⁴, que a *prima facie*, busca prevenir y castigar sobornos en el ámbito exclusivo del sector privado, que propicien la corrupción privada y supuestos de competencia desleal en los casos que no supongan delito.

Apuntado lo anterior, corresponde ahora aproximarse a la definición doctrinal del cohecho; así, se advierte que la doctrina ha planteado sus propias consideraciones para dotar de contenido a qué debe entenderse por cohecho. En tal sentido, De la Mata refiere al cohecho como el delito que lidera las conductas delictivas que se engloban en la corrupción, en la búsqueda de conseguir un beneficio generalmente económico³⁵, que implica la “*incitación por precio a una instrumentalización del cargo contrario al correcto desempeño de éste*”³⁶, en el cual, el cohecho conlleva que el cargo de funcionario sea utilizado con fines propios o de terceros distintos a los de carácter públicos.

Así también, Muñoz Cuesta define al cohecho como una ventaja o beneficio que alcanza el funcionario por ejecutar actos o por no realizarlos, en relación a su cargo o función, con independencia de que sean justos o no. La finalidad

³³ “Art. 238.- *El que propalare hechos falsos o utilizare cualquier otro medio fraudulento capaz de ocasionar grave perjuicio a un competidor, con el fin de obtener 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*”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 238.

³⁴ Código de comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1970), arts. 275 y 491.

³⁵ Norberto J. de la Mata Barranco, “La lucha contra la corrupción política”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 18 (2016): 8, <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01.pdf>

³⁶ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 157.

de sancionar este tipo de conductas, es que se proteja “*el correcto funcionamiento de la administración pública...para que no se vea alterado ese funcionamiento por las prestaciones o retribuciones de cualquier clase que puedan ser entregadas o prometidas a aquéllos por tercero ajeno a esa función pública*”³⁷.

En similar contexto, refiere Guzmán Dalbora, que el cohecho se refleja como un acuerdo en el que “*una persona da o promete a otra una remuneración, generalmente apreciable en dinero, para que ésta realice algo contrario a su deber o abusando de una prerrogativa suya*”³⁸; como se observa, dicha conceptualización, se sitúa en la teoría bilateral del cohecho que antes se acentuaba en muchas legislaciones penales, que suponía en el cohecho una compraventa. No obstante, en la actualidad la doctrina ya no se decanta en considerar al cohecho como una “venta” o un “pacto” entre dos personas, dado su carácter unilateral en muchas de sus conductas, lo que conlleva a la irrelevancia de que exista o no, un pacto entre dos personas³⁹, aunque ello no niega supuestos en que exista el perfeccionamiento de un acuerdo entre ambas personas.

Por su parte, Nieto Martín señala en cuanto al cohecho, su sentido amplio y restringido, como delito de corrupción. Así, desde la perspectiva amplia, el cohecho se iguala al abuso de poder que ejerce un funcionario, con el propósito de obtener una ventaja indebida, ya sea para él o para otra persona;

³⁷ Muñoz Cuesta, “Delitos de cohecho”. En: Estudios jurídicos, 4.

³⁸ José Luis Guzmán Dalbora, “Esencia y clases del cohecho político”, *Cuadernos de política criminal*, n.º 106 (2012): 226.

³⁹ Lo anterior es así, dado que en muchas conductas de cohecho se reconoce la unilateralidad como una de sus características, donde el acto que importará, será el del funcionario que solicita o acepta la dádiva, y por otra parte, la acción del particular que ofrece la dádiva al funcionario, y en algunos ordenamientos jurídicos, la aceptación del particular, del ofrecimiento por parte del funcionario, pero que en ninguna de ellas es necesario que coincidan dos personas en la ejecución de la conducta de corrupción. Marcelo Echeverría, “Delito de cohecho”. En *Delitos de los funcionarios públicos*, (Madrid: Dykinson, 2019), 134.

mientras que, desde el punto de vista restringido, el cohecho se define como “*la infracción de un deber posicional, que se deriva del desempeño de una determinada función, a cambio de la obtención de un beneficio de cualquier ventaja a la cual no se tiene derecho*”⁴⁰.

En otro sentido, se advierte que, el cohecho pasó de ser –y que aún lo es-, un delito funcional y particular que afecta la integridad de la Administración pública, a incluir actos de corrupción que acontecen externamente del sector público, como es en el sector privado. Por ello se afirma que la terminología del cohecho, a pesar que se le considera incluso, como sinónimo de corrupción⁴¹, éste se ha expandido a otros escenarios⁴².

Así, la doctrina se ha pronunciado de la significación del cohecho desde la perspectiva económica, en el que define al cohecho como un “*contrato ilícito entre el funcionario y el particular o en el caso de corrupción entre privados entre el empleado de una empresa y el de otra*”⁴³. De esa forma, el pacto ilegal entre el funcionario y el particular, supone, en principio, la compraventa de la Administración pública; mientras que el contrato ilegal entre el empleado de una empresa y el de otro empleado de otra empresa, supone compraventa espuria de las decisiones o potestades en el sector privado, *intra* empresa, con respecto de otra empresa.

⁴⁰ Nieto, “La prevención de la corrupción”. En *Manual de cumplimiento penal en la empresa*.

⁴¹ Fernando Navarro Cardoso, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-25 (2016): 4, <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-25.pdf>

⁴² Ejemplos de esa expansión del cohecho, se observa todavía en los delitos contra la Administración de Justicia, donde se reconoce aún la prevaricación por cohecho de los jueces, por otra parte también, el soborno de funcionarios públicos extranjeros, así como el cohecho “*en las actividades empresariales y profesionales*”. Guzmán, “Esencia y clases del cohecho político”, *Cuadernos de política criminal*, 227.

⁴³ Nieto, “La prevención de la corrupción”. En *Manual de cumplimiento penal en la empresa*.

Como se observa, este último punto de vista, incluye en la definición del cohecho, tanto el soborno al funcionario como el soborno al empresario, es decir, tanto la corrupción pública como la corrupción privada, en las cuales, media un pacto ilegal con otra persona, que puede situarse no solo en el ámbito público sino también en el ámbito privado. Acotado lo anterior, es importante que se amplíe el concepto del cohecho a otros supuestos que no afectarían únicamente la Administración pública⁴⁴, como se referirá *infra*.

Por otra parte, en materia de contratación pública, Aoulad Ben Salem refiere que el cohecho puede definirse como ese pago de un soborno, regalía o comisión, que hace el particular al funcionario, a fin de lograr una adjudicación de un contrato a favor de una persona jurídica, “*pago que puede consistir en un porcentaje, que se pacta de forma previa a la adjudicación de una cantidad determinada de dinero, o alguna contraprestación*”⁴⁵.

En efecto, debe decirse que en el cohecho generalmente se presentan dos intervinientes, el funcionario que realiza el acto en el giro de sus funciones a cambio de una dádiva, y por otra parte, el particular que entrega la dádiva al funcionario para ese fin; tales conductas se distinguen con las terminologías de cohecho pasivo y cohecho activo, los cuales a su vez pueden realizarse en las modalidades propias e impropias como se verá adelante, aunque también, más de algún autor les ha señalado con los términos simples de: cohecho realizado por funcionario y cohecho realizado por particular⁴⁶.

⁴⁴ Así, el concepto de cohecho no se vincula únicamente con el soborno a funcionarios en el ámbito del sector público, sino también, con el soborno a particulares, en el marco del sector privado.

⁴⁵ Abdeslam Jesús Aoulad B.S. Lucena, *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia* (Madrid: Dykinson, 2018), 163-164.

⁴⁶ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 155.

En ese hilo de ideas, desde la óptica que tiene la presente investigación, el cohecho es notorio en supuestos donde, generalmente es necesaria la intervención de dos personas, por una parte, la persona que puede adoptar una decisión respecto de la que se desea incidir –que puede ser un funcionario de la Administración o un particular en el seno de una empresa-; y asimismo, es relevante la intervención de otra persona, esta es una persona física que en muchas ocasiones actúa al amparo de una persona jurídica⁴⁷, que incide en el primer sujeto -que puede ser ese funcionario en el contexto de la Administración pública-, a través del ofrecimiento, entrega o promesa de un soborno, o influyendo en éste por conexiones irregulares o ilícitas entre los funcionarios y los empresarios⁴⁸.

A partir de todo lo antes señalado, se deduce que en los conceptos de cohecho aportados por distintos autores, se vislumbran las características comunes siguientes: una persona que tiene una posición o cargo del que se espera el cumplimiento de un deber imparcial y no lo cumple o se pone en riesgo su cumplimiento, ello a cambio de una dádiva o remuneración económica, dónde converge otra persona que tiene el interés de que se realice ese acto o se deje de hacer, por lo que, ofrece, promete o entrega la dádiva a la otra persona que tiene esa posición o cargo, para que lo realice, y conseguir sus intereses ajenos a los que corresponde.

Además, el concepto de cohecho comprende no solo a la corrupción pública sino también a la corrupción privada; ello a pesar que, como bien afirma

⁴⁷ María Acale Sánchez, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, n.º 3-4, (2014): 28, https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/foto/4062DPC_Trim_3-4_2014.pdf#page=9&view=Fit

⁴⁸ Carbajo, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, 299.

Serrano Romo⁴⁹, escasamente el concepto de corrupción se ha vinculado a la acción dentro del ámbito privado, como puede ser en el caso del empleado que facilita a la competencia una información a cambio de obtener un beneficio propio, lejos de los intereses de la empresa que trabaja.

De igual manera, particularmente, cuando el cohecho se da en el ámbito de la corrupción pública, no solo se presenta en supuestos donde un particular soborna a un funcionario y que éste acepta dicho soborno para realizar un acto contrario a los fines públicos, sino que, merece especial atención ese propósito del particular, de conseguir sus fines privados, en el ámbito de las relaciones económicas o comerciales, los que detenta esa persona física, generalmente, cuando actúa al amparo de una empresa, para que esta última sea beneficiada por acto corrupto. De ello será necesario referirse a profundidad posteriormente.

1.3 El bien jurídico tutelado en el delito de cohecho

El bien jurídico penal que se protege en los tipos penales, permite dos conceptualizaciones, como bien refiere Mir Puig, en sentido político criminal, que implica “*lo único que merece ser protegido por el Derecho penal*”⁵⁰, o bien jurídico penal protegible⁵¹; y en sentido dogmático, como es el “*objeto de tutela jurídica*”, es decir, el bien jurídico protegido propiamente dicho, donde puede ejemplificarse, bienes de carácter individual como son, la Vida, Integridad física, libertad sexual; y bienes de carácter colectivo como son Salud pública, Administración pública, orden socioeconómico, entre otros, dado que el

⁴⁹ Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 26.

⁵⁰ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal: Parte general*, 10ª ed. (Barcelona: Reppertor, 2016), 172.

⁵¹ Navarro, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7.

Código penal sanciona ataques específicos a bienes como los mencionados. Interesa aquí referirse a ese sentido dogmático del bien jurídico penal.

En ese sentido, la concreción del bien jurídico penal tutelado en el cohecho ha sido muy debatida en la doctrina, sobre todo porque la doctrina mayoritaria considera al cohecho como un delito de mera actividad y de peligro, como se verá posteriormente; pero resulta útil clarificar ese bien jurídico a los fines de esta investigación, tomando en consideración que las modalidades de cohecho han evolucionado a nuevas formas de delincuencia, particularmente merece mencionar la delincuencia económica y organizada, tal como se señalará *infra*.

1.3.1 Concepción clásica del bien jurídico tutelado en el cohecho

En relación a la noción tradicional de los intereses que protege el cohecho, la doctrina ha definido como bien jurídico protegido un interés situado en el principio de imparcialidad y el riesgo al principio de legalidad, ya que la Administración debe estar ausente de injerencias al momento que se adopten decisiones en el quehacer público, puesto que deben estar orientadas en la legalidad de su ejercicio⁵²; en ese sentido, en el cohecho, el funcionario adopta una decisión que no obedece a intereses jurídicos que legitimen su adopción⁵³. Igualmente, el cohecho se ha concebido como una conducta delictiva que lesiona o pone en peligro el correcto funcionamiento del Estado o de la

⁵² En esa idea, Muñoz Cuesta expone que, al “*desempeñar la función pública movido por el rendimiento ajeno a los emolumentos establecidos por ley o los beneficios que se puedan obtener, en connivencia o no con particulares, supone quebrantar directamente el deber de imparcialidad e indirectamente otros bienes como la pérdida de prestigio o confianza que ante el ciudadano deber tener la administración pública, pero unido al deber de imparcialidad, insistimos, con la comisión del delito de cohecho queda afectado seriamente el funcionamiento, conforme a la ley que la regula, de la administración pública en cualquiera de sus modalidades*”. Muñoz Cuesta, “Delitos de cohecho”. En: Estudios jurídicos, 4.

⁵³ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 161.

Administración, puesto que se ha vinculado con la lesión o riesgo a ese deber de imparcialidad que antes se ha mencionado y que inviste a los funcionarios públicos⁵⁴.

En similar sentido, otro sector de la doctrina señala que el delito de cohecho afecta la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración pública⁵⁵. Tales concepciones clásicas y a la vez predominantes del bien jurídico que se tutela en el cohecho, es adoptado también en El Salvador, conforme a los criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador –en adelante Sala de lo Penal o SP-, que ha referido que las conductas de cohecho, particularmente la de cohecho propio, el bien jurídico que tutela “*es la Administración Pública, en virtud que se preserva el buen funcionamiento de la misma, ello con la finalidad de evitar las influencias del interés privado en el ejercicio de las funciones públicas, y así garantizar su imparcialidad...también comprende la confianza pública en el funcionamiento correcto de la administración pública, disciplinada por los principios de legalidad, igualdad, imparcialidad y eficacia, así como el deber de fidelidad de los servidores públicos*”⁵⁶.

Con base en tales anunciados, se puede advertir que la figura delictiva del cohecho, centra su enfoque de protección o tutela en que se preserve el correcto funcionamiento de la Administración pública, el cual, debe estar alejado de móviles espurios que puedan afectar ese correcto desempeño de las funciones estatales que interesa a la ciudadanía, a fin que se preserve la

⁵⁴ Nieto, “*Corrupción en los negocios*”, en Derecho penal económico y de la empresa, 415.

⁵⁵ Según refiere De la Mata, este sector doctrinal se ha extendido en Alemania. Norberto J. de la Mata Barranco, “Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilo*, nº 23 (2009): 254 y 255.

⁵⁶ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 296C2018* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

imparcialidad de las actuaciones de los funcionarios públicos. Lo anterior se vincula también al interés de que se preserve la confianza de la población en el Estado y en la Administración pública, necesaria para una sociedad democrática.

Sin embargo, es necesario señalar, como bien afirma De la Mata, que la confianza de la población en el correcto funcionamiento de la Administración pública no solo concierne su tutela al delito de cohecho, sino que se tutela de manera general en muchos delitos contra la Administración pública⁵⁷.

Además, ya se han planteado críticas por la doctrina, respecto de esta forma de definir el bien jurídico en el delito de cohecho, ejemplo de ello se sitúa Navarro Cardoso⁵⁸, quién considera que ese correcto funcionamiento de la Administración, se ubica dentro del propósito político criminal que contiene las distintas modalidades de cohecho, y que, a su criterio, el bien jurídico tutelado en el cohecho es la integridad de la función pública y no el correcto funcionamiento de dicha Administración, porque la integridad como valor humano, es una elección personal y un compromiso de consistencia con honrar la ética, los valores y los principios. En ética, la integridad considera la veracidad y transparencia de las acciones personales, por tanto, se opone a la falsedad o el engaño.

⁵⁷ De la Mata, "Qué interés lesionan las conductas de corrupción?", 255.

⁵⁸ De esa manera, este autor considera que, respecto a la concepción del bien jurídico del cohecho: *"Las otras dos grandes opciones dogmáticas son: Primera. Concebir el mismo bien jurídico-penal protegido pero desde una óptica metaobjetiva, es decir, haciéndolo coincidir con el objeto jurídico del conjunto del sistema sancionador, el «correcto funcionamiento de la Administración Pública». Segunda. El bien jurídico penal tutelado es el mismo pero conformado ahora desde una perspectiva subjetiva, esto es, como «delito de funcionario», «delito de cargo» o «delito de infracción de deber», como quiera decirse, lo que se traduciría en sostener que el objeto jurídico es, dicho de manera sintética, no la integridad de la función sino la «integridad del funcionario». Ambas opciones me parecen incorrectas".* Navarro, "Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12.

Empero, señala este autor, que cuando refiere a que en el cohecho se protege la integridad de la Administración, no versa en la idea de ella como una organización, “*sino la integridad de la función, la integridad en el ejercicio real y material de la actividad administrativa, de la función pública, entendida como deber correlativo al derecho de la ciudadanía a relacionarse con la Administración y recibir de ella las correspondientes prestaciones*”, y en todo caso, la integridad entendida como “*valor objetivo como imparcialidad, no arbitrariedad*”⁵⁹.

En ese sentido, bajo esa línea doctrinal, debería entonces exigirse en el autor, un control sobre el *dominio del riesgo típico*, lo que supone que, además de cumplirse alguna de las cualidades de funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, el autor debe tener una posición de garante, donde su calidad cobra relevancia en la concreción de la protección del bien jurídico penal protegido o tutelado en el cohecho, porque le es exigible a dicho funcionario, impedir la afectación de dicho bien jurídico, porque de conformidad con la Ley, tiene obligaciones de cuidado y protección, que derivan de “*los objetivos que caracterizan el servicio que fundamenta la existencia de la Administración: un servicio que debe atender a imperativos de legalidad, objetividad y eficacia, entre otros, en el cumplimiento de los fines que se le asignan*”⁶⁰.

Por otra parte, considera De La Mata que, la tesis del bien jurídico en el cohecho situado en que se lesiona o pone en riesgo la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración pública, resulta criticable dado que, el acto incorrecto no se considera porque se disminuya la confianza de la sociedad, sino que dicha confianza, disminuye porque son

⁵⁹ Navarro, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9.

⁶⁰ De la Mata, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”: 99.

incorrectos⁶¹. Así pues, refiere este autor, que la doctrina actual se decanta por señalar que el bien jurídico tutelado en el cohecho, versa de manera general, en el buen funcionamiento de la Administración; empero que, a su criterio, resulta difícil establecer un único bien jurídico tutelado para todos los supuestos de cohecho, particularmente cuando existen cohechos que se relacionan al ámbito económico, electoral o político⁶².

1.3.2 El bien jurídico tutelado en el cohecho en sentido plural

Un sector de la doctrina, considera que el bien jurídico protegido del cohecho podría entenderse en sentido plural, que estará supeditado al acto delictivo que se dará en contraprestación por la dádiva ofrecida, entregada o solicitada al funcionario⁶³. De esa forma, cuando el cohecho se vincula a otros sectores, como es el económico, la afectación al bien jurídico se situará en dicho ámbito, además de la Administración; a este criterio se adhiere porque se considera acertado, puesto que, siguiendo la línea doctrinal, resulta atinado afirmar que el cohecho no protege un solo bien jurídico, y que cada caso particular deberá ser examinado, a fin de concretar el o los bienes jurídicos que se trastoquen.

Lo anterior conlleva que debiera examinarse los supuestos fácticos de cohecho, a fin de vislumbrar el bien jurídico tutelado, y para los efectos de esta investigación, cobra particular relevancia, el hecho de la distinción de los bienes jurídicos-penales protegidos, cuando se examinan los supuestos de hecho de cohecho activo o de particular en el marco de las transacciones económicas o comerciales, puesto que la conducta del particular que soborna al funcionario, afecta de forma distinta los bienes jurídicos que

⁶¹ De la Mata, “Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilo*, 255.

⁶² De la Mata, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”: 89 y 104 y De la Mata, “Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilo*, 256.

⁶³ De la Mata, “Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilo*, 256.

tradicionalmente se ven afectados por el cohecho de funcionario o cohecho pasivo.

En ese hilo de ideas, Navarro Cardoso considera que el cohecho de particular –o cohecho activo-, tiene un objeto de protección que debe distinguirse del cohecho pasivo o cohecho de funcionario, por lo que, apela a la *pluriofensividad del delito del cohecho*⁶⁴. Particularmente, puede señalarse que el doctrinario De la Mata, ya desde hace aproximadamente quince años se pronunciaba sobre la necesidad de concretarse un nuevo bien jurídico, ante las propuestas de los Tratados internacionales en tema de corrupción cuando se trata de supuestos fácticos que surgen en el ámbito privado⁶⁵.

En ese sentido, no debe soslayarse que las conductas constitutivas de corrupción no solo surgen del sector público sino que también pueden surgir del sector privado, y en ocasiones, ambos sectores se interrelacionan, sustentada en una relación ilícita entre la delincuencia funcional y la delincuencia económica, en tales supuestos los bienes que se afectan son “...*intereses tan diversos como la tutela de la competencia, el libre desenvolvimiento de los mercados o la toma de decisiones sin interferencias en procesos políticos, entre otros*”⁶⁶. Es decir, el bien jurídico que puede verse trastocado en actos de corrupción con esta interrelación entre la criminalidad funcional y criminalidad económica, conlleva afectación a otros bienes jurídicos que pueden relacionarse al orden socioeconómico, además de la Administración pública.

En efecto, es posible afirmar que otros bienes jurídicos pueden verse afectados cuando la corrupción pública se vincula con la corrupción que surge

⁶⁴ Navarro, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-14.

⁶⁵ De la Mata, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”: 82.

⁶⁶ De la Mata, “Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilore*, 256.

en las empresas, es decir, supuestos fácticos en que el empresario soborna al funcionario público, para lograr una ventaja a favor de su empresa, valiéndose el particular de la pre existencia de conexiones ilícitas entre los funcionarios públicos y los empresarios.

La relevancia de lo anterior, es que estos casos de cohecho, conlleva que el funcionario facilite, por ejemplo, la adjudicación de contratos – ya sea de compraventa de bienes o también de prestación de servicios – en las que se dé preferencia “...a los competidores, así como con cargos directivos y el personal de las autoridades o agencias de control de los mercados financieros”⁶⁷; estos supuestos derivan en la afectación del interés público en el funcionamiento eficiente de dichos mercados y la confianza en el sistema económico, situándose de esa forma, en estos supuestos fácticos, la afectación de otros bienes jurídicos que se vislumbra en el cohecho, aunque no se visibilice en su concreción típica, como se referirá posteriormente.

Coincidente con lo anterior, Nieto Martín afirma que los supuestos en que el funcionario, *ad exemplum*, recibe una dádiva para adquirir mercancías o donde se pretende beneficiar a un empresario que actúa al amparo de una persona jurídica en un concurso público, la figura tradicional del cohecho parece solo contener “el desvalor que la corrupción tiene en relación a la imparcialidad del funcionario público, pero en modo alguno el daño que supone al mercado”⁶⁸; ello en efecto, dado que la Administración pública también tiene participación en el mercado, y en consecuencia, debe sujetarse a las normas que se sitúan en el marco de la competencia leal.

⁶⁷ Carbajo, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, 299.

⁶⁸ Nieto, “*Corrupción en los negocios*”, en Derecho penal económico y de la empresa, 440.

Empero debe decirse que el cohecho en sí mismo, pareciera que no lleva a la base la afectación de otros bienes jurídicos que no sea la Administración, lo que supone, como se verá en capítulos posteriores, una necesidad de reflejarse concretamente en su postulado jurídico penal, que permita visibilizar concretamente este tipo de conductas delictivas, cuando surge en el sector privado, en los supuestos que éste se sirve de la delincuencia funcional en el marco de la Administración pública. Se trata pues, que de manera diferenciada se traslade al lenguaje jurídico penal, estos supuestos de cohecho, que permitan reflejar de mejor forma, la pluriofensividad del bien jurídico del cohecho, que se ve trastocado por estas acciones.

Como se observa, es factible concluir que las conductas típicas de cohecho pueden afectar distintos bienes jurídicos cuando surge del ámbito privado, alejándose de aquellos que buscan en puridad, proteger únicamente a la Administración pública, sino que, proteger otros bienes que pueden verse afectados. Así, puede situarse afectaciones a otros bienes jurídicos penales además del tradicionalmente tutelado en el cohecho, cuando se dé en otros contextos, como puede ser –a lo que interesa aquí–, los cohechos vinculados a la delincuencia económica, que instrumentalizan las funciones públicas para sus fines espurios, lo que supone también un riesgo o lesión al orden socioeconómico, la libre competencia, entre otros.

Esta modalidad de cohecho de particular será examinada más adelante, ya que merece que se examinen los postulados doctrinales que han desarrollado la temática y que identifican en tales contextos, bienes jurídicos distintos a los vinculados con la Administración pública.

1.4 La tipología del cohecho y el injusto: cohecho pasivo –propio e impropio-, cohecho activo y cohecho transnacional

La tipología del delito de cohecho es diversa, su desarrollo y análisis excede de las expectativas de esta investigación, pero vale aludir a tres distinciones del cohecho que se consideran relevantes: el cohecho pasivo –propio e impropio-, el cohecho activo, y el de reciente acogida, el cohecho transnacional. A las modalidades de cohecho mencionadas, se les dedica de manera sintética los párrafos siguientes.

1.4.1 Cohecho pasivo

El cohecho pasivo o llamado también cohecho realizado por funcionario⁶⁹, sanciona la conducta del funcionario que solicita o recibe del particular, una dádiva o ventaja que tenga valoración económica⁷⁰, con la entidad suficiente de “*producir un efecto en el cohechado*”⁷¹, para ejecutar un acto en el giro de sus funciones⁷², caso contrario, sería un hecho atípico, dado que si la dádiva es de poco valor que se entienda que, conforme al principio de adecuación social es un regalo de cortesía o de tradición⁷³.

⁶⁹ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 155.

⁷⁰ Un sector doctrinal considera que la dádiva o ventaja indebida no debe entenderse de tipo económico en todos los casos, dado que el tipo penal de cohecho pasivo no lo establece; pero otro sector doctrinal considera que debe entenderse que la dádiva o ventaja indebida es de naturaleza económica, pues, “*el dinero puede corromper a casi todo el mundo*”. Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador comentado. Tomo I, actualización y anotación jurisprudencial* por Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Sergio Luis Rivera Márquez, Démer Edmundo Rodríguez y Marco Tulio Díaz Castillo (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004), 1082.

⁷¹ Por tanto, el monto pagado en concepto de dádiva al funcionario debe sobrepasar lo socialmente adecuado. Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 52 y 91.

⁷² Vielba, “Una aproximación al delito de cohecho”, *Revista Jurídica de Canarias*.

⁷³ Carlos Mir Puig, “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, n.º 7603 (2011): 13.

Esta modalidad de cohecho es un delito especial propio⁷⁴, ya que para ser autor, se exige una cualidad personal que se señala en el contenido del injusto vinculado a “*la infracción de un deber jurídico específico*”⁷⁵, con lo que, pueden incluir los delitos oficiales, como lo expone el art. 22 CP⁷⁶. En ese sentido, el autor del cohecho pasivo debe ostentar un cargo relacionado a la Administración pública a saber: funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, de acuerdo a los parámetros que señala el art. 39 CP⁷⁷; no obstante lo anterior, también se sanciona en el cohecho a la “*persona interpuesta*”, esta es un partícipe que intermedia, debiendo exigirse que éste actúe con el dolo de colaborar al funcionario⁷⁸, dado que no debe olvidarse que el cohecho pasivo es un delito especial⁷⁹.

⁷⁴ Fernando Navarro Cardoso, *El cohecho en consideración al cargo o función* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), acceso el 15 de noviembre de 2020, <http://www.tirantonline.com>

⁷⁵ José Luis Diez Ripollés, *Derecho penal español: Parte general*, 5º ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 204.

⁷⁶ El art. 22 CP describe lo siguiente: “*Son delitos oficiales aquellos cuya estructura típica requiere del sujeto activo la cualidad*”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 22.

⁷⁷ Así lo señalan los arts. 330 y 331 del Código Penal, que exige la calidad especial en el sujeto activo del tipo penal de cohecho pasivo propio e impropio, de aquellos contemplados en el art. 39 CP, puesto que se trata del cohecho realizado por el funcionario, donde el autor debe ser: funcionario público, autoridad pública, agente de autoridad o empleado público. Así, el art. 39 CP brinda el concepto que debe entenderse a efectos penales:

“*Art. 39.- Para efectos penales, se consideran:*

1) *Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos;*

2) *Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia.*

3) *Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico; y,*

4) *Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil*”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), arts. 39, 330 y 331.

⁷⁸ Moreno y Rueda, *Código Penal de El Salvador comentado. Tomo I*, actualización y anotación jurisprudencial por Sánchez, Rivera, Rodríguez y Tulio, 1080.

⁷⁹ En tal sentido, el cohecho es un delito especial, donde el autor debe cumplir cualidades personales específicas, lo que “*plantea el problema de cómo debe castigarse la participación de los que no tienen estas cualidades personales. La doctrina suele distinguir entre delitos*

La descripción de la acción típica del cohecho pasivo, incluye conductas pasivas y activas, dado que requiere del funcionario, pues, se trata de conductas mixtas alternativas, por una parte, recibir o aceptar la promesa de una dádiva, ventaja indebida o retribución similar; y por otra parte, la conducta de solicitar dicha dádiva o venta indebida, al particular. En ese sentido, el cohecho pasivo se concibe como un delito de mera actividad, dado que para su consumación, basta la sola iniciativa del funcionario de “solicitar” la dádiva al particular, y en consecuencia, la aceptación de ésta corresponde a la fase del agotamiento⁸⁰, ello se deduce en vista que se castiga el cohecho activo de forma independiente del cohecho pasivo.

Lo anterior conduce, como se expuso *supra*, al carácter unilateral del cohecho, en el cual ya no requiere para su consumación el acuerdo o pacto entre el funcionario y el particular –donde antes imperaba un carácter bilateral-; pero ello no obsta que, para la existencia de la conducta de cohecho, se necesite la intervención de dos personas, del funcionario y del particular; empero, lo anterior no se traduce en que ambos tendrán responsabilidad penal, pues, en algunos casos el cohecho puede perfeccionarse con la mera solicitud de la dádiva del funcionario hacia el particular, aunque el particular rechace la propuesta, no teniendo en este supuesto un carácter pluripersonal, aunque se observe la intervención de dos personas⁸¹.

especiales impropios y propios, según el tipo tenga correspondencia con uno común (por ej., malversación/ apropiación indebida-administración desleal) o no (prevaricación). En los propios sólo se excluyen la coautoría y la autoría mediata del extraño, pero no la hipótesis de participación stricto sensu (inducción, cooperación necesaria y complicidad), que se rige por las reglas de la accesoriedad de la participación, respondiendo los partícipes por el mismo título delictivo que los autores en sentido estricto. Ésta es también la solución respecto a los delitos especiales impropios. En ellos el partícipe debe responder también del delito cometido por el autor, ya que los delitos especiales impropios no son meras cualificaciones de tipos básicos comunes (la apropiación indebida respecto a la malversación), sino delitos autónomos y distintos”. Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal: Parte especial, 22° ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 883.

⁸⁰ Vielba, “Una aproximación al delito de cohecho”, *Revista Jurídica de Canarias*.

⁸¹ Muñoz Cuesta, “Delitos de cohecho”. En: *Estudios jurídicos*, 5.

Y dado que el cohecho pasivo es un delito de consumación anticipada, específicamente de aquellos mutilados de dos actos, supuesto que permite admitir la tentativa, al menos en el marco conceptual, que conforme a las reglas del *iter criminis*, podría plantearse hipotéticamente supuestos de tentativa, casos como el que menciona Mir Puig⁸², en la que el funcionario solicita la dádiva a través de una carta que no llega a su destinatario por ser interceptada por otra persona o su pérdida; incluso se acepta el desistimiento voluntario cuando el funcionario impide que la carta llegue a su destinatario.

Por otra parte, en cuanto a las conductas típicas, el verbo “solicitar” debe entenderse como una “*declaración de voluntad, determinada y clara, ya de forma expresa, ya de modo tácito*”; la conducta de “recibir”, comprende que sea evidente que se admite la dádiva; por último, la “aceptación de la promesa” del ofrecimiento de dádiva que hace el particular al funcionario, debe entenderse “*que se posterga la efectiva entrega pero que existe ya un acuerdo en relación a ella*”⁸³.

Tales conductas se relacionan directamente con la obtención de una dádiva o ventaja indebida, la que, conforme a la doctrina mayoritaria, debe ser de carácter económico, excluyéndose los regalos de poca monta o de cortesía, dentro de aquellos socialmente aceptados, dado que la dádiva debe ser idónea para quebrantar el objeto de tutela⁸⁴.

En ese hilo de ideas, el instrumento para cometer el delito es el ofrecimiento o entrega de la dádiva o regalo, entendida como “*favor o retribución de cualquier clase, ofrecimiento o promesa*”, cuestiones equiparables entre sí, con la

⁸² Carlos Mir Puig, “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, 6.

⁸³ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 159.

⁸⁴ *Ibíd.*, 160

distinción de que el ofrecer la dádiva implica que no se exige la entrega sino que se hará posteriormente. Es necesario -como afirma Mir Puig-, que al menos generalmente exista el nexo de imputación o relación de causalidad entre el instrumento del delito y la realización del acto por parte del funcionario, que es la compensación a la dádiva⁸⁵.

En efecto, dicha dádiva es el eje central de la conducta que describe como delito el cohecho, ésta es el “medio que se utiliza” por parte del funcionario para: solicitar, recibir o aceptar; o por el particular: prometer, ofrecer o entregar; a lo cual, es indistinto si la dádiva se entrega previo o posterior a la ejecución del acto por el funcionario, lo que sí es necesario que dicha dádiva, sea el motivo de la actuación del funcionario⁸⁶.

Como bien refiere De la Mata, las conductas de cohechos pasivos –y también de cohechos activos como se notará adelante-, suponen un adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico tutelado, en el que se castiga el acuerdo entre el funcionario y particular, o el mero intento de llegar al acuerdo, sin que se requiera que se ejecute o no el acto por el funcionario. Lo anterior se observa, de la lectura de los arts. 330 y 331 CP, dado que el cohecho pasivo se perfecciona con la sola solicitud, recibo o aceptación del ofrecimiento de la dádiva por parte del independientemente si el funcionario realiza o no el acto propio del cargo o un acto contrario a sus deberes o lo retarda⁸⁷.

Mencionado lo anterior, resulta relevante señalar que en el cohecho pasivo se encuentran –generalmente-, dos tipos de cohecho: pasivo propio y pasivo impropio, distinción ya criticada por la doctrina, como se referirá adelante; así

⁸⁵ Carlos Mir Puig, “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, 3.

⁸⁶ Vielba, “Una aproximación al delito de cohecho”, *Revista Jurídica de Canarias*.

⁸⁷ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 159.

también, en otros países como España, se regula una modalidad de cohecho pasivo adicional, que es el cohecho “aparente” o “*cohecho de facilitación en razón al cargo o función*”⁸⁸, que requiere únicamente del funcionario, admitir una dádiva o regalo por el solo hecho de ostentar su cargo funcional, y sin que se espere que este realice algún acto en contraprestación, como se verá *infra*.

Ahora bien, desde la regulación jurídico penal salvadoreña, el cohecho pasivo propio está contemplado en el art. 330 CP⁸⁹, el cual comprende tres modalidades de cohecho en relación al acto que se pretende del funcionario que solicita o recibe a cambio la dádiva: 1) la acción del funcionario, en el que tiene por finalidad un acto contrario a sus deberes, 2) el que pretende omitir un acto que debe realizar, y 3) el que tiene por objeto retardar un acto debido. Los tres supuestos mencionados deben ser en el giro de las funciones del funcionario.

Particularmente, la doctrina cuestiona la construcción típica del cohecho propio, dado que no incluye los supuestos en que el funcionario que recibe la dádiva, previo a ello ya adoptó la decisión de realizar un acto contrario a sus funciones o a su deber propio de su cargo; es decir no se incluye la sanción por recibir la dádiva en casos que engaña al particular, a quién le hace creer que al recibir la dádiva, realizará el acto contrario a sus deberes⁹⁰. Esta crítica

⁸⁸ Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), art. 422.

⁸⁹ El art. 330 CP refiere: “*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 indebido(sic), propio de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del empleo o cargo por igual tiempo*”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 330.

⁹⁰ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 169.

es atendible a la legislación penal salvadoreña, dado que el cohecho propio – art. 331 CP- tampoco contempla sanción penal para este tipo de conducta.

Ahora, conviene referirse al cohecho pasivo impropio regulado en el art. 331 CP⁹¹, en éste no se sitúa un abuso del cargo del funcionario como sí ocurre en el cohecho propio⁹²; ello se afirma así, dado que el cohecho impropio señala como enunciado punible dos supuestos, el primero, que el funcionario recibe la dádiva para realizar un acto propio del cargo, y el segundo, sanciona al funcionario que recibe la dádiva por “*un acto ya realizado propio de su cargo*”.

En ese hilo de ideas, se observa que, la distinción entre cohecho propio e impropio radica en la configuración de una acción encaminada a que el funcionario ejecute en razón de su cargo, un acto contrario a sus deberes de acuerdo a sus funciones o para no hacer o retardar un acto indebido, propio de sus funciones (artículo 330 CP); la que es constitutiva del delito de Cohecho Propio, conducta que a efectos penales, tiene mayor reproche, puesto que, si el funcionario realiza un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de sus funciones (artículo 331 CP), se sitúa en el Cohecho Impropio, que sanciona “*cuando el acto que se retribuye es uno conforme a derecho, no contrario al ordenamiento jurídico*”⁹³.

Por otra parte, la doctrina situaba la distinción entre cohecho propio e impropio y su vocablo en la anterior redacción de la conducta típica del cohecho pasivo

⁹¹ El art. 331 CP expone: “*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*”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 331.

⁹² Luis Felipe Henao Cardona y Calos Guillermo Castro Cuenca, *Compliance: Prevención de la corrupción pública y privada* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020), 237, acceso el 10 de noviembre de 2020, <http://www.tirantonline.com>

⁹³ Muñoz Cuesta, “Delitos de cohecho”. En: Estudios jurídicos, 2.

del CP de 1973, en el cual se relacionaba que el cohecho propio pretendía sancionar el conseguir un “acto injusto”, lo que, en consecuencia, resultaría “*impropio aquel en el que se busca la realización de un acto justo*”⁹⁴, y de allí deviene su terminología de “propio” e “impropio”. Sin embargo, si se afirma que en ello radica la distinción y su locución, lo “impropio” se desliga de la esencia del cohecho, y por ello resulta la idea de que tal terminología para diferenciar estas modalidades de cohecho, no debería existir.

Debe decirse que el injusto del cohecho pasivo puede graduarse, tomando en cuenta en la valoración, si el acto fue o no realizado por el funcionario, igualmente si el acto fue lícito o contrario al derecho⁹⁵. De ello se deduce su consideración en la legislación salvadoreña, ya que sitúa el cohecho propio con un *quantum* de pena entre los tres a seis años de prisión –art. 330 CP-, mientras que el cohecho impropio señala la pena de dos a cuatro años de prisión (art. 331 CP). De ello se deduce la proporcionalidad de las penas en consideración del acto, cuando éste sea lícito o ilícito.

En otro sentido, la doctrina española reconoce otras modalidades de cohecho pasivo, como es, el de recompensa o subsiguiente⁹⁶, que es aquel que busca una regalía o comisión por un acto ya ejecutado⁹⁷. Esta modalidad puede tener semejanza con el cohecho impropio del art. 331.2 CP que refiere la dádiva que recibe el funcionario por un acto ya realizado, pero que, dado que la normativa no señala expresamente que la dádiva sea por recompensa, lo correcto es,

⁹⁴ La legislación penal española mantuvo la distinción legal entre el cohecho propio e impropio situándolo en el “acto injusto” que realizare el funcionario, cuestión que se modificó con la reforma al CPE mediante LO 5/2010; cuestión distinta en El Salvador, dado que el “acto injusto” no se incluyó en la redacción del CP de 1998, legislación vigente en la actualidad. Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 93.

⁹⁵ Navarro, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-17.

⁹⁶ *Ibíd.*, 1

⁹⁷ Carlos Mir Puig, “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, 1.

denominarse únicamente como cohecho “subsiguiente”, mientras que el cohecho antecedente se sitúa en un acto futuro que se espera realice el funcionario a cambio de la dádiva; sin embargo.

De esa forma, no debe desligarse que el funcionario no debe ser retribuido por ejecutar un acto propio de su cargo, sino es por la Administración pública, lo contrario conlleva a poner en peligro la independencia e imparcialidad de la Administración, *“ya que se puede condicionar en el futuro la toma de decisiones”*⁹⁸.

De acuerdo a la doctrina, esta modalidad de cohecho “subsiguiente”, se trata de supuestos en que no se evidencia un acuerdo previo entre un funcionario y un particular, o en caso que existió, no pudo demostrarse⁹⁹, pero que el funcionario recibe una dádiva luego de la ejecución de un acto contrario a sus deberes o propio de su cargo. En ese sentido, como bien refiere Mir Puig, *“se incriminan situaciones en las que se entabla un trato entre funcionario y particular con objeto de predisponer favorablemente a aquél, no se persigue la adopción de actos concretos justos o injustos”*¹⁰⁰ (acto debido o indebido).

En cuanto a lo anterior, como bien advierte Navarro Cardoso, *“no puede construirse un tipo penal sobre una presunción (que hubo pacto pero que no ha podido demostrarse)...dado que chocharía frontalmente con los principios más básicos que inspiran, no ya la teoría del cohecho, sino la propia teoría del delito”*¹⁰¹; así pues, la imparcialidad –integridad- de la función pública se

⁹⁸ Moreno y Rueda, *Código Penal de El Salvador comentado. Tomo I*, actualización y anotación jurisprudencial por Sánchez, Rivera, Rodríguez y Tulio, 1087.

⁹⁹ Navarro, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4.

¹⁰⁰ Carlos Mir Puig, “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, 3.

¹⁰¹ Navarro, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4.

observa en riesgo, aunque ello sea mayormente visiblemente en las otras modalidades de cohecho pasivo.

Por otra parte, es oportuno mencionar que la doctrina española –de acuerdo a su legislación-, reconoce otra modalidad de cohecho pasivo que no se regula en El Salvador, el denominado *cohecho aparente* o *cohecho de facilitación o en razón al cargo o función*, el cual, es considerado un tipo de cohecho pasivo impropio, que sanciona al funcionario que admite una dádiva o regalo en consideración del cargo o función¹⁰². Su propósito es sancionar la gratificación que admite el funcionario, que surge de la dádiva que el particular le ofrece al funcionario, a fin de “*tenerlo en “buena disposición” de cara a posibles comportamientos futuros*”¹⁰³.

Lo antes mencionado supone no perseguir concretamente la consecución de actos debidos o indebidos del funcionario, en el giro de sus funciones, pero sí para evitar “*un trato más o menos continuado entre funcionario más o menos continuado entre funcionario con el particular con el objetivo de predisponer favorablemente a aquél*”¹⁰⁴.

Empero se considera acertado afirmar, que este tipo de cohecho, podría situarse en el supuesto segundo que contempla como conducta típica el cohecho impropio del art. 331 CP, en cuyo caso el funcionario público solicita o recibe una dádiva o acepta la promesa de la misma, por un acto ya realizado,

¹⁰² El cohecho pasivo impropio en razón al cargo o función, se regula en el art. 422 CPE, el cual se encuentra redactado de la siguiente forma: “*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años*”. Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), art. 422.

¹⁰³ Pilar Otero González, “El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 105 (2011): 64 y 65.

¹⁰⁴ *Ibid.*

en lo que, trasluce la idea que, el funcionario acepta la promesa de una futura dádiva que le será entregada, por una acción ejecutada en el giro de sus funciones o de su cargo, ya sea esta legal o ilegal, pero que el funcionario admite la dádiva que el particular le ofreció -como bien refiere Navarro Cardoso-, en consideración a su cargo o función¹⁰⁵.

1.4.2 Cohecho activo

El cohecho activo -o “cohecho de particular” como refieren algunos doctrinarios¹⁰⁶-, es un delito común, que puede ser ejecutado por cualquier persona; así, el autor debe realizar la conducta típica, que consiste en: prometer, ofrecer o entregar una dádiva o ventaja indebida a otra persona, ésta es referida específicamente a dos tipos de servidores públicos: al funcionario público o al empleado público; por tanto, se excluye el ofrecimiento de la dádiva a la autoridad pública y agente de autoridad, cuestión discutible, dado que el particular no comete delito cuando ofrece o entrega la dádiva a dichos sujetos, cuestión que merecería una futura reforma para incluir los supuestos de ofrecimiento o entrega de dádiva a autoridad pública o agente de autoridad.

Las conductas típicas del cohecho activo como delito mixto alternativo, regulado en el art. 335 CP¹⁰⁷, son las siguientes: ofrecer o prometer una dádiva

¹⁰⁵ Navarro, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16.

¹⁰⁶ Dulce M. Santana Vega, “Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*, tomo 2, 2º ed., (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), acceso el 28 de noviembre de 2020, <http://www.tirantonline.com>

¹⁰⁷ El art. 335 CP señala como conducta de cohecho activo, lo siguiente: “*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”.

al funcionario, o entregar la dádiva solicitada por el funcionario; tales acciones deben ser con el propósito de que el funcionario realice el cohecho pasivo propio, es decir que: 1) realice un acto contrario a sus deberes oficiales, 2) para que omita un acto debido o 3) para que retarde un acto debido (estas dos últimas referidas a la modalidad omisiva o retardo del cohecho). Asimismo, se sanciona el cohecho activo respecto del ofrecimiento de dádiva apreciable de valor pecuniario al funcionario, ello corresponde al cohecho pasivo impropio del art. 331 CP, es decir, que el particular ofrece la dádiva para que el funcionario realice un acto propio de sus funciones o por un acto que ya materializó.

Ahora bien, esta modalidad de cohecho admite que la conducta pueda realizarse “*por interpuesta persona*”, esta circunstancia puede acarrear algunas dificultades en la práctica, permitiendo cuestionar si dicha persona intermediaria responde como partícipe del cohecho pasivo o del cohecho activo¹⁰⁸. Ante ello, en cada caso concreto se deberá acudir a los criterios de autoría y participación, a fin de constatar quien tenía el dominio funcional del hecho o la unidad de título de imputación y accesoriedad limitada, de acuerdo a los arts. 37 y 67 CP¹⁰⁹, con el objeto de identificar si la persona interpuesta en el caso concreto, responderá por cohecho pasivo o por cohecho activo, o

Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1998), art. 335.

¹⁰⁸ Santana, “Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*, tomo 2.

¹⁰⁹ El art. 37 CP señala el principio y alcance de la responsabilidad de los partícipes: “*La responsabilidad penal de los partícipes, principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico o antijurídico*”; mientras que, el art. 67 CP dispone la comunicabilidad de circunstancias y cualidades de los autores y partícipes, que dispone lo siguiente: “*Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, solo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades. La misma regla se aplicará respecto de circunstancias y cualidades que configure un tipo penal especial*”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1998), arts. 37 y 67 CP.

bien, como refiere Mir Puig, solventarlo vía concurso aparente de leyes, procediendo el delito que contenga la pena más gravosa¹¹⁰.

De igual manera, el cohecho activo es un delito de mera actividad, de consumación anticipada, puesto que se perfecciona con solo el hecho que el particular ofrezca al funcionario la dádiva –aunque no se configure el cohecho pasivo al no aceptarse el ofrecimiento¹¹¹-, sin que requiera para su consumación la entrega efectiva de la dádiva ofrecida; asimismo, el cohecho activo se perfecciona cuando el particular entrega la dádiva ante la solicitud del funcionario, puesto que no se exige que el acto del funcionario deba necesariamente ejecutarse para su consumación.

En efecto, lo antes acotado supone que en el cohecho activo –al igual como en el cohecho pasivo-, se adelantan las barreras de protección del bien jurídico tutelado, en los supuestos que se trate de un acto no ejecutado, y por ello, para un sector de la doctrina, ello conlleva a que el cohecho sea un delito de mera actividad y de peligro que hace imposible modalidades tentadas de ejecución¹¹².

No obstante, otro sector doctrinal afirma que, a pesar que se considere que la tentativa del cohecho resultaría imposible en la práctica, supuestos hipotéticos relevan una posibilidad difícil de plantearse en plano material; *ad exemplum*, que el funcionario realice por escrito una carta donde le una solicitud de dádiva al particular, pero dicha carta no llega a su destinatario, implicaría hipotéticamente, una tentativa del cohecho¹¹³.

¹¹⁰ Carlos Mir Puig, “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, 12-13.

¹¹¹ *Ibíd.*, 12

¹¹² Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 103.

¹¹³ Moreno y Rueda, *Código Penal de El Salvador comentado. Tomo I*, actualización y anotación jurisprudencial por Sánchez, Rivera, Rodríguez y Tulio, 1100.

Ahora bien, la lectura de la descripción típica de las conductas de cohecho, incluyendo la del cohecho activo, releva que se trata de conductas de mera actividad, que se perfeccionan con la comisión de cualquiera de sus verbos rectores y por tanto, se es del criterio que son delitos que castigan conductas que ponen en peligro el bien jurídico tutelado, dado que se sanciona el acuerdo entre el funcionario y particular, o el mero intento de perfeccionar el acuerdo, no se exige en la conducta típica que se ejecute o no el acto por el funcionario¹¹⁴; “*siendo criticable que se prevea el mismo marco punitivo para ambas conductas –ofrecer o entregar-, pues la primera, en puridad, será la tentativa de la segunda...*”¹¹⁵, cuestión que, para efectos de individualización de la pena, habrá que tomarse en consideración.

De igual manera, debe señalarse que en el cohecho activo se observa la graduación penológica establecida en el art. 335 CP, en la que se sanciona al particular con mayor rigurosidad que al funcionario. Así, en el primer párrafo del tipo penal que señala como conducta típica del particular que ofrece, entrega o promete la dádiva al funcionario, en los supuestos del cohecho propio del art. 330 CP, y que, la pena de prisión que impone al particular, es de seis a diez años, pero llama la atención que el cohecho propio importe la pena de prisión de tres a seis años.

Así, parece que el injusto sitúa con mayor reproche la conducta del particular que la del funcionario, y trasluce la idea tradicional de que al particular se le asigna la función de “corromper” al funcionario y que por ello merece mayor reproche, argumento que no se comparte y debiera analizarse una futura reforma en cuanto a la pena.

¹¹⁴ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 159.

¹¹⁵ Santana, “Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*, tomo 2.

Cuestión distinta se advierte de la lectura del segundo párrafo del art. 335 CP, en la que se sanciona la acción del particular que promete, ofrece o entrega al funcionario, en los casos del cohecho impropio del art. 331 CP, cuya pena se sitúa en la prevista para el delito de cohecho impropio, es decir, de dos a cuatro años de prisión.

Ahora bien, se considera importante mencionar, que en la actualidad resultan frecuentes acciones delictivas de cohecho en el contexto de las contrataciones públicas¹¹⁶, donde para su configuración, se requiere la actuación de dos personas, por una parte el particular contratista, esta es una persona física, que en ocasiones actúa al amparo de una persona jurídica¹¹⁷, que incide en el funcionario a través del ofrecimiento o entrega de un soborno o influyendo en éste por conexiones irregulares o ilícitas entre los funcionarios y los empresarios¹¹⁸. Y por otra parte, los entes contratantes, dentro de los cuales, siguiendo el hilo de la presente temática, se sitúa el funcionario público.

En este tipo de supuesto, se considera factible afirmar que se acentúa una persona particular, que debiera reconocerse en el tipo penal, una cualidad específica, el de ser un empresario que actúa en el marco de la actividad comercial de una empresa, que merece especial atención dado que su accionar como sujeto activo de un cohecho activo, podría conllevar no solo la afectación a la Administración pública, sino que también, situarse en ámbitos cercanos al orden socioeconómico, el cual, podría verse trastocado¹¹⁹, sobre ello se volverá a retomar el tópico más adelante.

¹¹⁶ Aoulad, *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*, 184.

¹¹⁷ Acale, "La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español", *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 28.

¹¹⁸ Carbajo, "Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial", *Iustitia*, 299.

¹¹⁹ Acale, "La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español", *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 34.

1.4.3 Cohecho transnacional

Desde hace más de una década que El Salvador regula como delito el cohecho activo en las transacciones internacionales, bajo el *nomen iuris* de “soborno transnacional”, descrito en el art. 335-A CP¹²⁰, el cual fue incorporado mediante decreto de reforma al Código penal en 1996¹²¹, ubicado en el título XVI “Delitos relativos a la Administración pública” del CP, capítulo III, descrito bajo el epígrafe “De los delitos cometidos por particulares”.

En la Exposición de motivos de la norma citada, se señalaba la ratificación a la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el cual se incluyen actividades delictivas que afectan la Administración pública, y la ratificación al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América, razón por la cual, el legislador consideró necesario la adecuación de la legislación nacional a lo regulado en tales tratados internacionales.

No obstante, se considera difícil afirmar, dada la ubicación de este tipo penal en el título en comento, que se trate de una acción que afecte a la Administración pública salvadoreña ni interamericana, sino que lo que persigue sancionar son conductas contiguas al delito de cohecho, como acertadamente refiere Acale, se trata de proteger: *“a una Administración pública: sea cual sea ésta... todo parece apuntar a que el bien jurídico*

¹²⁰ La descripción típica del delito de soborno transnacional señala lo siguiente: *“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 una transacción económica comercial, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”*. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1998), art. 335-bis.

¹²¹ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 2006), art. 38.2.

*protegido ha de buscarse dentro de una administración pública extranjera o de una organización internacional*¹²². En efecto, Acale considera que este tipo penal no debería considerarse como un delito contra la “Administración pública”, excepto si se entiende que se afecta no a la administración pública salvadoreña, “*sino en un sentido más amplio, a las “administraciones públicas”*¹²³.

Al contrario, se considera oportuno señalar, que el soborno transnacional no debiera ubicarse en el Título de los delitos contra la Administración pública, a fin de destacar que además de afectar la Administración pública de otro estado, dado que su conducta típica -como se señalará-, describe que el soborno se realice en el giro de transacciones económicas comerciales, ello le acerca más a un delito que busca trastocar el orden socioeconómico. En efecto, como diría Nieto Martín, el cohecho en las transacciones económicas internacionales “*es un delito pluriofensivo que tutela la competencia leal pero también la imparcialidad de los funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales*”,¹²⁴ postura que parece adecuada al tipo penal del soborno transnacional.

Así, el soborno transnacional ha tenido especial atención en los últimos años como modalidad de cohecho; lo anterior, desde su propuesta en los Tratados Internacionales para reconocer la delincuencia transnacional dentro del fenómeno de la corrupción¹²⁵. De esa manera, la Comunidad Internacional, parece que ha girado su atención especialmente en la afectación al orden socioeconómico y no tanto al buen funcionamiento de la Administración

¹²² Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 39-40.

¹²³ *Ibíd.*, 40.

¹²⁴ Nieto, “*Corrupción en los negocios*”, en Derecho penal económico y de la empresa, 425.

¹²⁵ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Mérida: Organización de las Naciones Unidas, 2003).

pública¹²⁶, por lo que, con el cohecho transnacional se busca la penalización del soborno de funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales públicas.

La conducta del soborno transnacional puede ser realizada por cualquier persona, dado que al sujeto activo no se le exige ninguna cualidad especial, por tanto, el autor puede ser una persona particular pero también un funcionario público que actúe de forma directa o indirecta¹²⁷. En cuanto al elemento objetivo, la acción típica reside en, ofrecer, prometer u otorgar al funcionario de otro estado u organización internacional, dádiva, dinero u otro bien de valor económico –siendo éste el medio a través del cual se soborna al funcionario extranjero-, para que el funcionario realice u omita un acto en el ejercicio de sus funciones, el cual, debe estar vinculado con una transacción económica o comercial, esto es sustancialmente, sancionar la modalidad de cohecho activo. El elemento subjetivo exige el dolo en el autor, en realizar la conducta típica.

Debe aclararse que en El Salvador, esta modalidad de cohecho sanciona únicamente al particular que ofrece, promete u otorga al funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad de otro estado u organización internacional, dinero o dádivas, para que el funcionario extranjero realice u omita un acto en el ejercicio de sus funciones, el cual, necesariamente, debe estar relacionado a una transacción económica o comercial. En consecuencia, no se sanciona la modalidad de cohecho pasivo

¹²⁶ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 155-156.

¹²⁷ Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 29.

del soborno transnacional, es decir, al funcionario extranjero u organización internacional que recibe o solicita el dinero o dádiva al particular.

Sobre este tópico deberá retomarse posteriormente, al desarrollar la corrupción como una como modalidad adicional de la delincuencia económica.

1.5 Las actividades concursales en el cohecho

Existen supuestos en que una o varias personas, al realizar una acción o varias acciones, cometen uno o varios delitos que deben ser considerados de manera conjunta en un solo proceso. Para resolver esos casos, a partir del artículo 40 del Código penal se regula lo concerniente al Concurso de delitos.

De igual manera, en el artículo 7 del Código penal se establece una regla de interpretación intermedia referida a aquellos casos en que la acción delictiva realizada por el sujeto activo del delito puede adecuarse a la descripción contenida en varios tipos penales, pero realmente sólo uno de ellos deberá ser aplicado. A esta regla de interpretación se le denomina Concurso aparente de leyes.

Por ello, es importante diferenciar los casos en que se presente una unidad de hecho que da lugar a aplicar distintos tipos penales pero que solo debe aplicarse uno, es decir, verificar la aplicación del concurso de leyes del art. 7 CP¹²⁸; o bien, constatar cuando se trate de pluralidad de hechos, para lo que,

¹²⁸ “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código y no comprendidos en los artículos 40 y 41, de este Código se sancionarán observando las reglas siguientes: 1) El precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general; 2) El precepto subsidiario se aplicará en defecto del precepto principal, cuando se declare expresamente dicha subsidiaridad o ella sea tácitamente deducible; y, 3) El precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquél”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 7.

se debe establecer si procede un concurso ideal de delitos del art. 40 CP¹²⁹, o al contrario un concurso real de delitos del art. 41 CP¹³⁰.

El concurso de delitos se da en supuestos que un hecho pueda derivar dos o más delitos, ese es el concurso ideal, o bien, puede presentarse el caso en que se trate de varios hechos que conllevan otros delitos, cuyo supuesto derivará en un concurso real. Además, se reconoce en el CP el concurso medial, que se presenta cuando uno de los delitos que comete el autor, sea el medio imperante para materializar otro delito. Por otra parte, el concurso de leyes refiere en los supuestos donde uno o varios hechos pueden adecuarse en varios preceptos penales, de los cuales, solo es factible aplicarse un precepto, caso contrario, como refiere Mir Puig, conllevaría un *bis in ídem*¹³¹.

1.5.1 Concurso de delitos y de leyes entorno a la conducta del cohecho

Las actividades concursales que puedan plantear las distintas modalidades de cohecho son diversas, su exposición a profundidad resulta compleja y extensa y excede las expectativas de este trabajo, por ello se señalaran aquellos tópicos que se consideren relevantes en temas concursales en relación con el cohecho, lo cual, merece ser retomado y desarrollado con mayor detenimiento en futuras investigaciones.

Uno de los mayores supuestos concursales en que la doctrina se encuentra de acuerdo, vale mencionar en este primer acercamiento. Como se expuso

¹²⁹ “Hay concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 40.

¹³⁰ “Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes entre sí, se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 41 CP.

¹³¹ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal: Parte general*, 674 y 682.

supra, el cohecho pasivo propio sanciona al funcionario que solicita o recibe la dádiva para realizar un acto contrario a los deberes en el ejercicio de sus funciones; en ocasiones ese acto puede consistir un hecho delictivo, si se enfrenta a ese supuesto y el acto se materializa, ello puede derivar un posible concurso de delitos; aunque se discute si esta circunstancia debe calificarse como un concurso medial de delitos o un concurso real, lo cierto es que la doctrina coincide en que se está ante un concurso de delitos.

En ese sentido, un sector doctrinal considera al cohecho pasivo como el medio para realizar el acto por el funcionario, acto que constituye a su vez delito, en ello se vislumbra un concurso medial o ideal impropio¹³². Piénsese *ad exemplum*, un supuesto de falsedad material agravada de los arts. 283.1 y 285 CP ejecutado por un funcionario en razón de sus funciones¹³³, acto que éste realiza a cambio de recibir o solicitar de un particular, una dádiva o ventaja indebida, dicha conducta será constitutiva también de cohecho propio del art. 330 CP.

Así, ambas figuras concursales suponen que el autor realiza dos o más conductas diferentes, que se encuentran señaladas como tipos penales independientes que pueden someterse a juicio en un solo proceso. Ahora bien, la diferencia será en el concurso medial, que en ésta se requiere que los delitos

¹³² Alejandro Luzón Cánovas, "La nueva regulación de los delitos de cohecho en el proyecto de 2010 de reforma del Código Penal", *Estudios jurídicos*, n.º 2010 (2010): 11, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4177451>

¹³³ El delito de Falsedad material agravada de los arts. 283 y 285 CP plantea como delito agravado, el realizar un documento falso por parte de empleado o funcionario público o notario, ello en el ejercicio de sus funciones. El art. 283.1 CP señala el delito de Falsedad material y prescribe lo siguiente: "*El que hiciere un documento público o auténtico, total o parcialmente falso o alterare uno verdadero, será sancionado con prisión de tres a seis años*"; y dicho delito se agrava conforme al art. 285 CP: "*En los casos de los artículos anteriores, si el autor fuere funcionario o empleado público o notario y ejecutare el hecho en razón de sus funciones, la pena se aumentará hasta en una tercera parte del máximo y se impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio del cargo, empleo o función por igual tiempo*". Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), arts. 283.1 y 285 CP.

se encuentren vinculados por una correlación de medio a fin, y que por ello se encuentren en conexidad objetiva, donde el autor debe representarse a un delito como medio para lograr el otro delito, es decir, situarse la unidad de la intención criminal, pero que se da la citada conexión objetiva¹³⁴.

Si el acto que constituye delito que realiza el funcionario, es constitutivo de un delito específico, debiera aplicarse por principio de especialidad, la solución concursal de leyes, por ejemplo, el supuesto en que una autoridad judicial solicita o recibe una dádiva a cambio de cometer prevaricato del art. 310 CP¹³⁵, en el que la autoridad judicial emite resolución contraria a la ley, a cambio de la dádiva, siendo que, el delito de prevaricato es el cual debería aplicarse preferentemente que el delito de cohecho, puesto que el prevaricato ya incluye el soborno en la conducta típica.

El otro sector doctrinal, visualiza que el funcionario debe responder no solo por el cohecho, sino también, si el acto que se materializa constituye un hecho criminal, debe sancionarse por el delito realizado, puesto que, como se refirió *supra*, el cohecho tiene carácter unilateral¹³⁶. En tal sentido, este sector

¹³⁴ Luzón, "La nueva regulación de los delitos de cohecho en el proyecto de 2010 de reforma del Código Penal", *Estudios jurídicos*, 11.

¹³⁵ El tipo penal de prevaricato señala en el art. 310 lo siguiente: "*El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo.*

Si la sentencia fuere condenatoria, en proceso penal, la sanción será de tres a diez años de prisión.

Lo dispuesto en el inciso primero será aplicable, en su caso, a los árbitros.

Se tendrá como prevaricato el hecho de que un magistrado juez o secretario, dirijan por sí o por interpósita persona al interesado o a las partes en juicio o diligencias que se sigan en el tribunal en el que desempeña sus funciones o en algún otro.

Los que incurran en este delito serán sancionados con prisión de uno a tres años.

El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare sentencia manifiestamente injusta, será sancionado con prisión de dos a cuatro años". Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 310.

¹³⁶ Aoulad, *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*, 199-200.

doctrinal considera que el funcionario ejecuta ese acto por el móvil de la dádiva, y en consecuencia, conlleva una relación concursal real de delitos entre el cohecho y el delito realizado¹³⁷.

Dicho concurso de delitos será real, con base en el art. 41 CP, ello es así, en vista que la conducta de cohecho consistente en la recepción de la dádiva o la promesa de dicha recepción, constituye el móvil imperante para la materialización de otro delito, pero no supone el medio para realizarlo¹³⁸. En efecto, el funcionario no se sirve de la materialización del ulterior hecho criminal con base en la dádiva, puesto que no se requiere objetivamente en el tipo penal de cohecho, sino que, *“sin esa contraprestación, el autor no hubiera tenido motivos para cometerlo: no hubiera querido cometerlo”*¹³⁹.

Esta última postura se considera la acertada y a la cual se adhiere, dado que el cohecho pasivo que regula el Código penal salvadoreño es un delito de mera actividad, con carácter unilateral y que además, no requiere que el funcionario ejecute el acto contrario a sus deberes a cambio de la dádiva que recibe o solicita al particular. Por tanto, si el acto se materializa y constituye delito, se trata de dos conductas independientes, correspondiendo aplicar el concurso real de delitos del art. 41 CP. Aunque debe decirse que, no en todos los supuestos que el acto suponga delito, será sencillo aplicar la relación concursal, como puede ser respecto del delito de Prevaricato¹⁴⁰.

¹³⁷ Moreno y Rueda, *Código Penal de El Salvador comentado. Tomo I*, actualización y anotación jurisprudencial por Sánchez, Rivera, Rodríguez y Tulio, 1083.

¹³⁸ Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 369-370.

¹³⁹ Luzón, “La nueva regulación de los delitos de cohecho en el proyecto de 2010 de reforma del Código Penal”, *Estudios jurídicos*, 12.

¹⁴⁰ Adán Nieto Martín, *Estudios de Derecho Penal*, Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla de la Mancha y Grupo español de la AIDP: Ciudad Real, 2004, 141.

Por otra parte, en el supuesto de las contrataciones públicas, en las cuales pueden situarse empresas interesadas en defraudar al Estado, si el funcionario “*solicita*” la dádiva o ventaja indebida o “*acepta la promesa*” de retribución, que son conductas previas a recibir la dádiva, previo a realizar la contratación, y se tratase hipotéticamente de contratos ficticios para que tenga apariencia de licitud la transferencia de dinero o activos y depositadas en cuentas o compañías *off shore*, la relación concursal incluiría al delito de Lavado de dineros y activos¹⁴¹, considerando el concurso real de delitos con el cohecho como delito antecedente.

Ahora bien, tomando en cuenta las conductas residuales en relación al destino que dé el autor del cohecho pasivo sobre esa ventaja indebida o dádiva de naturaleza económica, debe decirse que, si el autor no declara impuestos por ese ingreso económico, no debería entenderse un concurso entre el cohecho y el delito de Evasión de impuestos del art. 249-A CP. Ello se afirma así, dado el origen ilícito de los bienes, puesto que éstos derivan de un hecho delictivo, pues, como bien afirma Silvina Bacigalupo¹⁴², no es factible que las ganancias ilícitas del cohecho sean sometidas a tributación, y por ello, si el autor no las declara, no se configura la evasión fiscal; en tal caso, lo procedente es que

¹⁴¹ El art. 5 de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos señala como conducta típica la 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 de Lavado de Dinero y de Activos*”. Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 5.

¹⁴² Silvina Bacigalupo Saggese, *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*, (Madrid: Centros de estudios Ramón Areces, S.A., 2018), 23.

esos bienes sean sometidos al comiso al concluir el proceso penal o se extingan los bienes de acuerdo a la Ley Especial de Extinción de Dominio, según sea el caso.

En otro sentido, debe aclararse que, se es del criterio que, respecto del delito de enriquecimiento ilícito del art. 333 CP¹⁴³, en el que se sanciona al funcionario que, en ocasión a sus funciones o su cargo, obtiene incremento patrimonial no justificado; en este delito no es procedente un concurso real con el cohecho pasivo, dado que el funcionario que recibe la dádiva o ventaja de similar naturaleza –económica-, para realizar un acto en el ejercicio de sus funciones, ello supone un incremento patrimonial no justificado, por lo que, resulta excluida la aplicación del tipo penal de enriquecimiento, por principio de subsidiariedad, dado que constituye otro delito, que es el de cohecho, por *lex primaria derogat legi subsidiarie*¹⁴⁴, de acuerdo a las reglas del concurso de leyes, debiéndose aplicar el cohecho pasivo.

En relación a la conducta del particular que ofrece la dádiva al funcionario, es decir el cohecho activo, como se expuso anteriormente, el bien jurídico que se tutela puede no ser solo la Administración pública, sino también otros bienes enlazados al orden socioeconómico. En esa idea, el autor empresario que actúa al amparo de una persona jurídica, comete el cohecho activo, si éste además de la dádiva que ofrece al funcionario, le propalase hechos falsos para

¹⁴³ La disposición citada, señala como conducta típica lo siguiente: “*Enriquecimiento Ilícito. Art. 333.- 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*” Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 333.

¹⁴⁴ Edgar Cárcenas Espitia, *El Enriquecimiento Ilícito*, 2da. ed. (Bogotá: Web System E.U., 2003), 27.

que no se opte por otro competidor empresario, podría responder en concurso real con respecto del delito de Competencia desleal¹⁴⁵

1.5.2 El concurso de leyes en relación con los cohechos regulados en la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras

En otro rubro, puede existir concurso de leyes en los supuestos de cohecho pasivo y cohecho activo de los arts. 330, 331 y 335 CP y los casos especiales de cohechos que se regulan en los arts. 25 y 26 de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras –LESIA-¹⁴⁶, supuestos que, de configurarse, se debe preferir el delito especial por sobre el general (art. 7.1 CP).

Así las cosas, en aquellos supuestos que el funcionario o empleado de una institución encargada de ejercer funciones de control y vigilancia sobre las operaciones de comercio exterior, *solicita* o *recibe* dádiva o *acepta* una promesa de dicha naturaleza, para realizar un acto propio de su cargo o contrario a sus funciones, se debe aplicar de forma preferente, por principio de especialidad, el cohecho pasivo del art. 25 de la LESIA y no el tipo penal simple del art. 330 o 331 CP.

¹⁴⁵ El tipo penal de competencia desleal señala lo siguiente: “*El que propalare hechos falsos o utilizare cualquier otro medio fraudulento capaz de ocasionar grave perjuicio a un competidor, con el fin de obtener para sí o un tercero una ventaja indebida, será sancionado con prisión de seis meses a dos años*”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 238.

¹⁴⁶ El art. 25 de la LESIA señala la conducta típica del cohecho pasivo, mientras que el art. 26 de la LESIA contempla la acción típica del cohecho activo, ésta última vale señalar que la construcción típica se describe de la manera siguiente: “*El que por sí o por interpósita persona ofreciere o entregare a un funcionario o empleado de las instituciones públicas encargadas de ejercer funciones de control y vigilancia de las operaciones de comercio exterior, cualquier dádiva, pago, retribución o cualquier otro beneficio o ventaja de la misma naturaleza, para que dicho funcionario haga un acto propio o contrario de sus funciones o para no hacer o retardar un acto debido, será sancionado con la misma pena señalada en el artículo anterior para dichos funcionarios y empleados*”. Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2001), arts. 25 y 26.

El mismo argumento procede en relación al particular que ofrece o entrega la dádiva a dicho funcionario o empleado que tiene esta cualidad especial adicional, por lo cual, el particular debe responder por el cohecho activo del art. 26 LESIA y no por la conducta del art. 335 CP.

Acotado todo lo anterior, debe aclararse que, no se pretendió detenerse con profundidad en la exposición de estos temas concursales, dado que es compleja y excede las expectativas de este trabajo, por ello se señalaron aquellos tópicos relevantes en temas concursales en relación con el cohecho, pero que, merece ser retomado y desarrollado con mayor detenimiento en futuras investigaciones.

CAPÍTULO 2

ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL COHECHO ACTIVO COMO DELITO DE CORRUPCIÓN

Sumario: **2.1** El concepto de corrupción pública. **2.2** El cohecho activo como delito de corrupción pública. **2.3** El cuestionamiento de la terminología del cohecho activo. **2.4** La intervención del particular en el contexto de la corrupción pública y la afectación del bien jurídico en el delito de cohecho activo. **2.5** Estructura del injusto típico del cohecho activo, como delito de corrupción. **2.6** Naturaleza jurídica del cohecho activo: unilateral o bilateral.

Introducción y propósito

El propósito de este capítulo se sitúa en presentar la criminalización del cohecho de particular que se traslada al lenguaje jurídico penal salvadoreño como cohecho activo del art. 335 CP, desde la perspectiva de su identificación como delito de corrupción. A efecto de lo anterior, se inicia con la exposición de las distintas posturas de la doctrina para dotar de contenido al concepto de corrupción, y como la conducta del particular es relevante para que se dé el ciclo de la corrupción en la Administración pública; destacándose además, la importancia que ha adquirido a nivel internacional, el reconocer nuevos contextos de cohecho de particular que sobornan a funcionarios públicos extranjeros o de otros Estados y en las relaciones económicas internacionales.

Así también, se exponen diversas tesis doctrinales que buscan dotar de contenido al bien jurídico que se tutela particularmente en el cohecho activo, a

pesar de los cuestionamientos doctrinales de su autonomía como figura delictiva con respecto a los cohechos propio e impropio; finalmente, se expone la estructura del injusto penal del cohecho activo y la naturaleza jurídica, presentando los postulados que atienden a características bilaterales y unilaterales del cohecho activo.

2.1 El concepto de corrupción pública

2.1.1 Acercamiento al concepto de corrupción pública

La palabra “corrupción” es definida de acuerdo al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española en su cuarto significado, como aquella conducta dada “*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*”¹⁴⁷. Así, el sentido gramático del término, refiere al fenómeno de la corrupción que se genera especialmente en las Administraciones públicas y empresas públicas, cuestión que, no excluye que ese fenómeno se presente también en organizaciones privadas que afectan intereses distintos a los públicos¹⁴⁸.

Definir el contenido de lo que debe entenderse por corrupción no es tarea sencilla, dado que existen distintas concretizaciones que intentan desarrollar este flagelo, de hecho, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no se señala con claridad qué es corrupción. Igualmente, Transparencia Internacional escasamente desarrolla una definición de

¹⁴⁷ Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, acceso el 10 de julio de 2020, <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>

¹⁴⁸ Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 27.

corrupción, pues, la señala sintéticamente como “*el abuso del poder confiado para beneficio privado*”, que desgasta la confianza en la Administración, diluye la democracia, impide el desarrollo económico e incide en intensificar la desigualdad, la pobreza, división social y la crisis en el ambiente¹⁴⁹.

Por otra parte, diversos autores se han ocupado de definir la corrupción, así, Navarro Cardoso considera que la corrupción es aquel “*abuso del poder público para obtener un beneficio privado (ilícito)*”¹⁵⁰, con lo cual, se observa que este autor centra el concepto de corrupción en la que se origina en el sector público. En similar sentido pero con algunas distinciones, para Henao Cardona y Castro Cuenca, la corrupción supone el descarrío del interés público, que se materializa por medio del uso arbitrario del cargo, con el propósito de “*obtener un beneficio extraposicional en la Administración pública o en la empresa privada*”¹⁵¹; como se observa, estos últimos autores brindan un concepto de corrupción donde se incluye la finalidad de alcanzar un beneficio en el sector público o en el sector privado, con lo que, su concepto no es restringido al contexto de la Administración pública.

No obstante lo anterior, como bien refiere De La Mata, no puede afirmarse que exista un concepto unitario de corrupción, pero se encuentran algunas características en su definición, que generalmente son tres: 1) la persona que abusa de una posición de poder, 2) la obtención de una ventaja patrimonial a cambio de su utilización y, 3) secreto del pago, donde necesariamente deben

¹⁴⁹ Transparencia Internacional se ocupa de contestar qué entiende por corrupción, en su idioma inglés refiere lo siguiente: “*We define corruption as the abuse of entrusted power for private gain. Corruption erodes trust, weakens democracy, hampers economic development and further exacerbates inequality, poverty, social division and the environmental crisis*”. Transparency International, “What is corruption?”, acceso el 12 de febrero de 2021, <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>

¹⁵⁰ Navarro, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11.

¹⁵¹ Henao y Castro, *Compliance: Prevención de la corrupción pública y privada*, 239.

concurrir dos sujetos, para que se perfeccione, el sujeto que tiene el poder de decisión y el sujeto que ofrece, promete o entrega económicamente la utilidad que pretende¹⁵².

En cuanto a la corrupción en el sector público, refiere el último autor en cita, que la corrupción conlleva el uso del poder con fines de lucro, y no en sí con fines de corrupción, donde se advierte el abuso del poder del funcionario que se dirige a ejecutar una acción ilegal¹⁵³; así, De la Mata considera que el fenómeno de la corrupción pública debe restringirse al marco de acción de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, más allá del contexto del funcionamiento de la Administración¹⁵⁴.

Igualmente, Rodríguez-Drincourt refiere que en la corrupción pública siempre se presenta como interviniente un funcionario público o persona que ostenta un cargo político, que obtiene una dádiva o ventaja indebida o ilícita, y además, que la corrupción se relaciona a la “integridad pública”, que conlleva la capacidad de acciones con base en los valores morales de la población y las leyes del Estado. De esa manera, este autor expone que la acepción de corrupción, en simple sentido, constituye “*un abuso de poder en la esfera pública caracterizada por la venta de funciones públicas que favorecen a*

¹⁵² De la Mata Barranco, “La lucha contra la corrupción política”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4.

¹⁵³ De La Mata se atañe a dos conceptos de corrupción pública aportados por los doctrinarios Nieto García y Sabán, el primero refiere que este tipo de corrupción inicia al momento que “*el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público... no se utiliza correctamente al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal*”, y el segundo autor que atañe, refiere que se usa las facultades gubernamentales distintos al interés general, dado que obedecer a fines privados. De la Mata, “La lucha contra la corrupción política”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6.

¹⁵⁴ De la Mata, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”: 135.

*determinados individuos por dinero, con otras formas de pago o incluso por una expectativa de futuro*¹⁵⁵.

Como es fácil de apreciar, en el concepto de corrupción pública se sitúa un funcionario público que abusa del cargo que se le ha conferido, para realizar un acto en el giro de sus funciones, a cambio de dádivas y motivado por intereses espurios, ajenos a los públicos. Así, se le coloca un precio a las funciones estatales, que son las dádivas ofrecidas o entregadas por otra persona ajena a la Administración pública, para conseguir ese acto por parte del funcionario, que en principio no le corresponde; lo anterior permite apreciar aspectos relacionados a una compraventa de las funciones públicas.

Así, algunos autores entienden que la corrupción pública supone una especie de compraventa de las funciones estatales, donde su máximo exponente es conseguir un acuerdo o *pactum sceleris* entre dos personas, en el que, se necesita que una de ellas se presente ostentando una calidad particular, que es ser funcionario en la Administración, puesto que, este tiene “*una posición cualificada del sujeto vendedor que, en virtud precisamente de esa posición que ocupa, tiene prohibido vender actos inherentes de a su función*”¹⁵⁶, y otra persona ajena a la función gubernamental.

En ese sentido, se trata de una venta realizada por una persona cuya acción se relaciona con la Administración pública, y otra persona particular que la compra; pero debe aclararse que, no siempre en el cohecho se requiere la anuencia de ambas personas o que efectivamente se materialice el pacto.

¹⁵⁵ Juan Rodríguez-Drincourt Álvarez, “Democracia y corrupción pública”. En *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 102.

¹⁵⁶ María Cerina Giorgio Darío, *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020) 148-149.

Como se observa de las definiciones anteriores, el fenómeno de la corrupción pública incluye aspectos esenciales que permiten presentar la particularidad de este flagelo. Así, se parte de la existencia de una persona que tiene un cargo dentro de la Administración pública que le confiere el poder de adoptar una decisión, del cual se aprovecha o abusa para fines distintos del giro de sus funciones, es decir para fines particulares, generalmente económicos, a cambio de una dádiva o ventaja económica, ofrecida, entregada o prometida por otra persona, a fin que se ejecute la decisión o abuso del cargo.

2.1.2 Corrupción pública y el debilitamiento del Estado.

Situado el concepto de corrupción pública, debe señalarse que la práctica de ésta puede vulnerar los valores primordiales del Estado constitucional y democrático de derecho, debilita a los Estados deslegitimándolos socialmente; asimismo, provoca que los recursos públicos sean insuficientes, deriva también en la prestación de un servicio público inadecuado¹⁵⁷. La corrupción conlleva además, la pérdida de la confianza en la imparcialidad de los funcionarios en el giro de sus funciones, dado que estos se saltan el marco legal para obtener ventajas espurias, ajenas a los intereses del Estado, socavando el correcto funcionamiento de la Administración pública¹⁵⁸.

Asimismo, la corrupción afecta intereses diversos, dado que no solo se vincula con la actuación de un funcionario o servidor público, sino que, puede afectar

¹⁵⁷ “Como efecto último tiene efectos secundarios como malograr las legítimas expectativas de los ciudadanos, que esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, como a la vez produce una imperfección en la capacidad del sistema público de cumplir las genuinas aspiraciones de la Sociedad en la satisfacción de sus necesidades”. Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 26.

¹⁵⁸ Así se refieren diversos autores, que consideran a partir de diversos estudios que apuntan los graves impactos de la corrupción en la sociedad, además de lesionar la confianza de la población en los administradores del gobierno. Al respecto véase: Nieto, “Corrupción en los negocios”, en Derecho penal económico y de la empresa, 415 y De la Mata, “La lucha contra la corrupción política”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6 y 7.

la economía privada concursando con otros delitos de naturaleza socioeconómica, a lo que se referirá en su momento en esta investigación. A ello debe agregarse, los pronunciamientos emitidos por parte de organismos internacionales y órganos nacionales respecto a las prácticas corruptivas en la Administración, sobre las afectaciones que conllevan a la población y la repercusión para el Estado y su funcionamiento¹⁵⁹.

De esa manera, en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se refiere que la corrupción incide en “*la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley*”¹⁶⁰, y que además, las acciones de corrupción afectan en forma exorbitante en el desarrollo sostenible de los Estados, dado que en muchas ocasiones se comprometen excesivamente sus recursos y amenazan su estabilidad política¹⁶¹.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que la corrupción conlleva la vulneración de los derechos humanos, tanto civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales, e incluso, el derecho al desarrollo; ello es así, porque aminora las democracias de los Estados y la gobernabilidad, dado que “*fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad*”¹⁶².

¹⁵⁹ Instituto Universitario de Opinión Pública, “El combate a la corrupción en El Salvador: Evaluando la capacidad del Estado para reducir la corrupción y mejorar la rendición de cuentas”, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”: San Salvador, 2020, 11, acceso el 14 de abril de 2021, <https://www.wola.org/es/analisis/combate-a-la-corrupcion-en-el-salvador/>

¹⁶⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2003), preámbulo.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución 1/18: Corrupción y Derechos Humanos*, Bogotá: 2018, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>

En similar sentido, a nivel nacional, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador –en adelante, Sala de lo Constitucional o SC-, considera que las acciones de corrupción constituyen violaciones de los derechos fundamentales, y que particularmente, afecta mayormente el derecho de igualdad, en tanto que conduce “*un trato diferenciado injustificado e irrazonable y tiene el propósito de favorecer a personas o grupos determinados, garantizar su impunidad y generar una situación de privilegios*”¹⁶³.

Todo lo anterior, conlleva a considerar que la corrupción puede afectar también los derechos humanos de la sociedad, principalmente en su vertiente *igualdad*, no vista como valor o principio, sino como un derecho de aquellas personas afectadas por la corrupción, que no acceden a participar en la compraventa de la función pública, frente a otras personas que sí lo hacen y que obtienen los beneficios de la ventaja generalmente económica que ofrece o entrega al funcionario.

En ese hilo de ideas, no hay duda de que la corrupción tiene grandes costos para las democracias y economías de los Estados, y que es necesario combatirla, pero ello no debe limitarse únicamente desde el ámbito penal, sino que la corrupción debe confrontarse tanto en el ámbito represivo como también

¹⁶³ En tal sentido, la Sala de lo Constitucional apuntó en esta sentencia que la corrupción conlleva la violación a los derechos humanos, que puede ser de forma directa o indirecta, describiéndola así: “*La violación directa se produce cuando un acto de corrupción supone el incumplimiento de las obligaciones de respetar, proteger y contribuir con la realización de los derechos fundamentales, ya que tales obligaciones están indisolublemente vinculadas con las obligaciones internacionales de respeto y garantía de tales derechos y con el derecho a la protección en la conservación y defensa de los mismos reconocido en el art. 2 inc. 1° Cn. La violación indirecta es consecuencia de la serie de acontecimientos generados por la corrupción que, finalmente, llevan al incumplimiento de la obligación de respetar, proteger y contribuir con la realización de uno o más derechos fundamentales*”. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 146-2014/107-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

preventivo¹⁶⁴, cuestión que deberá profundizarse en los subsiguientes capítulos de esta investigación.

Ahora bien, para delimitar el objeto de estudio de este apartado en el ámbito de la corrupción pública, se tiene que el cohecho activo típico supone que la persona particular ofrezca o entregue una ventaja comúnmente económica a otra persona, ésta última debe tener un cargo con poder de decisión en la Administración a la que se desea incidir para que realice un acto con intereses ajenos a los públicos, por ello, necesariamente debe ser un funcionario o empleado público, a ello deberá referirse a continuación.

2.2 El cohecho activo como delito de corrupción pública

La doctrina afirma que detrás de todo supuesto de corrupción pública, se encuentra un cómplice privado¹⁶⁵, este es una persona física que actúa al amparo de sus intereses o a veces al amparo de intereses de una persona jurídica, que ofrece o entrega una dádiva a un funcionario, cuestión que conlleva a que la población se proyecte que la política no es más un servicio público, sino que se convierte en un negocio¹⁶⁶.

De igual manera, existe consenso en la doctrina al afirmarse que el cohecho es uno de los delitos donde más se manifiesta o se vincula con la esencia de la corrupción¹⁶⁷; y no solo el cohecho pasivo donde el funcionario es la persona

¹⁶⁴ De la Mata, "La lucha contra la corrupción política". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4.

¹⁶⁵ Al respecto, señala Serrano Romo que debe tomarse "además en cuenta que tras todos los casos de corrupción pública existe una complicidad privada, por lo que se estima lo corrupto en un entorno social sin distinción alguna entre lo público y lo privado". Serrano, "Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado", 26-27.

¹⁶⁶ Acale, "La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español", *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 28.

¹⁶⁷ Véase: De la Mata, "El bien jurídico protegido en el delito de cohecho": 87.

con el poder de decisión al que se desea incidir por medio de una dádiva, sino también el cohecho de particular o cohecho activo en el contexto de la Administración pública, donde la corrupción encuentra anclaje dado que la vinculación entre el particular y el funcionario se retroalimentan en una interrelación con fines fraudulentos.

En tal sentido, el particular que soborna al funcionario se presenta en distintos escenarios, su conducta puede anclarse directa o indirectamente a la corrupción pública, ofreciendo, prometiendo o entregando dádivas al funcionario o empleado público, a cambio que éste realice a su favor un acto. Ello puede situarse en supuestos insignificantes como puede ser, el particular que ofrece la dádiva a un funcionario para que no le aplique una multa de poca monta por no cumplir las normas de construcción de la altura máxima de la construcción de una casa; o bien, en contextos de mayor trascendencia, como por ejemplo, la dádiva que ofrece o entrega el particular a un funcionario, para que se le conceda la adjudicación de una construcción de obra.

Así, dentro de estas particularidades que describen el cohecho activo como delito de corrupción pública, se encuentra el supuesto en que se da una relación contractual entre el Estado y el particular, que en muchas ocasiones se convierten *“en transacciones que implican millones o miles de millones de... -dólares-, en que la decisión final –por ejemplo, de realizar una obra o servicio en un lugar determinado u otro, o de ejecutar una actividad o no...- pasa directamente por un funcionario público... no siempre bien remunerado, y con escaso o nulo control interno, o sólo de carácter formal, lo que es la conjugación ideal para el ofrecimiento o exigencia de dádivas o prebendas por particulares hacia el estamento público, para cumplir, dejar de cumplir, elegir*

determinado persona u obra, etc., en forma arbitraria o saltando el marco normativo a favor de una o en desmedro de otra”¹⁶⁸.

De lo anterior se advierte que, la actuación del particular que soborna al funcionario, cobra mayor trascendencia cuando el funcionario público está dispuesto a aceptar esa dádiva ofrecida, ya sea porque se trata de un funcionario que no tiene alto rango pero con alto poder de decisión en relación a contratos estatales de obras u otros similares, que en ocasiones tiene baja remuneración salarial o con bajos o nulos principios éticos, sin autocontrol; facilita que se sitúe la compraventa de las funciones públicas, donde el particular instrumentaliza la Administración, para alcanzar sus objetivos económicos a su favor.

Es así que en tales contextos, el cohecho del particular es un delito de corrupción pública, puesto que el particular se sirve de la corrupción estatal para alcanzar sus objetivos privados, a través de la utilización de las funciones públicas a su servicio, a través de compraventa de la Administración pública, permitiéndole ventajas privadas o económicas frente a otros que no se avocan a las dádivas.

De esa forma, reconocer y criminalizar la actuación del particular en el cohecho es de suma relevancia, dado que ésta persona coadyuva a la vigencia de la corrupción en la Administración; lo anterior, no excluye que la conducta del particular en el cohecho, puede a su vez, vulnerar otros intereses diversos a

¹⁶⁸ Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 25-26. De esa forma, la corrupción pública en los contextos de las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares, infringe obligaciones legales pero también vulnera obligaciones y deberes éticos de los funcionarios, frente a particulares que tampoco se rigen por principios ni valores éticos.

los gubernamentales, como pueden ser la libre competencia y libre concurrencia¹⁶⁹, como se verá *infra*.

Ahora bien, existen otras actividades criminales que se vinculan o contribuyen a la corrupción pública sin que ello signifique que sean delitos de corrupción. Por ejemplo, el delito de lavado de dinero, dado que el incremento patrimonial sin justificación lícita probablemente se vincule o derive de las ganancias de actos de corrupción; igualmente la evasión de impuestos puede relacionarse con la corrupción si las ganancias se generaron a través de acciones corruptas y por ende, no se declaran¹⁷⁰.

Como se puede apreciar, pueden existir otros delitos que se enlacen con la corrupción pública, incluso los delitos de medioambiente, siempre que se den en ocasión de un pacto entre el funcionario y el particular, para obtener una ventaja, o bien, el intento de alcanzar ese pacto sin que una de las partes lo acepte. Igualmente, otros delitos socioeconómicos suelen relacionarse con la corrupción, muchos de ellos realizados por medio del crimen organizado, que hacen uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación –TICs–, a fin de no dejar huellas de sus actos delictivos, delitos como la malversación de fondos públicos, prevaricación, falsedad, tráfico de influencias, entre otros¹⁷¹. Como se observa, se trata de conductas delictivas vinculadas con la corrupción pública, donde también los particulares ajenos a la función estatal, tienen parte; pero que no implican imperativamente, que se traten en puridad, de delitos de corrupción.

¹⁶⁹ Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 29.

¹⁷⁰ De la Mata, “La lucha contra la corrupción política”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6 y 7.

¹⁷¹ Al respecto véase: Ana María Rodríguez Tirado, “Ministerio fiscal, investigación penal en delitos de corrupción económica y determinación de la competencia penal”. En *Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos* (Tirant lo Blanch: Valencia, 2019), 124.

Por otra parte, debe decirse que el cohecho de particular, situado en contextos que soborna al funcionario público para obtener sus ventajas fraudulentas, ha tenido mayor realce, cuando se sitúa en las transacciones económicas internacionales, donde muchas veces el particular forma parte de una criminalidad organizada y transnacional, a ello se dedicarán las siguientes líneas.

2.2.1 La importancia a nivel internacional de criminalizar al particular que participa en el ciclo de la corrupción

En la actualidad se observa en el marco internacional, una expansión de las tipologías delictivas que penalizan las conductas de corrupción, así como el aumento de las penas para sancionar esta criminalidad. Especialmente, preocupa la conducta del particular empresario, como delincuente económico que interactúa con la empresa¹⁷², en cuanto a su superposición en la corrupción pública, *“por la percepción de que ciertos delitos económicos terminan haciendo tambalear nuestras instituciones democráticas”*¹⁷³.

Así, la Comunidad internacional ha prestado atención al cómplice privado de la corrupción en el contexto de la Administración pública, sobre todo en aquellos supuestos que el particular que soborna es un delincuente económico que está organizado y que sus actos trascienden las fronteras de los Estados, valiéndose de la delincuencia funcional para su beneficio¹⁷⁴. De esa forma, la corrupción pública ha generado preocupación en gran medida ahora que se le ha vinculado cada vez más con la delincuencia socioeconómica, así como

¹⁷² Mercedes García Arán et al., *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, (España: Tirant lo Blanch, 2014), <http://www.tirantonline.com>

¹⁷³ Norberto J. de la Mata Barranco et al., *Derecho penal económico y de la empresa*, (Madrid: Dykinson, 2018), 37.

¹⁷⁴ José Luis Díez Ripollés y Alejandra Gómez-Céspedes, “La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”, *Revista española de investigación criminológica*, n° 6 (2008): 3-4, www.criminologia.net

con la criminalidad organizada, la cual está íntimamente relacionada con la transnacional¹⁷⁵.

En tal sentido, incluso en tratados internacionales se reconoce la importancia de contener conductas de los particulares en el contexto de la corrupción pública no solo dentro de ámbitos nacionales de los Estados, sino también traspasando las fronteras en el ámbito transnacional, ello situado cuando el particular se conecta con funcionarios de otros estados, a quienes ofrece o entrega dádivas para conseguir un beneficio relacionado con transacciones económicas o comerciales internacionales.

De ese modo, fue necesario la intervención de organismos supra estatales a través de la adopción de Tratados Internacionales que reconocen este tipo de criminalidad, en los que se concientiza de este flagelo a los integrantes de la sociedad y los Estados; y se orienta que en las legislaciones nacionales se sancionen adecuadamente los actos de corrupción cuando las acciones preventivas desfallezcan¹⁷⁶.

En ese contexto, el cohecho activo también se reconoce en Tratados Internacionales en materia de corrupción, donde se resalta mayormente dicho delito en el contexto de la corrupción pública, aunque también se insta a los estados a reconocer dicha criminalidad en el ámbito privado, tomando relevancia el cohecho en las transacciones internacionales como se detallará posteriormente en la investigación. En ese hilo de pensamientos, a nivel regional y mundial se emitió una serie de Convenios para sumar esfuerzos a

¹⁷⁵ José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós, “Consideraciones sobre los delitos de cohecho como paradigma de la corrupción pública tras la reforma de junio de 2010”. En Urbanismo y corrupción política. (*una visión penal, civil y administrativa*), (Madrid: Dykinson, 2013), 545-546.

¹⁷⁶ Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 31.

nivel de la Comunidad internacional en la prevención y represión de la corrupción, incluyendo al cohecho activo como uno de los delitos donde se manifiesta la corrupción.

Así, la Organización de los Estados Americanos emitió el primer tratado contra la corrupción en el mundo, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita en 1996 –en adelante CICC-, en la que se refiere en su preámbulo, que *“la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas...la democracia representativa se describen las conductas...”*, entre otros, y que resulta necesario combatir este tipo de acciones.

Además, en la CICC se señalan las descripciones de las conductas del corrupto y corruptor, ello es trascendental, ya que la concepción clásica de corrupción pública no consideraba con especial importancia el comportamiento del particular que soborna al funcionario, siendo que en la CICC, se relaciona al particular como la persona que realiza la acción de corromper. Asimismo, la CICC señala el carácter transnacional de la corrupción, y que por ello exige una acción coordinada de los Estados para combatirla.

De igual manera, como instrumento internacional, el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico emitió la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada en 1997¹⁷⁷, la que se ocupa en lo relevante, a reconocer la existencia del cohecho activo en las transacciones internacionales, cuando éste ofrece o entrega una dádiva a un funcionario público de otro estado. En este contexto se incluyen conceptos

¹⁷⁷ Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-: 1997).

importantes como es el funcionario extranjero, la intervención de los sujetos en la relación de corrupción, particularmente las personas jurídicas en las relaciones comerciales internacionales.

Seguidamente, vale citar la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003¹⁷⁸, la cual, ha reconocido la necesidad de prevenir y reprimir la corrupción, instando a los Estados parte que tipifiquen como delito una serie de conductas para combatir la corrupción, que incluye la penalización del soborno de funcionarios públicos nacionales. En efecto, en la Convención en comento, se describe como conductas que deben tipificarse como delito, las acciones activas del cohecho del particular, dirigidas al funcionario, bajo las conductas de “prometer”, “ofrecer” o “conceder” a un funcionario público, un beneficio indebido, con el propósito de que el funcionario actúe u omite actuar en el cumplimiento del giro de sus funciones; de igual forma, se describen las conductas activas y pasivas del cohecho de funcionario.

Con base en lo antes mencionado, se observa la preocupación de la Comunidad internacional, no solo en reconocer los cohechos de particulares en el ámbito de las transacciones económicas internacionales, sino también, de que se prevengan, identifiquen y se sancionen este tipo de conductas de corrupción, cuando los sobornos se dirigen a funcionarios públicos extranjeros o de otros Estados, con énfasis cuando converge la participación de una persona física y una persona jurídica en estos actos de corrupción, tomando en consideración las afectaciones que conllevan a las Administraciones públicas de otros Estados, y así también, los intereses en las transacciones comerciales y económicas internacionales.

¹⁷⁸ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Mérida: Organización de las Naciones Unidas, 2003).

2.2.2 La relevancia en el ámbito nacional, de la criminalización de la conducta del particular que participa en el fenómeno de la corrupción, trasladado al lenguaje jurídico penal

Debe decirse que en general, el fenómeno de la corrupción trasladado al lenguaje jurídico penal salvadoreño, se tiene que se ha utilizado diferente el término para incluir distintas modalidades; de esa manera, en El Salvador, la intervención del Derecho penal en la contención de hechos de corrupción se ha reflejado en diversidad de delitos cuyo *nomen iuris* no ha sido “corrupción”.

En efecto, el Código penal salvadoreño –en adelante se referirá como Código penal o CP-, no utiliza el término “corrupción” como figura delictiva, pero sí señala en el Título XVI “Delitos relativos a la Administración pública”, en su capítulo II “De la corrupción”, en el que se establecen figuras delictivas que se incluyen dentro del fenómeno amplio y social de la corrupción, como son: cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio, malversación y enriquecimiento ilícito, pero llama la atención que no se incluye dentro de dicho capítulo, el cohecho activo.

Asimismo, a pesar que en el capítulo III del título señalado del CP, se describe el epígrafe “De los delitos cometidos por particulares”, también se encuentran figuras delictivas que pueden incluirse dentro del fenómeno amplio y social de la corrupción, como son: el cohecho activo, soborno transnacional, tráfico de influencias, entre otros; aunque el legislador haya excluido al cohecho activo del capítulo de los delitos “De la corrupción”, es innegable que el cohecho de particular que soborna al funcionario, se sitúa su acción dentro del ciclo de la corrupción.

De modo que, como se dijo *supra*, al centrarse en el objeto de estudio, la figura clásica que concierne a la corrupción, es el cohecho, tanto el activo como el

pasivo, que se diferencia, como se dijo *supra*, por una parte, la conducta del particular que ofrece o entrega al funcionario la dádiva o una ventaja indebida –cohecho activo-, y la acción del funcionario que solicita o recibe dicha dádiva o ventaja indebida del particular (cohecho pasivo que puede ser también cohecho propio y cohecho impropio).

El cohecho activo o “*cohecho de particular*” como señalan algunos autores, supone la conducta del particular “*que ofrece o entrega la contraprestación indebida a un funcionario público*”, cuyo carácter es unilateral al ser independiente del cohecho pasivo, dado que se consuma al realizarse la conducta típica¹⁷⁹.

De acuerdo al art. 335 CP, el sujeto activo es una persona particular, a quién no se le exige ninguna cualidad o calidad específica, que puede actuar por sí misma o por una persona interpuesta para: ofrecer, prometer o entregar a un funcionario una dádiva o ventaja indebida, con la finalidad de que éste realice un acto contrario a sus deberes oficiales, para que no realice o retarde un acto que le corresponde, conducta que se enmarca dentro de aquellas que se entienden incluidas en la idea de corromper a un funcionario de la Administración pública, a iniciativa de un particular, o incluso, a iniciativa del funcionario cuando éste solicita la dádiva y el particular le entrega la misma. Por ello, posteriormente debe retomarse la intervención del particular en el cohecho, a fin de resaltar su exteriorización en el fenómeno de la corrupción.

¹⁷⁹ Santana, “Actividad económica y corrupción: Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*, tomo 2, 410.

2.3 El cuestionamiento de la terminología del cohecho activo

La doctrina ha criticado de forma insistente, el *nomen iuris* designado a la conducta del particular que soborna al funcionario en el contexto de la corrupción pública, puesto que el cohecho de particular se traslada al lenguaje jurídico penal como “cohecho activo”. Tal terminología pareciera castigar solo comportamientos activos del particular y no pasivos¹⁸⁰, referidas a ofrecer la dádiva, cuando también pueden surgir conductas pasivas del particular que entrega la dádiva por solicitud del funcionario público, a ello deberá extenderse en este apartado.

2.3.1 Antecedentes legislativos inmediatos que justifican el término

Históricamente en las primicias de la legislación penal salvadoreña como se mencionó *supra*, el cohecho cometido por el particular se consideró como la acción de corromper al funcionario, a través de la entrega o promesa de una dádiva; mientras que la conducta del funcionario en el cohecho, se describió como aquella en que el funcionario recibe o acepta la dádiva que le ofrece el particular corruptor. De allí devienen los antecedentes de las distinciones entre cohecho activo y pasivo, el primero que sancionaba la conducta activa del particular que toma la iniciativa para “corromper” en el cohecho y el segundo que castigaba la conducta pasiva del funcionario que se dejaba “corromper”, ambos descritos en las distintas conductas que encuadraban el epígrafe del cohecho.

¹⁸⁰ “Sin perjuicio de la distinción entre cohecho activo y pasivo, que emana del texto de la ley, debemos tener presente que la expresión “cohecho pasivo” no sólo se utiliza para aludir al que comete el funcionario público y la locución “cohecho activo” no sólo para hacer referencia al que realiza el particular. Esta determinación expresa la calificación más tradicional y usada por los autores, que distingue entre el cohecho activo y cohecho pasivo desde el punto de vista del sujeto activo del ilícito penal: por una parte, la expresión cohecho activo es utilizada para referirse a la conducta del particular que corrompe al funcionario público, y la expresión cohecho pasivo para hacer referencia al funcionario público que se deja corromper”. Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 83.

Por ello, a pesar que el legislador denomina la conducta punible del particular como “cohecho activo”, resulta más correcto referirse a ella como “cohecho de particular”, dado que la expresión cohecho activo responde a esa acepción histórica que consideraba que era el particular quien actuaba como agente corruptor.

En tal sentido, el particular buscaba de forma “activa” al funcionario para que éste realizara un acto en el giro de sus funciones, a cambio de una retribución; en tal sentido, para el legislador histórico, el funcionario no se representaba el cometer el delito de cohecho hasta ese momento, y por ello era corrompido por el particular.

Así, el legislador en las primicias del Código penal, no se había planteado que el funcionario también podía tener una conducta activa en el cohecho, que éste buscara al particular a iniciativa propia, para solicitar la dádiva al particular¹⁸¹.

2.3.2 Críticas al término de cohecho activo utilizado en el Código penal actual

Como se apuntó, las distinciones entre los cohechos activo y pasivo se situaban al describir conductas punibles bajo las modalidades pasivas: para el funcionario, y activas: para el particular, porque este último era quién buscaba al funcionario a efecto de corromperlo, mientras que el funcionario no habría pensado en realizar ese acto, si no se hubiese presentado tal particular.

Distinciones que ya no tienen sustento actualmente, en vista que, el cohecho activo del art. 335 CP, castiga al particular tanto comportamientos activos como también conductas pasivas, puesto que la acción de “ofrecer” la dádiva al funcionario, se estableció expresamente a partir del CP de 1998, y anterior

¹⁸¹ Muñoz Cuesta, “Delitos de cohecho”. En: Estudios jurídicos, 6.

a dicho Código, se castigó el intento de “corromper” al funcionario, lo que supone que era a iniciativa del particular; a su vez, el art. 335 CP, castiga al particular por las modalidades “propias” e “impropias”.

Además, con respecto al cohecho de funcionario, la descripción de la conducta típica de los cohechos “propio” e “impropio”, incluyen criminalizar no solo la conducta pasiva sino también la conducta activa del funcionario en el cohecho; ello es sí, dado que los arts. 330 y 331 CP contemplan como acción típica, el “solicitar” la dádiva al particular, conducta incluida a partir de 1974 con la vigencia del Código penal de 1973. Debe aclararse que la distinción de las modalidades propias e impropias del cohecho de funcionario, no se recoge en el *nomen iuris* del cohecho activo, lo que deriva a *prima facie*, que el cohecho activo no incluye el castigo de conductas definidas como “propias e impropias”, cuestión que es un yerro; por ello, para evitar confusiones, es más correcto que los cohechos propio e impropio se denominaran como cohecho de funcionario público.

Por tanto, resulta cuestionable el *nomen iuris* “cohecho activo” utilizado por el legislador describir la conducta que se atribuye al sujeto activo del art. 335 CP, es decir, para el cohecho de particular, puesto que se parte de que la normativa penal sanciona también conductas activas en el cohecho de funcionario o cohechos propio o impropio como se describen en los arts. 330 y 331 CP.

Como bien refiere María Cerina¹⁸², la descripción de ambos tipos penales, implica que del cohecho activo se omita que un funcionario público pueda ser

¹⁸² Igualmente, esta autora expone que la distinción entre corrupción activa y pasiva, surja posiblemente “a aquellos tiempos en los que la doctrina (sobretudo italiana) consideraba que el honrado funcionario público solo podría corromperse si tomaba la iniciativa un extraneus (que activamente corrompiera al siempre “pasivo” empleado público); al contrario, cuando la iniciativa amenazadora procedía del poderoso empleado público que, abordándolo, terminaba menoscabando la libre formación de la voluntad del particular-víctima, se hablaba no ya de

quién realice la corrupción activa, sustentada tal distinción, aparentemente en la compra de la función pública, a fin de dar contenido a la acción del particular bajo la lupa de “corrupción activa”, mientras que se entiende a la venta que le atañe a la conducta del funcionario, bajo la óptica de que su actuación se enmarca en una corrupción “pasiva”.

Ahora bien, no debe soslayarse que en el cohecho activo regulado en el art. 335 CP, se incluye como conducta típica, “entregar” una dádiva al funcionario público, pero no se aclara que esa entrega, sea debido a una solicitud previa por parte del funcionario, por lo cual, se puede cuestionar si las conductas del cohecho activo, describen únicamente conductas activas y no pasivas; empero puede entenderse que tal comportamiento obedece a una solicitud previa, pero que dicha solicitud no será necesario de probarse en un proceso penal.

Por otra parte, como bien refiere Serrano Romo¹⁸³, resulta criticable la denominación que se utilizan generalmente en los textos legales para describir las conductas del particular y del funcionario en el cohecho, puesto que la expresión “cohecho activo” no se refiere únicamente a la acción que ejecuta el particular, aunque sea la más común que se describe en la doctrina para diferenciar el sujeto activo del delito, pero que, como se ha resaltado *infra*, el funcionario también puede responder por acciones activas en el cohecho, cuando solicita la dádiva al particular en el cohecho pasivo¹⁸⁴.

corrupción sino de concusión” Giorgio, La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho Penal, 147.

¹⁸³ Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 83.

¹⁸⁴ Así, de forma similar se pronuncia Benito Sánchez, que denota el común empleo de “*la expresión cohecho activo para referirse a la conducta del particular que soborna, reservándose la expresión cohecho pasivo para la conducta del funcionario que solicita o acepta el soborno*” terminología que se ha usado incluso en Tratados internacionales. Demelsa Benito Sánchez, “Veinte años del delito de Corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de corrupción* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 254.

En ese sentido, parece que las conductas típicas de cohecho pasivo y activo se encuentran limitados al sujeto activo, el primero al funcionario y el segundo al particular, lo que se trata de un yerro en cuanto a la técnica legislativa¹⁸⁵; así, en el contexto jurídico-penal actual, deviene más apropiado utilizar la denominación de cohecho de funcionario y el cohecho de particular, con la acotación que en ambos casos pueden existir conductas activas y pasivas¹⁸⁶.

Lo antes expresado, a pesar que el tipo penal del art. 335 del Código penal, no se aclara si la “entrega” de la dádiva, deba considerarse como conducta pasiva del particular en el cohecho, dado que no se refiere expresamente en la construcción típica del cohecho activo, que la entrega sea a solicitud del funcionario, cuestión que sí se describe expresamente en otras codificaciones penales extranjeras como sucede en el Código penal español (en adelante CPE)¹⁸⁷.

Sin embargo, debe señalarse que, en algún contexto fáctico puede existir como supuesto un particular que realice la conducta de “aceptar” una solicitud de dádiva que le realice el funcionario, pero que no se criminaliza en el tipo penal del art. 335 CP, cuestión que deberá retomarse posteriormente, a fin de examinar si fuese necesario castigar dicha modalidad de cohecho, donde la iniciativa surge del funcionario, a la espera que el particular acepte dar la dádiva que le requiere el funcionario.

¹⁸⁵ Giorgio, *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho Penal*, 286.

¹⁸⁶ Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 84.

¹⁸⁷ La legislación penal española es muy clara en este punto, el cohecho activo sanciona como conducta pasiva “entregar” la dádiva, a solicitud de un funcionario, así se señala en el art. 424.2 CPE: “2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan”. Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), artículo 424.2.

Acotado lo anterior, a efecto de esta investigación y para evitar confusiones, tomando en cuenta que las denominaciones del cohecho de particular se refieren generalmente al cohecho activo y el cohecho del funcionario como cohecho pasivo, en vista de su uso arraigado en la doctrina y en la normativa¹⁸⁸, a efectos de esta investigación se utilizarán las denominaciones y distinciones del legislador en cuanto al “cohecho activo” para referirse al cohecho del particular, y al “cohecho pasivo” para acotarse al cohecho de funcionario, pero que, sustancialmente no se obviará que ambos cohecho según la denominación normativa que corresponde a los arts. 330, 331 y 335 CP, puedan considerarse conductas activas y pasivas tanto del funcionario como del particular.

2.4 La intervención del particular en el contexto de la corrupción pública y la afectación del bien jurídico en el delito de cohecho activo

El protagonismo que tiene el particular en el ciclo de la corrupción, donde se identifica su máxima expresión en el delito de cohecho, puede verse en dos sentidos, por una parte y principalmente, como sujeto activo del delito de cohecho activo, y por otra parte como el partícipe del cohecho de funcionario, es decir, como cooperador del cohecho propio o cohecho impropio, pero que

¹⁸⁸ En efecto, considera María Cerina que el uso tradicional y prácticamente universal para referirse al cohecho de funcionario como cohecho pasivo y al cohecho de particular como cohecho activo está sumamente arraigado, “*lo cierto es que, hoy en día, todos hablan de corrupción activa para referirse a la vertiente de la vicisitud corruptiva que interesa al comprador y de corrupción pasiva para describir el “punto de vista” del vendedor pero nadie duda de que, quién toma iniciativa (es decir, quien mantiene una actitud más “activa”) puede ser el intraneus sin que ello impida calificar el acuerdo (o intento de alcanzarlo) como corrupción... la distinción es aceptable solo reteniendo que la diferencia entre corrupción activa y corrupción pasiva no tiene nada que ver con “actividad” y “pasividad”: el autor de corrupción activa es tan pasivo como es activo el autor de corrupción pasiva*” Giorgio, *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho Penal*, 148-149.

a efectos penales, debe responder únicamente por uno de estos delitos, que como se verá, debe ser, el cohecho activo.

Por otra parte, los intereses que tutela el cohecho activo pueden resultar diversos en relación al que se tutela en el cohecho pasivo, y que en el ciclo de la corrupción pública, resulto oportuno referirse. A lo antes mencionado, se dedican las siguientes líneas que serán de utilidad para el objeto de esta investigación.

2.4.1 Características de la intervención que tiene el particular

Como primer paso, debe aclararse que a efectos de esta investigación, cuando se hace referencia al término “particular”, se debe entender como aquella persona que ofrece o entrega la dádiva al funcionario público, para que éste realice el acto corrupto en razón a su cargo; lo que no debe traducirse que se excluyen a personas que tengan alguna calidad especial.

Apuntado lo antes relacionado, como segundo paso a señalar es que, esta persona particular de acuerdo a la legislación penal salvadoreña, corresponde calificarse como el sujeto activo del delito de cohecho activo, a quién no se le exige ninguna cualidad especial para intervenir en el cohecho activo, dado que el sujeto activo del tipo penal del art. 335 CP, se describe con la frase neutra “el que”, es decir, puede ser cualquier persona.

Por otra parte, ese particular, se entiende que a la vez, en ciertos supuestos puede ser el *extraneus* del cohecho pasivo o cohecho de funcionario, pero que su conducta se castiga de forma autónoma, a través del cohecho activo; ello se parte de supuestos en que puedan suscitarse las formas bilaterales del cohecho, casos concretos en que la acción del particular de “ofrecer” y el de

“entregar”, se pueden corresponder con la conducta del funcionario de “admitir” y “recibir” la dádiva¹⁸⁹.

Igualmente, el particular que realiza el soborno, bien podría ser también un funcionario que no ostenta el cargo con poder de decisión respecto del acto que se desea incidir, dado que pueden darse contextos en que el funcionario público sea ese particular que soborne a otro servidor público. Así, Acale considera que puede también admitirse que ese particular resulte ser a la vez un funcionario público, puesto que no existe obstáculo legal para ello¹⁹⁰.

Inclusive, esta autora considera que puede recaer en una misma persona ambas participaciones, es decir, que en una misma persona se sitúe en el rol del particular pero a la vez en el rol de funcionario público, pues *“nada impide tampoco que sea una sola persona la que actúe e interactúe consigo misma, con una especie de “doble personalidad”, acumulando roles: por un lado, representando a una Administración pública y por el otro, como particular interesado en el propio acto corrupto”*¹⁹¹.

A la postura anterior, se adhiere Serrano Romo¹⁹², quien señala que el cohecho activo, al ser un delito común, dado que se utiliza la expresión “el que” para el sujeto activo, pueden presentarse distintos escenarios en donde un funcionario público puede sobornar a otro funcionario o servidor público, ello a pesar que residualmente debe aplicarse el delito Tráfico de Influencias, del art.

¹⁸⁹ Aoulad, *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*, 183.

¹⁹⁰ Al respecto, también comparte este criterio Sainz Cantero, puesto que considera que en el cohecho activo, el particular puede comprender también al funcionario cuando actúa como particular al ofrecer o entregar la dádiva al funcionario que tiene el poder de decisión sobre el acto del cual se desea incidir. Sáinz-Cantero, “Consideraciones sobre los delitos de cohecho como paradigma de la corrupción pública tras la reforma de junio de 2010”. En *Urbanismo y corrupción política. (una visión penal, civil y administrativa)*, 548.

¹⁹¹ Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 28.

¹⁹² Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 58.

336.2 CP¹⁹³. En tal sentido, el cohecho activo puede ser realizado tanto por particulares como también por funcionarios públicos¹⁹⁴, a ello también adopta la misma postura los criterios de la jurisprudencia salvadoreña¹⁹⁵, que se entienden dentro del concepto de “sujeto activo”, en el marco de la corrupción pública.

Es así que, pueden darse supuestos donde el funcionario pueda responder por el cohecho pasivo, porque recibió o aceptó una dádiva para realizar un acto propio de sus funciones, y a la vez pueda cometer la conducta del cohecho activo, al entregar una dádiva a otro funcionario con el fin de que éste realice un acto en el giro de sus funciones, cuestión que, de acuerdo a Serrano Romo, puede dar lugar a concurso de leyes¹⁹⁶.

Lo anterior reafirma la necesidad que aquellas personas que opten a un cargo público sean limitadas conforme a las normas éticas gubernamentales que incluyan las incompatibilidades de las personas que ejercer funciones públicas, con énfasis aquellas temporales, ante posibles casos de personas que no deseen desvincularse con su rol profesional previo al cargo.

¹⁹³ El tipo penal del art. 336 CP señala como delito el Tráfico de Influencias, que se agrava cuando es cometido por funcionario, imponiéndosele además de la pena de prisión, la inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo público. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1998), art. 336 CP.

¹⁹⁴ En similar sentido, Henao Cardona y Castro Cuenca consideran que el cohecho activo es el reverso del cohecho pasivo y que “*puede ser cometido indistintamente por servidores públicos y particulares*”. Henao y Castro, *Compliance: Prevención de la corrupción pública y privada*, 258.

¹⁹⁵ En tal sentido, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, refiere en sus criterios jurisprudenciales, que el sujeto particular que es identificado como sujeto activo en el Cohecho activo, puede ser perfectamente un sujeto público cuando no está ejerciendo sus funciones. Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 142C2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

¹⁹⁶ Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 120.

Por otra parte, no existe obstáculo para afirmar que ese particular que es una persona física, muchas veces puede actuar para beneficiar a una persona jurídica, como se verá en apartados posteriores.

2.4.2 El bien jurídico que se tutela en el cohecho de particular, en el contexto de la corrupción

Ahora bien, la conducta del particular en el cohecho, para que jurídicamente sea relevante, debe lesionar o poner en riesgo un bien jurídico-penal. Es decir, la conducta del particular debe conllevar un desvalor de resultado de naturaleza grave o riesgosa, situada en una lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico-penal; además tal resultado debe ser imputado a una conducta que se desvalora debido que es considerada como peligrosa¹⁹⁷.

En tal sentido, en apartados anteriores se hizo breve referencia específicamente en el capítulo anterior, en cuanto al bien jurídico tutelado en las conductas del cohecho, sobre el cual la doctrina no ha sido unívoca¹⁹⁸, y ello de manera similar ocurre con el cohecho activo en el contexto de la corrupción pública.

En efecto, un sector doctrinal parte de la idea de considerar que en cuanto a los cohechos pasivo y activo, puede coincidir un mismo bien jurídico tutelado, pero que parte de un doble enfoque: por un lado se encuentra el quebrantamiento del deber en razón al cargo funcional y la confianza que la población le asigna al funcionario, el cual se le vincula al cohecho pasivo; y

¹⁹⁷ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal: Parte general*, 171

¹⁹⁸ Ello puede deberse a que el cohecho contempla varias modalidades, entre las que se pueden mencionar: “a) la imparcialidad y objetividad de la actuación administrativa... b) el prestigio y eficacia en general de la Administración pública y la credibilidad de las instituciones y organismos públicos... c) la no comerciabilidad de la actuación administrativa; d) o, simplemente, el genérico del Título: el correcto funcionamiento de la Administración pública” Santana, “Actividad económica y corrupción: Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*.

por otra parte, “*el respeto que se debe al norma y correcto funcionamiento de los órganos estatales*”, en el que se sitúa el cohecho activo¹⁹⁹.

Otro sector doctrinal, señala que respecto del bien jurídico que se integra por el respeto al principio de imparcialidad en las actuaciones del funcionario en el contexto del cohecho, éste puede vincular las conductas del funcionario como también las de los particulares e interrelacionarse el actuar del particular con la criminalidad funcional; pero no debe soslayarse que en cuanto a la tutela del principio de imparcialidad del funcionario en sus actuaciones gubernamentales le asiste únicamente a éstos y no a los particulares²⁰⁰. Empero ello no obsta que la acción del particular responde a influencias o el mantenimiento de relaciones con funcionarios fuera del ámbito legal, en detrimento de la función pública, a fin que los funcionario obedezca a satisfacer intereses privados²⁰¹.

Es así que, la conducta del particular, únicamente pone en riesgo el citado principio de imparcialidad, dado que “*sobre el particular no pesa la obligación de resolver con imparcialidad y sí tan solo la de no interferir en la toma de decisiones utilizando cauces lícitos para su obtención*”²⁰². Lo anterior es así, en vista que el respeto al principio de imparcialidad, a pesar que le concierne a toda persona que tiene una relación con una institución gubernamental o con los servidores públicos, la imparcialidad, como bien refiere De la Mata, “*solo*

¹⁹⁹ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal: Parte especial*, 2º ed. (México D.F.: Tirant lo Blanch, 2014), 930-931.

²⁰⁰ Norberto J. de la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción pública: Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella* (Granada: Comares, 2004), 96.

²⁰¹ De la Mata, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”:113.

²⁰² De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción pública: Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, 96.

*puede predicarse de aquéllos que deben y pueden resolver o adoptar una decisión” en la Administración*²⁰³.

En otro sentido, en los supuestos que en el cohecho se perfeccione un pacto o acuerdo ilegal entre el funcionario y particular, casos como por ejemplo, el particular ofrece la dádiva y el funcionario acepta la misma para realizar un acto propio de su cargo, la intervención del particular es la de un verdadero partícipe o inductor en la acción que realiza el funcionario del cohecho, en cuanto a realizar el acto de corrupción a cambio de la dádiva que le es ofrecida o entregada, explicación que contribuye a poner en riesgo el bien jurídico constituido por la confianza de la población en la imparcialidad y objetividad de las decisiones funcionariales²⁰⁴.

Con base en todo lo antes mencionado, como se puede advertir, la conducta del particular a través de: “ofrecer”, “prometer” o “entregar” la dádiva a un funcionario, puede situar distintos escenarios de afectación al bien jurídico tutelado y que incluso puede variar cuando efectivamente, toma partido el funcionario y se consigue un acuerdo entre ambos intervinientes. Ahora bien, situado el cohecho activo como delito de corrupción pública, se tiene que deducir aquellas acciones que ejecute el particular dirigidas a incidir en la toma de decisiones funcionariales en el contexto de la Administración pública, para señalar el bien jurídico afectado.

Así, a criterio De la Mata, es difícil concretar el injusto del cohecho del particular desligando la conducta del funcionario, dado que la corrupción o su intento de realizarlo, *“solo se entiende en referencia a la prestación que en un futuro más o menos inmediato se pretende obtener”* y que por ello el cohecho

²⁰³ De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción pública: Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, 96.

²⁰⁴ *Íbid.*

activo debe relacionarse con el cohecho pasivo. En consecuencia, no puede considerarse un solo bien jurídico tutelado para el cohecho activo, puesto que lo que el legislador ha hecho es elevar al grado de autoría, la conducta de actos preparatorios o de complicidad necesaria en el cohecho del particular²⁰⁵.

Empero, también se advierte que el legislador salvadoreño le merece relevancia establecer con intensidad la responsabilidad penal del particular en el contexto de la corrupción pública, el cual, se castiga con mayor crudeza de pena de prisión en relación a la pena que le conlleva al funcionario que realiza el cohecho pasivo propio²⁰⁶. Lo anterior resulta tan cierto con la lectura del *quantum* de la pena de prisión que señala el tipo penal del cohecho activo, ya que impone la pena máxima de diez años de prisión, mientras que el tipo penal del cohecho pasivo, supone como máximo de pena de prisión de seis años.

Con relación a lo antes mencionado, resulta cuestionable la citada diferenciación del *quantum* de pena de prisión que merece el cohecho activo de acuerdo a la legislación salvadoreña, dado que no se resalta en la conducta típica, el por qué se desvalora mayormente la conducta del particular que la del funcionario, ni parece acertado desde el punto de vista de político criminal.

Lo antes acotado se afirma así, tomando en consideración que, en el cohecho activo ni se requiere que el sujeto activo tenga alguna condición especial que justifique mayor penalidad o que su conducta provoque una mayor afectación al bien jurídico protegido o bienes jurídicos tutelados, como pudiera ser, los casos en que se afecte no solo a la Administración pública, sino también que se trastoque el orden socioeconómico, pero que a partir de su ubicación en el

²⁰⁵ De la Mata, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”: 134.

²⁰⁶ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), arts. 330, 331 y 335 CP.

título de los Delitos contra la Administración pública, parece no encontrar su fundamento.

En ese contexto, debe decirse que, el cohecho activo como delito de corrupción, debiera criminalizarse considerando la afectación al bien jurídico, que supone que la conducta del particular en el cohecho, conlleva el riesgo o peligro al bien jurídico que tutela, bien sea que atienda al supuesto de la infracción de deberes funcionariales o porque coloca en riesgo al funcionario para que abuse del cargo; independientemente de ello, al tratarse de un bien jurídico relacionado al correcto funcionamiento de la Administración pública, debe considerarse el nivel de contribución que tiene el particular para lesionar o poner en riesgo el bien jurídico con respecto a la contribución del funcionario, vinculado ello, por ejemplo, a la posición de garantía y de dominio²⁰⁷.

2.5 Estructura del injusto típico del cohecho activo, como delito de corrupción

El cohecho activo o también llamado “cohecho del particular”, consiste en aquella conducta que ejecuta el particular que ofrece, promete o entrega una dádiva o ventaja indebida a otro sujeto que tiene un cargo público: funcionario o empleado público, ello de acuerdo a la lectura del art. 335 CP, conducta típica que realiza el particular para que el funcionario realice un acto en el giro de sus funciones. A continuación se expondrá sucintamente el análisis de la estructura del injusto penal de este delito.

²⁰⁷ De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción pública: Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, 97.

2.5.1 Sujetos en el cohecho activo

Como primer punto, debe señalarse que el cohecho activo es un delito común, puesto que puede ser realizado por cualquier persona física, que es el sujeto activo del delito, sobre ello, De la Mata considera que la conducta del sujeto activo del cohecho de particular, puede encajarse en un delito de inducción o complicidad necesaria, pero que el legislador considera a bien, calificarlas en el tipo penal a grado de autoría²⁰⁸, cuestión que se considera también aplicable a la descripción del sujeto activo del art. 335 CP.

No obstante, también el legislador señala que las conductas punibles del cohecho activo pueden materializarse por medio de otra persona, es decir, a través de un intermediario, pero que su actuación debe analizarse en cada caso, dado que la conducta de la “persona interpuesta” podría constituir la de un partícipe o autor del cohecho activo cuando la intervención parte de que el particular tuvo la iniciativa; o bien, el intermediario resulta ser un partícipe en el cohecho pasivo si el funcionario fue quien tuvo la iniciativa²⁰⁹. Lo anterior debe resolverse en cada caso concreto aplicando los principios de la autoría o participación²¹⁰, es decir, siguiendo la teoría del dominio del hecho –para la autoría- o bien la unidad de título de imputación y accesoriedad limitada –para la participación-, que regula el art. 37 CP²¹¹.

²⁰⁸ De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 160.

²⁰⁹ Moreno y Rueda, *Código Penal de El Salvador comentado. Tomo I*, actualización y anotación jurisprudencial por Sánchez, Rivera, Rodríguez y Tulio, 1101.

²¹⁰ Santana, “Actividad económica y corrupción: Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*.

²¹¹ La disposición legal relacionada hace referencia al principio y alcance de la responsabilidad de los partícipes y describe lo siguiente: “*La responsabilidad penal de los partícipes, principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico o antijurídico*”. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 37 CP.

El sujeto pasivo del cohecho activo es la Administración pública, además, la conducta corruptiva que ejecuta el particular, de acuerdo al art. 335 CP, debe estar dirigida a sobornar a los servidores públicos, restringidos únicamente a los funcionarios y empleados públicos. Tal acotación es relevante, ya que supone una distinción al compararse con el cohecho de funcionario, de esa manera, las conductas punibles del Cohecho pasivo: propio e impropio –arts. 330 y 331 CP-, castigan como sujeto activo, además del funcionario y empleado público, la intervención de agentes de autoridad y autoridad pública; es decir, se refiere a la mayoría de los servidores públicos que señala el art. 39 CP²¹², lo que no ocurre con el cohecho del particular o cohecho activo, dado que la conducta del particular no resulta punible cuando ofrezca, prometa o entregue dádiva a un agente de autoridad o autoridad pública.

En ese sentido, se advierte que el cohecho de particular –cohecho activo- no resulta del todo, paralela al cohecho de funcionario –cohecho pasivo propio e impropio-, en cuanto al agente destinatario de la dádiva, porque se excluye a los agentes de autoridad y autoridad pública, entre los que se encuentran, agentes de la Policía Nacional Civil, jueces y magistrados. Lo anterior, a pesar que el particular ofrezca la dádiva vinculado al acto indebido que se solicita

²¹² El legislador penal salvadoreño expresa sus definiciones particulares para distinguir a efectos penales, el concepto de funcionario, empleado público y municipal, autoridad pública y agente de autoridad, la descripción del art. 39 CP señala lo siguiente: “*Para efectos penales, se consideran:*

1) *Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos;*

2) *Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia.*

3) *Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico; y,*

4) *Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil”*. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 37 CP.

que ejecute u omita o retarde el agente de autoridad o autoridad pública, así como para que realice el acto debido o por un acto ya realizado a cambio de esa dádiva, lo que, probablemente podrá circunscribirse a otra modalidad delictiva.

2.5.2 Conducta típica del cohecho activo

La conducta típica del cohecho activo versa en tres supuestos por ser conductas mixtas alternativas, que el particular “ofrezca”, “prometa” o “entregue” la dádiva, para que el funcionario o empleado público, -conforme al art. 335.1 CP que se corresponde al cohecho pasivo propio y que por ello puede describirse el siguiente supuesto como cohecho activo propio-: i) ejecute un acto contrario a sus deberes oficiales; ii) para que no realice un acto debido o para que retarde un acto que debe ejecutar –modalidad omisiva o de retardo-; o -de acuerdo al art. 335.2 CP, se corresponda al cohecho pasivo impropio, y en consecuencia distinguirse el siguiente caso como cohecho activo impropio-,: iii) ejecute un acto propio de sus funciones oficiales²¹³; o iv) ante un acto ya realizado propio de su cargo, el particular le ofrezca, prometa o entrega una dádiva al funcionario.

Sobre las modalidades de cohecho activo antes mencionados, debe decirse que la doctrina cuestiona que la conducta del particular que ofrece, prometa o entregue la dádiva al funcionario para que realice un acto debido, propio de sus funciones, o por un acto ya realizado, no merece reproche penal, dado que se trata de un acto respecto del que le corresponde legalmente; con independencia de que el funcionario sí merezca sanción penal, en vista que

²¹³ La doctrina considera que ese acto propio de sus funciones es “*aquel que se ajusta a las normas que lo disciplinan, esto es el Derecho Administrativo...esto es, actos que el funcionario público puede desarrollar dentro de sus funciones o competencias...*”. Laura Pozuelo Pérez, “El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos”. En *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (Madrid: Civitas, 2005), 1714.

obtiene una ventaja particular que no le corresponde en razón a su cargo. Sin embargo, no debe soslayarse que el particular que entrega u ofrece la dádiva, tenga el propósito de consolidar una relación o vínculo con el funcionario, que le permita posteriormente, conseguir ventajas frente a actos que le interesen que realice el funcionario²¹⁴.

Ahora bien, el contenido del injusto penal del cohecho activo solo es sancionable en tanto se realice la conducta por el particular de forma dolosa; es así que, se requiere que el particular tenga consciencia del carácter y finalidad de ofrecer, prometer o entregar la dádiva a un funcionario para que realice el acto en el giro de sus funciones, y no requiere un móvil en específico, como puede exigirse en otras codificaciones penales de otros países, dado que en El Salvador, la conducta típica del cohecho activo no requiere que el particular actúe “*en provecho propio o de un tercero*”²¹⁵.

Por otra parte, se advierte que las conductas típicas del cohecho activo son de medios determinados, puesto que el particular debe ejecutar la conducta mediante el ofrecimiento, promesa o entrega de *la dádiva o ventaja indebida*. Esa dádiva o ventaja debería entenderse que se trata de una contraprestación de tipo económica²¹⁶, pero que, en relación a la ventaja indebida, el legislador no brinda los límites del contenido de ésta, por lo cual, no queda claro si se

²¹⁴ Sobre ello De la Mata cita una postura brindada por Rodríguez Puerta, que indica que en estos supuestos el cohecho de particular debiera ser atípica, porque no existe riesgo a la imparcialidad o no subsiste fundamento para que el particular ofrezca, prometa o entregue la ventaja o dádiva “*para conseguir un acto al que ya tenía derecho*”, a lo que se opone De la Mata, puesto que el particular podría tener como fin ulterior “*garantizarse a largo plazo otras ventajas para las cuales no tuviera que adoptar dádiva adicional o alguna a partir de la relación ya creada con el funcionario*”, postura que parece ser la más adecuada y a la que hay que adherirse, en vista que los funcionarios deben mantenerse distantes de los particulares en el giro de sus funciones, y ello implica no admitir regalías por actos ya realizados o incluso, por el simple cargo que ostentan, que pudiera comprometer a futuro su imparcialidad. De la Mata, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”: 132.

²¹⁵ Muñoz Conde, *Derecho Penal: Parte especial*, 2° ed., 936.

²¹⁶ Vielba, “Una aproximación al delito de cohecho”, *Revista Jurídica de Canarias*.

exceptúan supuestos distintos a los económicos, como pueden ser los favores sexuales o retribuciones honoríficas²¹⁷. En ese hilo de ideas, deben acentuarse los conceptos de dádiva o ventaja indebida.

2.5.3 Los conceptos de dádiva o ventaja indebida, ofrecida por el particular en el cohecho activo

Como se expuso en párrafos anteriores, la conducta del sujeto activo en el cohecho activo, debe recaer en “dádivas” o en “ventajas indebidas”. Además, debe tomarse en cuenta que el cohecho activo se visualiza en este apartado, como un delito de corrupción; en principio, esa dádiva o ventaja tiene un contenido de naturaleza económica o patrimonial, puesto que ello es lo que podría motivar al funcionario para realizar el acto corrupto en el giro de sus funciones.

Sin embargo, es importante delimitar tales conceptos. Así, el término de dádivas: *“hacen referencia a cosas, esto es, a objetos inanimados cuya posesión o propiedad se traslada a un tercero, pudiendo consistir en dinero u otra cosa que lo valga o represente...en el delito de cohecho, desde el plano de la tipicidad, la descripción del hecho punible viene referida principalmente a conceptos materiales”*²¹⁸. En tal sentido, debe deducirse la dádiva como un regalo, el cual da dificultad limitar a un *quantum*, pero puede entenderse que debe ser aquella que supere lo socialmente adecuado, y con ello debe excluir la insignificancia del regalo, por ejemplo, particulares que entregan como

²¹⁷ Santana, “Actividad económica y corrupción: Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*.

²¹⁸ Aoulad, *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*, 30.

regalos lapiceros o calendarios, los cuales no comprometen la confianza de la población²¹⁹.

Lo anterior se afirma así, en vista que, para concluir que se trata de una conducta jurídica penal relevante, debe tratarse de una dádiva cuyo *quantum* suponga en alguna medida, idoneidad para corromper al funcionario, debiéndose excluir las dádivas cuyo monto sea insignificante o de escasa trascendencia que queden relegadas a regalos de cortesía aceptados socialmente como pueden ser lapiceros, libros o flores, cuya incidencia es mínima como para que se configure el delito de cohecho²²⁰.

Distinto ocurre, cuando se trata de dádivas insignificantes pero reiteradas, un sector doctrinal considera que tomando en cuenta contextos en que, la población tiene alta percepción de la corrupción, ello puede motivar que los regalos “insignificantes” frecuentes pueden constatarse como no adecuados “*en el ámbito social y administrativo, sin perjuicio de su valoración en el proceso penal*”²²¹.

En cuanto al término *ventaja* como objeto del cohecho activo, como se dijo *supra*, en la descripción del tipo penal, no se establece la naturaleza de dicha ventaja, la doctrina la concibe de cualquier naturaleza, y que generalmente será económica, pues, “*es el precio que se exige o paga por dejar de servir con objetividad a los intereses del principal*”. Un sector doctrinal considera que esa expresión puede tener un contenido distinto como el ofrecimiento de favores sexuales, promoción laboral, entre otros; lo imperante será que la

²¹⁹ Aoulad, *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*, 272-274 y 280-282

²²⁰ Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 132 y 133.

²²¹ Santana, “Actividad económica y corrupción: Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*.

ventaja patrimonial no esté justificada. Otro término es el *indebido* o no *justificado*, que se refiere a contextos fuera de la adecuación social²²².

2.5.4 *Iter criminis*, consumación y penas

En relación a la consumación del tipo penal en examen, el Código penal eleva a la categoría consumativa el simple “ofrecer”, “prometer” o “entregar” la dádiva al funcionario, independientemente si el funcionario acepta la dádiva bajo alguna de las conductas en cita. En relación al *iter criminis*, existe cierto consenso en la doctrina, de que el cohecho activo no admite acciones tentadas de ejecución, considerándose un delito de mera actividad²²³, de consumación anticipada que supone su consumación con el solo ofrecimiento o entrega de la dádiva, sin que se requiera que éste efectivamente realice el acto corrupto esperado, no es necesario para que se consuma, que exista un resultado material imputable objetivamente al sujeto activo²²⁴.

A pesar de lo antes señalado, al confrontarse la descripción de la sanción penal aplicable al cohecho activo, resulta criticable el marco de penas que se asigna a ambas acciones, tal como lo afirma atinadamente la doctrina²²⁵, ya

²²² Nieto, “*Corrupción en los negocios*”, en Derecho penal económico y de la empresa, 437 y 442.

²²³ El cohecho activo parte para su perfeccionamiento, que el sujeto activo ofrezca o entregue la dádiva al funcionario, sin que se requiera que éste efectivamente realice el acto corrupto esperado, no es necesario para que se consuma, que exista un resultado material imputable objetivamente al sujeto activo. Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 102.

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ Así, De la Mata expresa que la pena que se asigna tanto al acuerdo entre el particular y el funcionario como también su intento, no debiera ser la misma De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 159. En ese sentido, Giorgio Darío cuestiona si debiera afirmarse que el desvalor del cohecho coincide con el pacto entre particular y funcionario, en vista que, de acuerdo al principio de proporcionalidad, no resultaría compatible que se sancionen con igual pena el acto unilateral como el bilateral. Giorgio, *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho Penal*, 155.

que corresponde igual *quantum* de pena para cualquiera de las conductas típicas de “ofrecer”, “prometer” o “entregar” la dádiva, no obstante que, sustancialmente, el *ofrecimiento* de la dádiva constituye propiamente una conducta tentada respecto de la *entrega* de dicha dádiva o ventaja²²⁶, y que con ello, puede concluirse que el legislador penal salvadoreño ha decidido adelantar la barrera de protección penal, al equiparar el ofrecimiento de la dádiva como su respectiva entrega.

Igualmente, es cuestionable que la conducta del particular se castigue con mayor crudeza que la del funcionario, cuestión que debiera –al menos-, equipararse la responsabilidad entre ambos sujetos como intervinientes en el cohecho, incluso, autores afirman que la pena del particular merece menor recriminación penal, por ejemplo, cuando éste no adopta la iniciativa de “corromper” al funcionario, ello considerando que no es sobre éste el que recae la demanda normativa de actuar conforme a la Constitución y la Ley en el quehacer de la Administración pública²²⁷. A pesar de lo antes expresado, no se niega que la conducta del particular, como bien refiere De la Mata, incide en la afectación de “*la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas*”²²⁸.

Las penas que corresponden al cohecho activo, dependen de la modalidad de cohecho que realice el particular, si se corresponde a la conducta del funcionario del cohecho propio o del cohecho impropio; de esa manera, si el particular ofrece la dádiva para que el funcionario ejecute un acto contrario a sus deberes o para omitir o retardar un acto debido, la persona de prisión que

²²⁶ Santana, “Actividad económica y corrupción: Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*.

²²⁷ Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), <http://www.tirantonline.com>

²²⁸ Véase: De la Mata, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”: 101.

se consigna es de seis a diez años de prisión; mientras que la conducta del particular de ofrecer la dádiva al funcionario consiste en que éste realice un acto propio de su cargo o por un acto que ya ejecutó, la sanción que le corresponde al particular es de dos a cuatro años de prisión.

Acotado lo anterior, y como se visualizó *supra*, la sanción penal que le corresponde al particular que realiza el cohecho activo en su primera modalidad del párrafo primero del art. 335 CP, corresponde al cohecho pasivo propio del funcionario, regulado en el art. 330 CP, en el cual, se establece una pena baja en comparación a la que se asigna al particular, dado que el funcionario que solicita, recibe la dádiva o acepta la promesa de retribución, le correspondería la pena de prisión de tres a seis años. Ello permite cuestionar por qué es asimétrico el tratamiento punitivo del particular en el cohecho con respecto al que se dispone para el funcionario público, dado que este último tiene menor penalidad que el particular.

En ese sentido, se considera que el legislador salvadoreño en cuanto a las penas que se le asigna al cohecho activo que se corresponde al cohecho propio, deben reformarse, a fin de que, -al menos- se equipare la sanción del particular y la del funcionario en el delito de cohecho, o que se justifique el plus de protección del bien jurídico tutelado o una cualidad especial en el particular que permita sustentar esa distinción del marco punitivo, lo que, deberá retomarse posteriormente en esta investigación.

Para concluir este *ítem*, llama la atención, como se dijo *supra*, que para que se configure como delito de cohecho activo, la intervención del particular no contempla el supuesto que al realizar el ofrecimiento, promesa o entrega de la dádiva al funcionario, *sea para el beneficio de un tercero*, a pesar que el art. 15 letra a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, señala que la conducta típica del cohecho activo debe cubrir los beneficios

“para otra persona o entidad”²²⁹, cuestión que podría merecer una reforma para que pueda incorporarse en su estructura típica al art. 335 CP.

2.6 Naturaleza jurídica del cohecho activo: unilateral o bilateral

Las posturas doctrinarias sobre la naturaleza del cohecho activo han sido diversas desde sus primicias legislativas, dado que su configuración depende de la construcción típica que tenga el cohecho en la normativa penal, a fin de que se delimite si resulta en ser delito autónomo y unilateral o si depende de otro delito para su existencia, exigiéndose la bilateralidad, por ser necesario la concurrencia del cohecho pasivo.

2.6.1 Carácter bilateral del cohecho activo

Un sector doctrinal considera que la naturaleza jurídica del cohecho es que se trata de un tipo penal pluripersonal, donde se necesita la concurrencia de dos personas para su materialización, éstos son el funcionario y el particular, lo que responde a cuestiones históricas legales, al reconocerse en las primeras codificaciones penales que es el funcionario el que se corrompe por la iniciativa de un particular²³⁰.

²²⁹ El artículo 15 letra a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, señala lo siguiente: “*Soborno de funcionarios públicos nacionales.*

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales...”.

Asimismo confróntese: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Informe sobre el examen de El Salvador: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_11_14_El_Salvador_Final_Country_Report.pdf

²³⁰ Muñoz Cuesta, “Delitos de cohecho”. En: Estudios jurídicos, 5.

Sin embargo, como se expuso en el capítulo uno de esta investigación, el legislador salvadoreño modificó la conducta típica del cohecho activo, empezando sus primeros pasos en 1974²³¹, en el que se castigaba al particular que intentaba cohechar a un funcionario, pero que éste no aceptaba la dádiva ofrecida por el particular; empero, será hasta que entra en vigor el Código penal actual de 1998, que expresamente se considera la conducta del particular de ofrecer la dádiva al funcionario, como conducta consumada en el cohecho activo, lo que destaca el carácter unilateral de dicha acción.

Ahora bien, aun en la configuración típica actual del cohecho activo, el sector doctrinal que defiende al cohecho activo con un carácter bilateral, parte de la idea que, en el contexto de la corrupción pública se sitúan dos personas protagonistas que convergen entre sí para pactar un acto corrupto a cambio de una dádiva, donde surge una persona particular y un funcionario que conciertan entre sí para tal propósito²³².

Y es que, en efecto, la corrupción pública se ha vinculado generalmente a ese acto ilícito que se pretende que ejecute el funcionario a cambio de la dádiva que entrega el particular, donde el enfoque se sitúa en el desvalor que supone la compraventa, es decir, el comprar y vender la función pública, y no en sí, en el pacto corrupto, pues, lo que interesa es evitar que a consecuencia del acuerdo entre funcionario y particular, derive justamente el acto del funcionario contrario a la normativa²³³.

²³¹ Código Penal de la República de El Salvador de 1973 (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1973), artículos 444, 445 y 450.

²³² Serrano, "Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado", 112.

²³³ Giorgio, *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho Penal*, 153.

Sin embargo, de la normativa se desprende que, el cohecho activo –y el cohecho pasivo-, no sanciona el acto en sí, ni requiere que se perfeccione la compraventa de la Administración, pues, como ya se apuntó, adelanta las barreras de protección, criminalizando actos previos a que se materialice la compraventa a la que se ha hecho referencia.

Así, el cohecho activo se acerca a conductas unilaterales que no requieren que un segundo sujeto conspire la propuesta que le hiciera el primero, en el contexto de la corrupción pública, pero que, *“si se si se descubre la existencia del pacto, dará lugar a dos tipificaciones distintas, la del particular y la del funcionario... siendo cierto que lo normal es que haya un pacto entre el funcionario y el particular, motivo por el cual también se prevén formas bilaterales («recibir» en el caso del funcionario, «entregar» en el caso del particular”*²³⁴.

Por tanto, se presentarán supuestos en los que, *ad exemplum*, el funcionario aceptare la promesa de una dádiva para realizar un acto propio de sus funciones, el que se corresponde a la conducta del particular que promete la misma, ello en el marco del cohecho²³⁵. Empero, puede situarse sin obstáculo alguno, que el funcionario o el particular, no intervenga en el *pactum sceleris*, porque éste rechace la propuesta o solicitud de la dádiva del otro, a ello debe señalarse brevemente su análisis a continuación.

2.6.2 Carácter unilateral

Resulta innegable que en la actualidad, las acciones típicas de cohecho – pasivo o activo-, incluyen la posibilidad de que únicamente intervenga uno de

²³⁴ Navarro, “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5.

²³⁵ Aoulad, *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*, 183.

los dos sujetos para perfeccionarse el cohecho, ya sea el funcionario solicitando la dádiva o sea el particular ofreciendo la retribución²³⁶. Ya se apuntó que un sector doctrinal considera al cohecho con una naturaleza bilateral; ahora bien,, la otra postura doctrinal señala al cohecho de naturaleza unilateral, puesto que las configuraciones típicas de la conducta del particular y la del funcionario, incluyen acciones que se consuman a solo iniciativa de cualquiera de ellos, la del particular a través del mero “ofrecer” la dádiva al funcionario, en el que resulta irrelevante si éste acepta o no tal ofrecimiento; y respecto del funcionario, resulta suficiente para que se perfeccione el delito con la mera solicitud de la dádiva, aunque no se acepte por el destinatario que es el particular²³⁷.

Lo anterior sin obviar que, como ya se apuntó, existen supuestos de un acuerdo entre el particular y el funcionario que propicie una forma bilateral en el cohecho, pero ello siempre conllevará a sancionar separadamente a cada una de las conductas de los intervinientes, tanto al cohecho activo al particular y al cohecho pasivo al funcionario²³⁸. En efecto, ese carácter unilateral en el cohecho implica que uno no depende del otro; es decir, el cohecho activo no depende del cohecho pasivo y viceversa, puesto que tanto la conducta del funcionario como la del particular, se consuman con la realización de la conducta típica que le corresponda a cada interviniente en el cohecho²³⁹; y que, a efectos de sanción penal, ni siquiera es relevante que la dádiva sea

²³⁶ Muñoz Cuesta, “Delitos de cohecho”. En: Estudios jurídicos, 5.

²³⁷ Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 112.

²³⁸ Cfr. Giorgio, *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho Penal*, 155 y Aoulad, *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*, 209.

²³⁹ Santana, “Actividad económica y corrupción: Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*.

entregada al funcionario, ni que se materialice el acto del funcionario a cambio de la dádiva o ventaja indebida²⁴⁰

De esa forma, es factible concluir que el cohecho activo no es un delito bilateral en el cual se necesite un pacto entre dos personas: el particular y el funcionario que voluntariamente llegan a un acuerdo, en tanto que, no es necesario que se materialice efectivamente ese acuerdo para que se perfeccione el cohecho activo o cohecho pasivo, en vista que ambas conductas se castigan por separado.

Por tanto, la idea de bilateralidad en el cohecho carece de sustento desde el punto de vista legal, dado que no se exige que coincida de manera efectiva un pacto entre particular y funcionario, o dicho en palabras de Muñoz Conde, no se exige una conspiración entre ambos intervinientes para que se realice el funcionario un acto propio de su cargo y decidan materializarlo. Es así que, “*se castiga como delito de cohecho consumado la solicitud de la dádiva por parte del funcionario que no es aceptada por el particular (auto-ofrecimiento o autocorrupción) y el intento de corrupción por parte del particular no aceptado por el funcionario*”²⁴¹.

A lo anterior, también debe decirse que, tal como lo señala De la Mata²⁴², quien de manera atinada afirma que en las conductas del cohecho, su carácter generalmente será unilateral, nada impide que en algunas conductas del sujeto activo sean también pluripersonales, en supuestos que coincidan las acciones del particular y la del funcionario, aunque la conducta y la sanción penal designada a cada interviniente, derive en distintas tipificaciones

²⁴⁰ Echeverría, “Delito de cohecho”. En *Delitos de los funcionarios públicos*, 132.

²⁴¹ Muñoz Conde, *Derecho Penal: Parte especial*, 2° ed., 931.

²⁴² De la Mata, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, 159.

recogidas en el Código Penal, bien que encuadren en el cohecho del funcionario –arts. 330 y 331 CP- o bien encajen en el cohecho del particular (art. 335 CP).

2.6.3 Toma de postura

Con base en ese hilo de ideas, debe concluirse que, a efectos de esta investigación, la naturaleza del cohecho activo, desde el punto de vista normativo, se constituye como un delito unilateral y autónomo, que si bien, por ser un delito de corrupción, en el cual, el interés que tutela se sitúa –en principio-, en la puesta en riesgo a la Administración pública, con la mera acción de ofrecer la dádiva a un segundo sujeto, que en el ciclo de la corrupción, corresponde que sea un funcionario o autoridad pública; es claro que, no depende para su criminalización que el funcionario pacte efectivamente con el particular, es decir, que el funcionario acepte el ofrecimiento de la dádiva.

Pero lo anterior, no impide que en algunos supuestos pueden converger conductas pluripersonales y bilaterales al coexistir las acciones del particular y la del funcionario en el contexto de la corrupción pública, pero que, ello no condiciona la existencia del cohecho activo, que ambos intervinientes pacten o acuerden un acto corrupto a cambio de una dádiva, bastando la iniciativa del particular de ofrecer la dádiva al funcionario, pudiendo este último, rechazarla.

Ahora bien, el cohecho del particular que ofrece al funcionario la dádiva, puede tener en algunos casos, ser un empresario, cuyo interés ulterior se sitúa en que el funcionario realice un acto indebido en el giro de sus funciones, con la finalidad de lograr una elevada mejoría económica en un contexto situado en las actividades económicas nacionales y beneficiada una persona jurídica. Ese supuesto específico, no se destaca en la actual regulación jurídica penal del

art. 335 CP, lo que podría diferenciar del resto de modalidades de cohecho, y delimitar claramente los casos de cohecho activo en los que, el objeto de protección sea, más allá que la Administración pública, el orden socioeconómico, y junto a este se suma la tutela de las condiciones de libre competencia en el ámbito nacional, alejándose de los delitos tradicionales contra la Administración²⁴³, sobre ello deberá apuntarse en apartados subsiguientes.

²⁴³ Inma Valeije Álvarez, “Cohecho (arts. 419 y ss.)”. En: *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), acceso el 10 de marzo de 2021, <http://www.tirantonline.com>

CAPÍTULO 3

LA CORRUPCIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

Sumario: **3.1** Corrupción y delincuencia económica. **3.2** La participación de la persona física en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica. **3.3** La participación de la persona jurídica en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica. **3.4** La delincuencia económica, transnacional y organizada, en el ámbito de la corrupción. **3.5** Breve referencia a la experiencia española, en el abordaje jurídico penal al fenómeno de la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica.

Introducción y propósito

El propósito de este capítulo se centra en brindar una aproximación de la concreción de la corrupción como una modalidad más de la delincuencia económica. Para ello, se parte de las particularidades de la delincuencia económica, desde la óptica de la corrupción privada relacionada al Derecho penal de la empresa, como antesala de los criminales que se sitúan en el sector privado y las actuaciones que se enmarcan en tales contextos, donde se presentan empleados y directivos de la empresa, con la finalidad de beneficiarla.

Igualmente, se presentan las características de la delincuencia económica, donde el protagonista puede ser una persona física pero también una persona jurídica, con lo cual, se expone la participación de ambas personas en el ciclo de la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica. Coincidente con lo anterior, de forma particular se describen los distintos

modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica, tomando en cuenta la relevancia que tiene la participación de la misma en actos de corrupción y el interés de la Comunidad internacional para que los Estados sancionen penalmente a la persona jurídica.

Finalmente se hace una breve referencia a la experiencia española en el tratamiento jurídico penal que contiene para criminalizar las conductas de corrupción como modalidad de la delincuencia económica; lo anterior, tomando en cuenta la influencia española en la normativa penal de El Salvador, lo que permitirá retomar algunas particularidades de dicha legislación extranjera, en cuanto al abordaje que ha tenido para enfrentar este fenómeno.

3.1 Corrupción y delincuencia económica

En apartados anteriores se ha señalado que el concepto de corrupción en sus primicias y de forma tradicional, se ha vinculado con la compraventa de las funciones de la Administración pública, donde se sitúa la pérdida de la confianza en la Administración ante tales acciones; derivando con ello, el debilitamiento de las democracias de los Estados afectados por estas actividades ilícitas; conllevando a su vez, pobreza en la población, reduciendo el desarrollo económico de los países afectados, entre otros.

Además, se zanjó el interés de la población en que las decisiones de los funcionarios se realicen bajo el principio de imparcialidad, para satisfacer los intereses públicos y no privados; así, la sociedad objeta el abuso del poder otorgado a los servidores públicos, cuando estos ejecutan actos corruptos en el giro de sus funciones a cambio de una ventaja económica. Lo antes relacionado, ha sido la perspectiva de este fenómeno que se vio reflejado

desde las primicias del Código penal salvadoreño y que, como bien afirma Nieto Martín²⁴⁴, aún se proyecta esta imagen de la corrupción en la población²⁴⁵.

Reiteradas las ideas anteriores, a pesar que la corrupción comúnmente se encuentre vinculada con organismos públicos, debe señalarse que, nada impide que este fenómeno se sitúe también en organizaciones privadas, en las cuales, se vulneran “*intereses sociales propios*”²⁴⁶, no vinculados directamente con los intereses públicos. Es así que, en la actualidad, la doctrina distingue dos tipos de corrupción, la “corrupción pública” y la “corrupción privada”²⁴⁷, siendo esta última, la que se sitúa en la delincuencia económica, vinculada al Derecho penal de la empresa, la cual no se señala específicamente en el Código penal salvadoreño; empero que, ello no excluye

²⁴⁴ Adán Nieto Martín, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de defense sociale. Pour une politique criminelle humaniste* (2011-2012), 59, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38835.pdf>

²⁴⁵ Una mirada a las notas periodísticas publicadas en El Salvador en 2020 y 2021 reflejan esta afirmación, puesto que se acentúan supuestos hechos de corrupción vinculados generalmente a la actividad funcionarial: “El Salvador destacó en 2020 por la corrupción durante la pandemia” www.revistafactum.com; “El Salvador: concentración de poder en el ejecutivo contribuye a corrupción”, www.eleconomista.net. Ahora bien, debe decirse que lo anterior, no significa que a la corrupción pública no deba dársele la atención y unir esfuerzos para su prevención y combate, sino que, no debe obviarse las personas particulares que contribuyen a que se ejecute este flagelo, donde delincuentes económicos surgen para conseguir ventajas indebidas a favor de sus empresas, trastocando así, el orden socioeconómico.

²⁴⁶ Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 27.

²⁴⁷ La criminología visualiza la distinción entre la corrupción pública y corrupción privada, desde la perspectiva que, “*los objetivos del sector privado se limitan a la obtención de la máxima rentabilidad, aunque no necesariamente contemplada en términos económicos; mientras que en “lo público” –o en lo que queda de “lo público” desde los embates procedentes del modelo neoliberal– los objetivos se centran en la tutela de los derechos, intereses, principios e instituciones constitucionalmente impuestos*” Juan M. Terradillos Basoco, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño* (La Habana: Unijuris, 2016), 199. Véase: De la Mata et al., *Derecho penal económico y de la empresa*, 415; Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 27.

la existencia de la criminalidad dentro del giro de las actividades empresariales.

Ahora bien, sin ánimo de profundizar en el tópico de la corrupción privada –la cual no es objeto de esta investigación–, se considera oportuno hacer una breve referencia a qué se entiende por tal fenómeno.

3.1.1 La corrupción en el sector privado y delincuencia económica

Como punto de partida, debe decirse que la corrupción privada, al igual que la corrupción pública, supone: recibir, entregar u ofrecer un soborno, pero en lugar que el soborno se ofrezca o entregue a funcionarios, recae en personas particulares en el sector privado²⁴⁸; en términos simples, Carbajo Cascón la define *“como una desviación fraudulenta o abusiva de potestades de control y decisión en la empresa privada que genera conflictos de intereses dentro del sector privado y que, de forma refleja o indirecta, puede afectar también al interés general”*²⁴⁹.

Igualmente, tal como refiere Nieto Martín, desde el punto de vista de la criminología, la corrupción en el sector privado, trata de *“delitos cometidos por empleados y directivos, en el marco de la actividad empresarial, con la intención de beneficiarla”*²⁵⁰: por ello, para ejemplificar de forma sencilla lo

²⁴⁸ De esa manera, se observa que la corrupción pública puede reflejarse en la corrupción privada, esta última supone corromper *“a particulares en el ámbito privado, situación admitida en múltiples ámbitos sociales y empresariales a través de diversas figuras tales como las comisiones, las cuales han sido paulatinamente prohibidas en muchos países del sistema anglosajón, pero aún son admitidas en otras partes del mundo. Este es el caso de Latinoamérica donde muchas personas frecuentemente son dobles agentes, ya que de una parte actúan como representantes del contratante y de otra reciben utilidades de los contratistas”* Henao y Castro, *Compliance: Prevención de la corrupción pública y privada*, 306.

²⁴⁹ Carbajo, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, 287.

²⁵⁰ Además, Nieto Martín reconduce dentro de la categoría de los delitos cometidos por empleados y directivos, supuestos como: *“delitos contra el medio ambiente, el abuso de información privilegiada, la estafa o incluso el tráfico de seres humanos, siempre que tenga*

anterior, este autor expone un supuesto que permite facilitar la comprensión de la corrupción privada. Así, existirá tal flagelo en casos que “*un administrador recibe una contraprestación indebida para que presione sobre los administradores a la hora de que elijan una determinada opción o el asesor externo que ha recibido una contraprestación y carga en su informe las tintas a favor de un determinado contratista. Igualmente pueden darse favorecimientos a través de la revelación de secretos*”²⁵¹.

Con lo anterior se advierte que la corrupción privada supone también una especie de compraventa, pero en lugar de que la compra y la venta sean sobre las funciones públicas, es sobre decisiones o funciones en el ámbito privado; se sitúa *ad exemplum*, una persona con interés privado, en que su empresa sea la contratada, y por ello ofrece o entrega una dádiva o ventaja indebida a otra persona que es un directivo o administrador de otra empresa, para que éste incida en el resto de los administradores de la empresa para otorgar el contrato al primer sujeto.

En tales contextos, no debe soslayarse que el derecho comercial también se rige por los principios de buena fe y lealtad comercial, los cuales se aplican a la mayoría de las transacciones económicas de los países extranjeros a nivel mundial, donde se involucran muchos Estados que propugnan tales principios. Por ello, las personas del sector empresarial deben dar cumplimiento a tales principios, donde se derivan normas éticas y morales en las prácticas comerciales; cuyo incumplimiento conlleva la mala fe y en consecuencia, se facilita que surjan actos de corrupción.

que ver con la actividad de la empresa”. Nieto, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, 46.

²⁵¹ Nieto, “*Corrupción en los negocios*”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, 439.

De hecho, para un sector de la doctrina, la inobservancia o violación al deber de buena fe, así como la falta a la confianza de una de las partes “*constituye un acto ilícito*”, lo cual podría derivar responsabilidad²⁵²; a ello se debe agregar que, aquellos países que regulan tales conductas como delito, tendrán que responder penalmente, entendiéndose dentro del marco de la criminalidad económica.

Por otra parte, debe decirse que, a la delincuencia económica se le ha vinculado a partir de casos de delitos socioeconómicos que se realizan a través de una empresa, por ello, para un sector doctrinal se les ha llamado delitos de empresa; idea que parte, de acuerdo a la terminología adoptada por Sutherland, en 1939, del concepto de “*White Collar Crime*” que se traduce en “delito de cuello blanco”, para describir la delincuencia cometida por personas de clase socio-económica alta, en el marco de su ocupación²⁵³.

En tal sentido, fue Sutherland, por medio de su teoría de la asociación diferencial, quién señaló ese colectivo al que el sujeto pertenece, “*en la aparición de la delincuencia, en general, y la económica en particular*”²⁵⁴; ello trasladado a los supuestos actuales, los delincuentes de cuello blanco, desde la perspectiva criminológica, abarcan dos grupos importantes a señalar a los efectos de esta investigación: el primero, que son los funcionarios que se aprovechan de su cargo público para delinquir, “*es delincuencia de cuello blanco contra la administración pública*”²⁵⁵, y el segundo, referido a los

²⁵² Ricardo de Ángel Yáquez, “Lealtad en el período precontractual”. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Tomo IV. Derecho privado*, (Bogotá: Temis, 2010), 151-210.

²⁵³ Edwin H. Sutherland, *El problema del delito de cuello blanco*. Trad. por Rosa del Olmo (Madrid: La Piqueta, 1999), 65.

²⁵⁴ Nieto, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, 42-44.

²⁵⁵ María Acale Sánchez, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño* (La Habana: Unijuris, 2016), 227.

empresarios con poder de decisión en la empresa, que delinquen dañando el orden socioeconómico.

Ahora bien, éstos últimos constituyen a su vez, delincuentes económicos que se encuentran en una empresa con “*una cultura desviada*”, bajo estrategias de neutralización. Y que, de igual manera, los sujetos que pertenecen a dicha empresa, han ponderado los costos y beneficios que conllevan del actuar delictivo²⁵⁶; sobre ello habrá que regresar posteriormente, a efecto de exponer las características del criminal económico en el contexto de la corrupción pública, como modalidad de delincuencia económica.

Por otra parte, el Derecho penal de la empresa es una rama especializada que ha desarrollado la doctrina del Derecho penal, que acentúa el concepto de empresa, idea a la que se ve inmersa la “economía de mercado”, en el cual, las personas jurídicas tienen el rol principal e iniciativa empresarial²⁵⁷.

Es así que los empresarios y las empresas pueden en algunos casos realizar actividades ilícitas, y ambos, ya sea individual o colectivamente, en ciertos contextos, afectarán el orden socioeconómico en donde se sitúa dicha economía de mercado; de esa forma, pueden figurar acciones que afectan internamente a la empresa, como pueden ser los delitos societarios, pero también, la realización de conductas que afectan externamente a otras empresas, en sus “*relaciones hacia fuera*”, en las que se encuentran delitos como la Estafa, la Administración fraudulenta, entre otros, trastocando el orden socioeconómico²⁵⁸.

²⁵⁶ Nieto, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, 42-44.

²⁵⁷ Acale, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 225.

²⁵⁸ Acale, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 226.

Debe aclararse que, un sector doctrinal considera que el concepto que mejor engloba este fenómeno, es el Derecho penal económico, ya que su enunciado parte de la concepción del bien jurídico que se protege, donde se encuentran bienes supraindividuales²⁵⁹, ello desde el punto de vista dogmático penal, donde se criminaliza las conductas relacionadas a la actividad económica y empresarial, pero que su enfoque se sitúa en la protección del orden socioeconómico y los grupos de intereses que están circunscritos a éste²⁶⁰.

A la última postura descrita habrá que adherirse dado que es la que mejor describe este fenómeno delincencial, dado que se acentúa desde la dogmática penal, mientras que, si lo que se pretende es describir o comprender este fenómeno desde el punto de vista criminológico, el Derecho penal de la empresa se ocupa de su caracterización.

De igual manera, en ciertos contextos, los delincuentes económicos conllevan acciones giradas dentro del marco de la corrupción privada a la que se hizo referencia *supra*, lo que ha incidido que algunos países como España, criminalice de manera diferenciada este tipo de acciones²⁶¹, a partir del art. 286 bis CPE, bajo el epígrafe que engloba conductas relativas a la corrupción

²⁵⁹ Así, considera Nieto Martín, que los bienes jurídicos supraindividuales que caracterizan a este Derecho penal económico, pueden agruparse en dos sentidos: “*de un lado, las principales instituciones de nuestro modelo u orden económico (libre competencia, mercado bursátil, sistema crediticio, confianza en la información societaria, etc.) y, de otro, los mecanismos de intervención del Estado en la economía (Hacienda pública, Seguridad Social, subvenciones públicas, regulación del comercio exterior, etc.)*”. Nieto, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, 47.

²⁶⁰ David Carpio Briz, “Concepto y contexto del derecho penal económico”. En *Manual de Derecho penal económico y de empresa: Parte general y parte especial*, tomo 2 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), acceso el 10 de abril de 2021, <http://www.tirantonline.com>

²⁶¹ El Código penal español recoge la corrupción privada a partir del art. 286 bis CPE, bajo el *nomen iuris* “*Delitos de corrupción en los negocios*”, siendo que el art. 286 bis CPE que sanciona las conductas de los empresarios que reciben, soliciten o acepten dádivas para favorecer a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), artículos 286 bis y s.s. CPE.

en el sector privado, denominado “*Delitos de corrupción en los negocios*”, puesto que la respuesta punitiva del Estado debe ser distinta para abordar este fenómeno.

Empero, esta clase de corrupción –privada-, el legislador salvadoreño no lo reconoce como figura delictiva autónoma, por lo que, la delincuencia económica al intervenir en actos de corrupción, resulta jurídico-penalmente relevante cuando está vinculada con la corrupción funcional en los supuestos de cohecho, o limitados a casos que supongan competencia desleal u otros similares²⁶².

Así, las acciones ilícitas cometidas por delincuentes económicos en algunos supuestos trascienden al ámbito penal, afectando a bienes jurídicos-penales como por ejemplo el orden socioeconómico, cuyos titulares son los agentes que allí intervienen; pero los supuestos de corrupción privada, no son calificados al tipo penal del cohecho regulado en el Código penal salvadoreño, ni en otra figura delictiva autónoma que abarque a plenitud este fenómeno.

Lo anterior conduce a un escenario gris, ya que en el ámbito dogmático de la tipicidad de la conducta, las particularidades de la corrupción “privada” no son tomadas en consideración por el legislador salvadoreño, puesto que se fusiona en un solo tratamiento jurídico penal, a lo que –verdaderamente- merecen dos fenómenos delincuenciales distintos: la corrupción pública y la corrupción privada, con lo cual, excluye de criminalización varias conductas de corrupción que surgen y afectan al ámbito privado.

²⁶² Sobre ello se debe aclarar, que no se obvia la existencia de delitos autónomos donde la delincuencia económica converja como sujeto activo realizando conductas reprochables penalmente en perjuicio del orden socioeconómico; así, se tienen delitos como el de Competencia Desleal, Desviación fraudulenta de clientela, entre otros. Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1998), arts. 238 y 239 CP.

En efecto, siguiendo a Acale Sánchez, en el ámbito de la economía del mercado, se encuentran dos tipos de flagelos de corrupción; por un lado, el que se sitúa en la Administración pública, que requiere que se presente un funcionario o servidor público, y por otro lado, la corrupción materializada en el seno de la empresa privada, cuya actuación lesiona o pone en riesgo el orden socioeconómico, donde debe presentarse un sujeto que actúe por sí mismo o en nombre de una persona jurídica privada, actuando con bienes privados²⁶³. A continuación habrá que detenerse en esa interrelación que se ha demarcado.

3.1.2 La interrelación entre la corrupción pública y privada, como manifestación de la delincuencia económica

Existen dos tipos de flagelos que en ocasiones coinciden entre sí, la referida a la corrupción del sector público y la corrupción del ámbito privado, las cuales, en ciertos escenarios se entrelazan, es decir, se interrelacionan una junto a la otra, en supuestos en los cuales, *ad exemplum*, una persona particular se le aproxime al funcionario público, con el propósito de conseguir ventaja en el mercado, frente a otras probables personas competidoras, valiéndose de medios ilícitos que en ocasiones merecen reproche penal por suponer hechos punibles²⁶⁴.

De tal forma que, en la corrupción pública existen casos en que “se *superpongan, en simbiosis natural, los ámbitos público y privado*”²⁶⁵, donde la delincuencia económica, generalmente organizada y a la vez transnacional,

²⁶³ Acale, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 228.

²⁶⁴ Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 27.

²⁶⁵ Terradillos, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 199.

intensifican la afectación a la lesividad económica que conlleva la corrupción funcionarial. Visto de ese modo, como ya se expuso anteriormente, la corrupción pública puede surgir del particular cuando ofrece la dádiva al funcionario, y muchas veces este particular es un empresario que opera como delincuente económico a favor de su empresa, donde el particular paga un soborno a un funcionario, con el fin, por ejemplo, de adquirir contratos en el sector público de bienes o servicios comerciales.

En tales supuestos, los sujetos afectados –otras empresas-, ven mermada la igualdad de armas entre aquellos que entran a la competencia, pues, se enfrentan a un escenario de desventaja, ya que no tienen posibilidad real de competir en igualdad de oportunidad frente aquel sujeto que ha pagado la dádiva al funcionario, y de tal forma que, *“los pagos ilícitos constituyen una estrategia contraria a la buena fe en las relaciones comerciales”*²⁶⁶, lo que aumenta también la deficiente asignación de recursos, dado que en ciertos casos no se ofrecen los mejores productos o servicios²⁶⁷.

Es así como, las conductas constitutivas de corrupción pública no solo surgen del sector público sino que también pueden surgir del sector privado *“...afectando a intereses tan diversos como la tutela de la competencia, el libre desenvolvimiento de los mercados o la toma de decisiones sin interferencias en procesos políticos, entre otros”*²⁶⁸.

De lo antes afirmado deriva que, la corrupción en su doble acepción: pública y privada, tiene una conexión, ya que el sector privado se origina o se refleja

²⁶⁶ Nieto, *“Corrupción en los negocios”*, en Derecho penal económico y de la empresa, 436.

²⁶⁷ Raúl Carnevali Rodríguez y Osvaldo Artaza Varela, *“La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafío para el Derecho Penal”*. En *Los delitos de corrupción: Perspectiva pública y privada* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), acceso el 15 de marzo de 2021, <http://www.tirantonline.com>

²⁶⁸ De la Mata, *“Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”*, *Eguzkilore*, 256.

muchas veces en el sector público, ello puede deberse a que existan conexiones ilícitas entre los funcionarios públicos y los empresarios; esto permite que el funcionario facilite la adjudicación de contratos – ya sea de compraventa de bienes o también de prestación de servicios – en las que se dé preferencia “...a los competidores, así como con cargos directivos y el personal de las autoridades o agencias de control de los mercados financieros”²⁶⁹, que conduce la afectación del interés público en el funcionamiento eficiente de dichos mercados y la confianza en el sistema económico.

En ese hilo de ideas, tal como ya lo apunta Terradillos Basoco, en este tipo de escenarios resulta factible afirmar que la corrupción es una modalidad de la delincuencia económica, e incluso, generalmente, delincuencia organizada –a la que habrá de referirse más adelante-²⁷⁰, de ello deriva que la delincuencia económica es la que se sirve de la criminalidad funcional, a la cual extiende sus tentáculos de la corrupción en la Administración pública para servirse a sus propósitos, instrumentalizando a la Administración.

Bajo esta línea de pensamiento, la corrupción pública está “*al servicio de la criminalidad económica transnacional organizada*” y viceversa²⁷¹, situada muchas veces a partir de pactos ilegales entre los empresarios y funcionarios

²⁶⁹ Carbajo, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, 299.

²⁷⁰ Terradillos, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 194 y 213.

²⁷¹ En esa idea, afirma muy acertadamente Terradillos Basoco, la idea exponencial siguiente: “*la corrupción política es solo una modalidad de criminalidad económica, normalmente criminalidad organizada –una de cuyas consecuencias distintivas es la corrupción de las administraciones públicas a las que instrumentaliza–, las políticas preventivas no pueden limitarse a actuar sobre los instrumentos; han de hacerlo también sobre el modelo económico que impulsa su utilización espuria*”. Terradillos, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 213 y 218.

públicos, por medio de la entrega de regalos o dádivas, a veces otorgados en atención a su cargo funcional, o bien, a través de la financiación ilícitas de partidos políticos para comprometer su relación y mantenerla en el tiempo, para que exista un trueque entre ambas partes que se deberán favores de forma continuada en el tiempo²⁷².

Esta delincuencia económica arraigada en el seno de las empresas es la que ha merecido atención a los estudiosos de la criminología y su reconocimiento como figura delictiva autónoma en otros países donde se castiga la corrupción privada como se ha referido *supra*²⁷³; pero que, ese carácter de delincuencia organizada, se observa con mayor detenimiento, en el marco de la corrupción transnacional.

De esa forma, el criminal económico que actúa en el ámbito profesional empresarial, forma parte generalmente de una estructura organizada, en la que se adoptan decisiones para inducir a constituir actividades corruptas, que se traducen a un precio que se evalúa como necesario, tomando en cuenta las ventajas económicas de realizar la actividad corrupta e ilícita²⁷⁴. Todo lo anterior, en el marco de la corrupción pública, conlleva descomunales cuantías dinerarias que ingresan al mercado negro donde no existe control, y finalmente, en economías vulnerables se proyecta su circulación en “negro” por medio de los mercados no oficiales, mayor dinero que aquel que lo circula lícitamente, y su consecuencia es el trastoque del orden económico²⁷⁵.

²⁷² Nieto, “Corrupción en los negocios”, en Derecho penal económico y de la empresa, 416.

²⁷³ Juan M. Terradillos Basoco, “Corrupción política: Consideraciones político-criminales”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 1, (2017): 2, www.ejc-reeps.com

²⁷⁴ Terradillos, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 200.

²⁷⁵ Acale, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 232.

En ese sentido, como se puede advertir, en este contexto la corrupción pública se traduce en una manifestación o modalidad más de la delincuencia económica, en la que se sitúan personas físicas particulares que actúan muchas veces al amparo de una persona jurídica, que se sirven de la Administración pública a través de la dádiva que ofrecen o entregan al funcionario público, para que éste realice a su favor el acto corrupto que permitirá tener ventajas desproporcionales frente a otras empresas que no se valen de medios ilícitos y corruptos.

En este tipo de contextos de corrupción, en las que participan delincuentes económicos que buscan al funcionario público para conseguir sus propósitos espurios, enlazando la corrupción pública con la corrupción privada, pueden a su vez, en esta criminalidad económica, enmarcarse dos tipos personas que inciden en el fenómeno de la corrupción pública: *el empresario* que puede ser un directivo o un administrador de una empresa, y *la propia empresa*, es decir, la persona jurídica integrada de personas físicas que actúan en su seno para realizar este tipo de actividades ilícitas. Ambas personas, física y jurídica, merecen atención y examinarse a continuación, con el objetivo de dar a conocer sus incidencias en la corrupción pública como manifestación de la delincuencia económica, a ello se referirá en los siguientes ítems.

3.2 La participación de la persona física en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica

El fenómeno de la corrupción pública ha superpuesto los intereses privados por encima de los intereses generales o públicos, y es allí donde se sitúa la oportunidad de comportamientos ilícitos y descarriados de los protagonistas que ostentan cargos públicos con poderes de decisión.

De esa forma, la instrumentalización torcida de las funciones públicas puede devenir directamente de los servidores públicos que en el ámbito de sus competencias, tienen un cargo en la Administración pública que les permite representarlas; empero, de igual manera, esa instrumentalización puede surgir por otro sujeto, una persona particular que es un *extraneus*, quién no tiene esa calidad funcional, dado que es una persona ajena a la Administración, pero que utiliza como medio el soborno o las dádivas para conseguir el acto que le compete ejecutar al funcionario público, esta persona particular muchas veces es una persona privada que pretende o consigue obtener una interrelación económica ilícita con la Administración pública²⁷⁶.

Y es que, no se debe dejar de lado que la Administración pública le compete también la materialización de actividades económicas, y ello causa interés a personas ajenas a la función pública, quiénes versan sus objetivos en ventajas particulares, mayormente de tipo económicas. En efecto, *“una parte importante de la actividad económica privada está relacionada con las actividades de las Administraciones públicas, por ejemplo, en las concesiones de obras y servicios públicos o en el suministro de bienes de equipo y en la prestación de servicios de muy distinta naturaleza a las instituciones públicas”*²⁷⁷.

Como se observa, se deduce de lo anterior que, las actividades económicas privadas relacionadas con actividades estatales, en muchas ocasiones se utilizan o se sirven de ellas, personas que tienen intereses propios, diversos a los gubernamentales, y casi siempre de naturaleza económica; para obtener concesiones a favor de las empresas que dirigen o representan, y de la cual, muchas veces esos sujetos resultan ser empresarios, son personas físicas que

²⁷⁶ Carbajo, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, 284.

²⁷⁷ Carbajo, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, 284.

se valen de artilugios como son las dádivas o sobornos que ofrecen, prometen o entregan a los funcionarios del Estado.

En tal sentido, a efectos de esta investigación, es importante delimitar a qué tipo de particular se hace referencia, cuando la lucha contra la corrupción de funcionario ya no resulta suficiente en los casos que la corrupción pública se ve reflejada en el sector privado.

3.2.1 La persona física como delincuente económico y como delincuente de cuello blanco. Referencia a sus distinciones

Al enmarcarse la corrupción pública como una modalidad más de la criminalidad económica, la legislación penal también debe guiar esfuerzos sustanciales en sancionar adecuadamente este tipo de delincuencia; es decir, aquellas conductas de corrupción que surgen en el sector privado, generalmente materializadas por medio de los directivos o administradores de una persona jurídica, que propulsan la corrupción en la Administración pública para lograr sus ventajas espurias en las que resulta favorecida su empresa, a este tipo de particular se merece especial atención en esta investigación.

En efecto, estas personas ajenas a la Administración pública que ofrecen dádivas al funcionario para favorecer a su empresa, pertenecen a una categoría particular que la doctrina ha denominado “*delincuente económico*”, o bien, en algunos supuestos, criminal de “*cuello blanco*”²⁷⁸.

Las características de este delincuente ajeno a la Administración al que se ha mencionado, de criminal económico o cuello blanco que soborna a un funcionario, no incluye en principio, a la criminalidad patrimonial común, sino

²⁷⁸ Díez Ripollés y Gómez-Céspedes, “La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”, *Revista española de investigación criminológica*.

que se sitúa en aquellos espacios de obras públicas a gran escala, de privatización o concesiones de servicios públicos, de primera necesidad en algunos ámbitos de la sociedad, entre otros²⁷⁹. Así, los propósitos de este delincuente económico son más que claros: obtener el mayor lucro a favor de su empresa y para él mismo, a costa de los intereses gubernamentales²⁸⁰.

Dicho lo anterior, como es posible apreciar, se ha referido de forma indistinta al delincuente económico respecto del delincuente de cuello blanco, empero ello merece ciertas aclaraciones, dado que no todo delincuente de cuello blanco, será delincuente económico, conforme a la doctrina actual a la que habrá que dedicar las siguientes líneas. Lo anterior, dado que es importante exponer aquella persona física ajena a la Administración, que participa en el intento o ejecución de la compraventa de la función pública, cuyo rol se vislumbra como una modalidad más de la delincuencia económica.

Como ya se apuntó anteriormente, fue Sutherland, quién en 1939, acuñó el concepto de delito de cuello blanco, concepto que en sus primicias ya se refería a la criminalidad económica, aunque debe decirse que dicha delincuencia fue situada partiendo de las características enfocadas en el autor y no propiamente al hecho criminal²⁸¹. De tal forma que, este autor caracterizó al delincuente de cuello blanco como aquel que pertenece a una clase social alta, donde se sitúa el “*hombre de negocios*” (y también, “*las grandes*

²⁷⁹ Juan María Terradillos Basoco, “Corrupción, globalización y derecho penal económico”, *Derecho PUCP*, n.º 74 (2015): 14 y 15.

²⁸⁰ Carbajo, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, 283.

²⁸¹ Así lo considera Barroso González, quien distingue dos tipos de acepciones que definen la criminalidad económica, una orientada al autor y otra orientada al hecho; en la primera se sitúa en su génesis a Sutherland, que se situaba en las características particulares del autor, y en la segunda, que parte del delito que se comete, es decir, enfocada al hecho, las “*características empíricas del delito económico*”. Jorge Luis Barroso González, “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, n.º 35, (2015), 99, <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/113/108>

corporaciones”²⁸², a las cuales se hará referencia *infra*). En efecto, esa persona que describía Sutherland como delincuente de “cuello blanco”, es al que hoy puede –en principio-, trasladarse algunas de sus acepciones a la descripción del delincuente económico.

Es así que en sus orígenes, este autor consideró que las “...violaciones de la ley por parte de personas de la clase socio-económica alta, son por conveniencia llamadas delitos de “cuello blanco”... -el cual- puede definirse aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación”²⁸³. En tal sentido, Sutherland al brindar la definición del delito de cuello blanco, también menciona las características de la persona que realiza este tipo de delito; de esa forma, separa la delincuencia común de la delincuencia de cuello blanco con tal distinción, en la cual, sus características versan en personas que pertenecen a una clase honorable, con reputación social alta y en razón a la profesión que desempeña, una concepción como se observa, genérica del delincuente de cuello blanco.

Empero, ha de decirse que en el contexto de esta investigación, este delincuente de cuello blanco, no será concebido en el sentido amplio que menciona Sutherland, en el que se deba incluir a cualquier persona que tenga un alto estatus social alto; aunque algunas de tales características se presentarán, pero que esa amplitud, puede conllevar a que el funcionario público englobe también tal término²⁸⁴. En efecto, algunas de las

²⁸² Sutherland, *El problema del delito de cuello blanco*. Trad. por Rosa del Olmo, 108.

²⁸³ *Ibid.*, 65

²⁸⁴ Ha de hacerse esta aclaración, debido que el delincuente de “cuello blanco”, descrito así en palabras de Sutherland, debiera incluir cualquier persona que tiene un sobresaliente estado social y además con grandes ingresos económicos, donde también pudieran incluirse altos funcionarios públicos dentro de esta definición, es decir, los funcionarios también pueden ser delincuentes de cuello blanco. Por ello puede vislumbrarse delincuentes de cuello blanco referidos al ámbito privado y delincuentes de cuello blanco en el que se sitúan en el ámbito

características de esta concepción clásica de criminal de cuello blanco están presentes en los altos funcionarios, como puede ser su elevado estatus social en el marco de las funciones públicas que se le han confiado, en el ámbito de su ocupación.

Por ello es que se distinguen dos criminales de cuello blanco, el genérico que se entiende en sentido amplio como lo asentó Sutherland, que no siempre será equivalente al delincuente económico, y el específico, donde el delincuente económico se sitúa como una especie que integra el género que es el delincuente de cuello blanco, porque el criminal económico se delimita a una actividad específica, que es la empresarial de tipo mercantil. En tal sentido, tal como acertadamente lo expone Barroso González, se puede colegir que se estaría *“en presencia de un delincuente económico y a la vez de cuello blanco cuando converjan en dicha persona las características de pertenencia a una clase social alta, y cometa una infracción vinculada a su actividad profesional, siendo ésta de índole mercantil”*²⁸⁵.

público. En similar sentido lo refiere Acale Sánchez *“desde un punto de vista criminológico se trata de conductas llevadas a cabo por distintos delincuentes de cuello blanco, que es la categoría criminológica que los abraza. Así, los funcionarios públicos o autoridades que individualmente se involucran en acciones delictivas, sirviéndose del cargo público del que disponen es delincuencia de cuello blanco contra la administración pública sobre todo. También son delincuentes de cuello blanco, los que sin pertenecer al ámbito de la empresa, defraudan a la hacienda pública, o difunden información privilegiada, aunque no causen daño a la Administración pública sí que dañan al orden socioeconómico”*. Acale, *“El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”*. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 227 y 228.

²⁸⁵ Asimismo, este autor apunta de forma atinada que *“un delincuente de cuello blanco no necesariamente es también un delincuente económico, y viceversa. Ello se colige de la posibilidad cierta de que un individuo perteneciente a una clase social alta cometa una infracción vinculada a su actividad profesional, pero ésta no sea atentatoria contra la economía a la luz de los conceptos de delito económico ya abordados. Podríamos estar en presencia, en tal caso, de delitos funcionariales, relativos a la corrupción, y no contra la economía propiamente dicha”*. Barroso, *“Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”*, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 103.

Derivado de lo anterior, debe aclararse que, si bien el delincuente económico tiene similares características al delincuente de cuello blanco, no se pueden considerar sinónimos a plenitud. Así, es necesario apuntar que, no es el propósito a los fines de investigación, tratar a ambas criminales como fenómenos idénticos, pues, debe restringirse el sentido de tal denominación.

Acotado lo antes señalado, este delincuente de cuello blanco, aquí se entenderá generalmente como una persona física con alto estatus económico y social pero restringida su ocupación al ámbito privado; es decir, al sector empresarial, que puede ser un directivo o administrador de una empresa, y excluye al resto de delincuentes de cuello blanco como pudieran ser los funcionarios. A este criminal del ámbito privado se le acuñará en esta investigación como “*delincuente de cuello blanco del sector privado*”, que se traslada al sentido de delincuente económico esbozado anteriormente, porque allí se origina, en el giro de su actividad empresarial y que pueda afectar con su conducta el bien jurídico orden socioeconómico; aunque deberá aclararse, que no siempre esta persona física estará en un nivel económico alto, dado que, no debe soslayarse que en El Salvador no se tiene un Derecho penal de autor, sino un Derecho penal de acto.

Este delincuente de cuello blanco del sector privado, será entonces, el que comete transgresiones económicas, que pertenece al grupo genérico de delincuente de cuello blanco, grupo en donde “*las dos terceras partes... son propietarios o directores de empresas... -y en consecuencia, la criminalidad económica- “es una especie de la de cuello blanco, cifrándose el carácter especial de la primera en que la actividad profesional consiste, precisamente, en una actividad de índole mercantil”* ²⁸⁶, donde su punto de anclaje entre

²⁸⁶ Barroso, “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 103.

ambas delincuencias –económica y cuello blanco- será, cuando en una misma persona se encuentren presentes las particularidades de que pertenezca a un estatus social alto y que realice una violación en el ámbito de su quehacer profesional, de naturaleza mercantil.

En conclusión, en lo sucesivo, cuando se haga referencia al delincuente económico como sinónimo del delincuente de cuello blanco, se entenderá restringido al ámbito privado, tal como se expuso *supra*, es decir, al que se ha denominado aquí, como criminal o delincuente de cuello blanco *del sector privado*.

A pesar de lo anterior, no debe obviarse que el delincuente económico, referido a aquel que ejecuta un hecho contra el orden económico, cuyo ámbito es el giro mercantil, no siempre integrará a un grupo social de alto prestigio, pero con sus actos puede trastocar la economía²⁸⁷. Igualmente, el delincuente económico podría situarse también en los ámbitos que aquí se puede etiquetar como “*pequeña corrupción*”; es decir, que pueden situarse empresarios que se avocan a funcionarios públicos que no tienen una alta jerarquía, pero que tienen poder de decisión: respecto por ejemplo, en los casos de contrataciones de obras públicas de menor escala, pero que, otorgadas de manera reiterada y sostenida en el tiempo, al visualizarse el mapa en su conjunto, sí que puede verse trastocado el orden socioeconómico.

Así pues, se puede colegir que, el delincuente de cuello blanco del sector o ámbito privado, se trata de una persona física que actúa al amparo de una persona jurídica, enmarcada su ocupación en el ámbito mercantil, el cual, en el contexto de la corrupción pública, se acerca al funcionario público para ofrecerle la dádiva –o a la inversa: el funcionario se le acerca a este empresario

²⁸⁷ Barroso, “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 103.

para solicitarle dicha dádiva-, a fin de obtener del funcionario, la ejecución de un acto en el giro de sus funciones, acto que no le corresponde, en beneficio de su empresa.

Aclarado lo antes mencionado, conviene afirmar lo siguiente: para combatir adecuadamente la corrupción pública como manifestación de la delincuencia económica, no será suficiente prevenir y sancionar al delincuente funcional, sino que también debe vislumbrarse al delincuente de cuello blanco del sector privado, es decir, al delincuente económico, que en muchas ocasiones se unen en el ciclo de la corrupción para materializar sus prácticas corruptas prolongadas con el paso del tiempo, las que se convierten en algunos casos, en relaciones con carácter de permanencia. Por ello, incluso la doctrina se refiere a dichas relaciones como una red de criminales organizados, cuyas actuaciones se mueven a partir de un acuerdo que les antecede, y que al estar ya distribuidas las funciones que a cada uno corresponde, todos tienen un dominio funcional del hecho²⁸⁸.

Es así que, al advertirse un hecho injusto de corrupción donde convergen ambos tipos de criminalidad, deben investigarse a ambos delincuentes, tanto al criminal funcional como al criminal económico, aunque sus conductas se califiquen de forma separada y autónomamente, en vista que una no depende de la otra para su existencia, pero que, para desmarañar la referida red criminal, es necesario vislumbrar y sancionar las conductas de ambos sujetos que convergen en un mismo hecho de corrupción²⁸⁹.

²⁸⁸ Acale, "La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español", *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 28.

²⁸⁹ En efecto, tal como acertadamente refiere Terradillos Basoco, la corrupción encarnada en el crimen que mejor le engloba, que es el cohecho, contiene dos rostros a saber: el que entrega el soborno y el que recibe el soborno. Terradillos, "Corrupción, globalización y derecho penal económico", *Derecho PUCP*, 14 y 15.

3.3.2 Particularidades del delincuente económico o de cuello blanco del sector privado

La persona particular que entrega el soborno que es la persona física, se ha descrito que es un delincuente de cuello blanco en el sector privado o delincuente económico, quién se mueve en el giro de su actividad profesional dentro de la empresa, a la poste de las ventajas económicas que le puede conllevar el acto corrupto que espera obtener del funcionario a quién le ofrece o entrega la dádiva²⁹⁰.

En ese contexto, es factible señalar que estos delincuentes empresarios actúan para beneficiar a sus empresas, con la supuesta justificante “*técnica de neutralización*”²⁹¹, que parte de la idea de que el empresario necesita sobornar al funcionario para conseguir ventaja en el mercado frente a otros. Bajo tales argumentos, los empresarios acuñan al soborno como una necesidad para ingresar al negocio, porque otros empresarios también compran la función pública²⁹², lo que deviene en multiplicar los actos de corrupción.

Es así que, este empresario incluye en sus estrategias, el pago de la corrupción al funcionario para obtener el ingreso o la preferencia de su empresa, para que se le conceda ese contrato a favor de ésta, que “como buen

²⁹⁰ Terradillos, “Corrupción, globalización y derecho penal económico”, *Derecho PUCP*, 14 y 15.

²⁹¹ Según refiere Nieto Martín, la “técnica de naturalización” es lo que los criminólogos han denominado a los argumentos empresariales como “*no me queda otro remedio, si quiero hacer negocios en el país A, tengo que pasar por el aro y sobornar como hace todo el mundo*”. Nieto, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de defense sociale. Pour une politique criminelle humaniste*, 59.

²⁹² A ello se le suma el criterio del denominado “*efecto resaca*”, que implica que el delincuente socioeconómico observa que, quién delinque primero, conlleva necesariamente que sus empresarios competidores también delincan, como un efecto de reacción en cadena, que es la raíz de la corrupción pública en este tipo de supuestos. Terradillos, “Corrupción política: Consideraciones político-criminales”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 3.

empresario”, el soborno forma parte de sus estrategias competitivas ilícitas, frente a las cuales, se sitúan los empresarios que no sobornan, siendo estos últimos los que se mantienen al margen del ciclo de la corrupción pública, quiénes no tienen oportunidad real de competir, dejando como ganador al empresario desleal que invierte en el soborno para obtener la ventaja a favor de su empresa²⁹³, así se va trastocando el orden socioeconómico.

En ese hilo de pensamiento, la persona física ajena a la Administración en este ámbito, es un empresario con poder de decisión, generalmente con el cargo de directivo en una empresa, que a la vez se aprovecha de vacíos legales y de los defectos de la organización de la empresa que integra, situándose en una empresa con “*una cultura desviada*”, bajo estrategias de neutralización. Se trata de, personas que pertenecen a dicha empresa y que han ponderado los costes y beneficios que conllevan del actuar delictivo²⁹⁴, decantándose por esta última.

Apuntada así, la participación de la persona física en el ciclo de la corrupción pública como manifestación de la delincuencia económica, es necesario también vislumbrar la incidencia que tiene la persona jurídica donde se sitúan las conductas desviadas por aquellas personas físicas que la integran y que detentan cargos de poder y de decisión en las empresas privadas, llámense directivos, administradores, apoderados, gerentes, directores y otros similares²⁹⁵, y se examine su actividad o pasividad en los actos delictivos que

²⁹³ Terradillos, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 220.

²⁹⁴ Nieto, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, 42-44.

²⁹⁵ Carbajo, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, 286.

las personas físicas cometen en su nombre, representación y en su beneficio, en el ámbito de la compraventa de la Administración pública.

3.3 La participación de la persona jurídica en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica

De manera introductoria, se considera importante mencionar que en El Salvador, algunos autores afirman que no se regula la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁹⁶, dado que consideran que la normativa jurídico penal se rige por el principio *Societas not post delinquere*²⁹⁷, lo que supone que las personas jurídicas no pueden delinquir. Sin embargo, lo anterior no resulta del todo infalible, dado que al confrontar el Código procesal penal salvadoreño – en adelante CPP-, ello releva de manera incipiente una posible conclusión distinta, puesto que en tal normativa se establece que la comisión de un hecho delictivo se le puede atribuir a una persona jurídica.

²⁹⁶ En esa idea se postula Portillo, quien refiere lo siguiente: “Como criterio mayoritariamente aceptado, una persona o entidad jurídica no puede ser responsable de los delitos previstos en el Código Penal, por el momento no se puede dirigir una imputación contra ese ente abstracto, pero sí se puede perseguir a sus integrantes o directores cuando se presume que han actuado por la entidad, por supuesto, la investigación debe ser capaz de delimitar todas las formalidades previstas para la toma de decisiones que desde la legislación civil, mercantil, tributaria y bancaria se contemplen. Se ha venido discutiendo desde hace algún tiempo esta posibilidad más allá de que también desde la legislación penal económica y fiscal se ha introducido la sancionabilidad a estas personas jurídicas, de lo que se trata es que estas sufran las consecuencias del obrar ilícito de sus órganos de gobierno corporativo, lo que surge del mismo carácter de su organización”. Milton Alexander Portillo, “Arts. 80 al 89”. En *Código Procesal Penal Comentado*, vol. 1, art. 1 al art. 259 (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2018), 402-434.

²⁹⁷ Cf. Hazel Jazmín Bolaños Vásquez, “La responsabilidad de las personas jurídicas en El Salvador”. En *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, (Pamplona: Aranzandi, 2015), 203 y Lenin Stalin Vladimir González Benítez, *La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador. El caso de España, como parámetro de referencia*, tesis de maestría en Derecho Penal Económico (San Salvador: Universidad Internacional de la Rioja, 2020), 40.

En tal sentido, conforme al art. 80.3 CPP²⁹⁸, a las personas jurídicas se les puede atribuir la comisión de delitos, en cuyo caso, el hecho propio de la entidad jurídica, se traslada a las personas físicas que acordaron o ejecutaron el hecho criminal, éstos generalmente son empresarios, directivos, administradores, representantes de la persona jurídica, quiénes conllevan la carga punitiva como destinatarios de la sanción penal.

Igualmente, la normativa procesal penal debiera establecer con especificidad o claridad, que la calidad de imputados se les impone también a las personas jurídicas, ello tomando en cuenta que el art. 80.3 CPP señala lo siguiente: *“(c)uando la comisión de un hecho delictivo se atribuyere a persona jurídica, tendrán la calidad de imputados las personas que acordaron o ejecutaron el hecho punible”*²⁹⁹; con ello se advierte que el legislador no distingue que esa persona imputada sea física o jurídica.

En tal sentido, se debe recordar que las personas jurídicas actúan a través de sus integrantes, puesto que funcionan como órganos corporativos; de esa forma, sus actos se vinculan con las acciones de las personas físicas que integran sus órganos de administración y a través de ellas se acuerdan o ejecutan las decisiones, donde puede incluirse el acto de corrupción.

No obstante, la legislación penal salvadoreña no establece un sistema de sanciones penales para la persona jurídica; por tanto, a pesar que esta disposición procesal, conlleva la posibilidad de que se desarrolle la responsabilidad penal de la persona jurídica, aún no se cuenta con la normativa adecuada para su represión y ello constituye una restricción legal

²⁹⁸ Código Procesal Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), art. 80.

²⁹⁹ *Ibíd.*, art. 80.3.

para sancionar penalmente a las personas jurídicas por el delito de cohecho activo que cometan.

Derivado de lo anterior, se observa que la normativa penal establece estas referencias en cuanto a la atribución a la persona jurídica por el cometimiento de un delito, y ello conlleva a cimentar una responsabilidad penal de la persona jurídica en El Salvador; empero, dado que no tiene un mayor tratamiento en la legislación penal para su represión, por ello actualmente, se encuentra en estudio un proyecto de ley para desarrollar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos³⁰⁰.

Apuntado lo anterior, sin ánimo de profundizar en las tesis que defienden o desacreditan el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica en El Salvador -ya que ello supera las expectativas de esta investigación-, se considera oportuno mencionar algunos postulados doctrinales extranjeros sobre la viabilidad o no de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual ha sido dispar al pronunciarse sobre ello, pero que tiene incidencia en cuanto a relacionar la participación de las personas jurídicas en actos de corrupción.

³⁰⁰ Lo anterior se afirma así, en vista que se cuenta con un proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por la Comisión de Delitos, el cual, aparentemente establece responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos que cometan personas físicas en su nombre o por su cuenta y en su beneficio o el de un tercero, siguiéndose aparentemente, el modelo de heterorresponsabilidad. Este proyecto aún no se ha presentado ante la Asamblea Legislativa y de momento se encuentra en evaluación por la Secretaría de Gestión Legal de la Presidencia de la República. González Benítez, *La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador. El caso de España, como parámetro de referencia*, tesis de maestría en Derecho Penal, 57-58.

3.3.1 De la responsabilidad penal de la persona jurídica por su participación en actos de corrupción

Como se señaló *supra*, la doctrina extranjera no ha sido unánime, en cuanto a defender o contraponerse en reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como primer ejemplo de lo antes acotado, uno de los mayores detractores, es Gracia Martín, quien tuvo una postura muy clara al respecto. Para este autor, las personas jurídicas “*sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas, que son siempre y necesariamente los sujetos de la acción*”³⁰¹, y por tanto, no tienen capacidad para realizar una conducta típica, antijurídica y culpable.

Por otra parte, como segundo ejemplo, se presentan los autores a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica, donde se encuentran entre sus defensores, Nieto Martín, quien ha hecho referencia a una de las tendencias criminológicas que permite aproximarse a la delincuencia económica a partir de la persona jurídica, referida al “*corporate crime*” o “*delito corporativo*”³⁰², en el que surge la atención en que el hecho criminal se materializa en el interior de una persona jurídica y se realiza en su beneficio.

Antecedente de lo anterior, en sus primicias, Sutherland partió de su tesis de la asociación diferencial, que se refiere a que la “*conducta delictiva se aprende en asociación con aquellos que definen esa conducta favorablemente y en aislamiento de aquellos que la definen desfavorablemente*”³⁰³; igualmente, se

³⁰¹ Luis Gracia Martín, “La doctrina de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura”, *Revista Foro FICP*, n.º 2014-2, (2014): 70, www.ficp.es

³⁰² Nieto, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, 41.

³⁰³ En este apartado fue Álvarez-Uría quien cita directamente a Sutherland. Fernando Álvarez-Uría, prólogo al libro de Edwin H. Sutherland, *El problema del delito de cuello blanco*. Trad. por Rosa del Olmo (Madrid: La Piqueta, 1999), 277.

ocupó de analizar la violación de la ley por parte de las personas jurídicas, de la que se colige las responsabilidades de las decisiones en la política de las mismas.

Lo relevante de lo antes señalado, es que Sutherland resalta la importancia que tiene el tipo de colectivo al que se integra una persona física, en cuanto a que surja, particularmente la delincuencia económica, a partir de una conducta desviada, cuyo génesis es el aprendizaje por parte de una persona física que se integra con otras personas físicas, quienes -bajo otra tesis referida *al análisis económico del Derecho*-, evaluaron los costos y beneficios que derivan del delito. Es así que, se observan diversas teorías que coadyuvan a explicar el surgimiento de una cultura desviada en las empresas o personas jurídicas.

En ese hilo de ideas, el grupo al que pertenecen estos individuos que conforman la persona jurídica, terminan sopesando los beneficios y se decantan por preferir la conducta criminal que es aceptada de forma conjunta con los integrantes de la persona jurídica, que permite que la consideren “*racional*”. De modo que, en las decisiones que se toman grupalmente en esa persona jurídica, se da “*un proceso de despersonalización*”, donde cada individuo deja de lado las posturas morales que le impedían probablemente delinquir, se tiene pues, el surgimiento de una cultura desviada en una persona jurídica, que se vincula, probablemente en la ética de los altos directivos de la misma³⁰⁴.

A ello se le suman las técnicas de neutralización que aplica ese colectivo, que se apareja con la tesis de Sutherland de la asociación diferencial, puesto que las personas que integran la empresa, se acorazan bajo técnicas que

³⁰⁴ Nieto, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, 42-44.

neutralizan sus patrones morales o culturales, encontrando justificaciones de su actuar delictivo. Es allí cuando se sitúa la conducta desviada, donde la persona niega su responsabilidad criminal y ello le permite tener su consciencia libre de culpas, aprovechándose de oportunidades que surgen en este contexto para delinquir, esa es la tesis de *la oportunidad*, la que expone que la practica delictiva surge del aumento de oportunidades de comisión de delitos que se presentan a sujetos motivados en espacios que no se ejercen controles suficientes³⁰⁵, controles que debiera ejercer la persona jurídica.

En tal sentido, y siendo que las personas jurídicas se encuentran integradas por pluralidad de personas físicas, si éstas personas físicas que la integran han optado por cometer el delito en el interior y en beneficio de la empresa, las personas físicas que se le unan aprenderán sobre dicha conducta y la acogerán. En efecto, estos individuos pertenecerán a un colectivo con una cultura desviada y si a ello se le suma que no existan medidas de control de riesgos criminales, se tendrá así, a una persona jurídica incapaz de prevenir esas conductas desviadas, y que, probablemente, no sea una empresa incapaz, es que en realidad tiene interés en verse beneficiada y participa en el delito por medio de su misma inactividad al no ejercer un control y vigilancia eficaz sobre los individuos que la integran.

Es aquí donde cobra la necesidad e importancia de implementar en las personas jurídicas, los llamados "*compliance programs*" o "*programas de*

³⁰⁵ En tal sentido señala Nieto Martín, que las técnicas de neutralización sirven al delincuente económico para justificarse y sopesar la culpa de cometer delitos, niega su responsabilidad bajo justificaciones llanas como "*me vi obligado a hacerlo, porque fue una orden dentro de la empresa*", "*era la práctica común*", "*el daño que realiza a la víctima*" ("*los accidentes laborales se producen la mayoría de los casos por la imprudencia del trabajador*"), "*la conveniencia o racionalidad de la ley*" ("*la presión fiscal es excesiva y no nos permite competir*") o "*la apelación a lealtades superiores*" ("*debía incrementar las ventas de la empresa y salvar así cientos de puestos de trabajo*"). Nieto, "Introducción al Derecho penal económico y de la empresa". En *Derecho penal económico y de la empresa*, 42.

*cumplimiento*³⁰⁶, las que, en principio, pretenden evitar que la empresa sea sancionada penal y civilmente por delitos que cometan las personas físicas que la integran que actúan en su nombre y representación. De esa manera, desde hace varios años inició el *compliance* “como un sistema para el cumplimiento del ordenamiento jurídico y la ética corporativa”, muy utilizado en el sistema anglosajón para prevenir delitos y además, conlleva a cimentar la ética en la empresa y la “autorregulación” de las personas jurídicas, como una de las mejores maneras funcionales para combatir la corrupción³⁰⁷.

Dicho lo anterior, sin ánimo de analizar extensivamente los modelos de responsabilidad de la persona jurídica, se debe mencionar brevemente que la doctrina mayoritaria refiere dos tipos de modelos de responsabilidad: la primera relacionada al modelo de heterorresponsabilidad penal, y la segunda en cuanto al modelo de autorresponsabilidad penal.

El modelo de heterorresponsabilidad penal está referida a la “*la responsabilidad por hecho ajeno*”³⁰⁸, que basa su tesis en el sistema vicarial, el cual, consiste en un efecto reflejo, donde la persona jurídica responderá penalmente cuando se constata que ha participado *ad exemplum*, un directivo o representante de la persona jurídica en la comisión de un delito actuando en nombre y representación de la persona jurídica, transfiriéndole la

³⁰⁶ En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es necesario priorizar los programas de cumplimiento o *compliance program*, los cuales podrían ser tomados en cuenta al momento de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas y así construir un concepto de culpabilidad empresarial. Un sector doctrinal ha afirmado que los programas de cumplimiento efectivo debían funcionar como formas para excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Silvina Bacigalupo Saggese et al. *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo* (España: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016), 144.

³⁰⁷ Henao y Castro, *Compliance: Prevención de la corrupción pública y privada*.

³⁰⁸ Alfonso Galán Muñoz, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), acceso el 12 de marzo de 2021, <http://www.tirantonline.com>

responsabilidad a la persona jurídica³⁰⁹. Este modelo ha sido duramente criticado por la doctrina, por considerarse que se viola el principio de responsabilidad objetiva y culpabilidad³¹⁰.

Ahora bien, en el modelo de autorresponsabilidad penal, se requiere un “*hecho de conexión*”, que constituye “*la conducta típica y antijurídica de la persona física, que actúa en nombre y por cuenta de la persona jurídica) se traspasa a la persona jurídica constituyendo de ese modo su “injusto personal” mientras que la culpabilidad la hacen descansar en el “defecto de la organización”*”³¹¹.

De hecho, Tiedemann acuñó la idea de que la culpabilidad de la persona jurídica se sitúa en una culpabilidad por defecto de organización, y que la imputación descansa en el hecho de conexión, en el cual, la persona jurídica es culpable si omitió adoptar las medidas de cuidado para evitar el delito de la actividad de la empresa. Es así que, se sitúa un deber de garantía en la persona jurídica, donde el injusto propio de la persona jurídica se vincula a la capacidad de funcionamiento o de organización de la persona jurídica, que al infringirse por la persona jurídica su deber de garantía en prevenir o evitar la realización de delitos en su seno, sería responsable penalmente, exceptuando los casos imprevisibles o aquellos que no son evitables, que no estén vinculadas a un defecto de organización en la persona jurídica³¹².

³⁰⁹ Ángel Juanes Peces, “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita”, En *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Madrid: ediciones Francis Lefebvre, 2015, 8 y 9.

³¹⁰ El sistema vicarial ha sido criticado como un tipo de responsabilidad objetiva la cual se prohíbe en el derecho penal, porque entiende la transferencia de la responsabilidad de las personas físicas a las personas jurídicas, debe decirse que en El Salvador, también está prohibida la responsabilidad objetiva, conforme al art. 4.2 CP.

³¹¹ Pablo González Sierra, La imputación penal de las personas jurídicas: Análisis del art. 31 bis CP (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), acceso el 16 de marzo de 2021, <http://www.tirantonline.com>.

³¹² José Luis De la Cuesta, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Penal México*, n.º 5, (2013): 22, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4969862&orden=0&info=link>

Acotado lo anterior, siempre en la línea del modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica, De la Cuesta Arzamendi considera que, el defecto de la organización es en el que debe recaer el injusto personal de la persona jurídica, y por ello, la responsabilidad penal de la persona jurídica, se sitúa cuando además de tener la capacidad de autoorganizarse y funcionamiento, previsiblemente podía evitar la comisión del delito de la persona física, donde se ha omitido *“la cultura de cumplimiento de la legalidad”* que le es exigido a la persona jurídica, y por tanto la responsabilidad le recae *“cuando a la infracción del mencionado deber por parte de la entidad pueda objetivamente imputarse la comisión por las personas físicas contempladas de alguno de los hechos delictivos específicamente previstos, en el marco de sus actividades sociales”*³¹³.

Por otra parte, situada la atención en esa persona jurídica, ha de decirse que el reconocimiento de la participación de la persona jurídica en el ciclo de la corrupción pública, debiera situarse a la poste de la tesis del delito corporativo, que permita identificar con claridad los hechos atribuibles a una persona jurídica y a la persona física, se debe situar el anclaje que podría vislumbrarse en el ciclo de la corrupción pública, cuyas actuaciones no solo afecten intereses públicos, sino que pueden trastocar el orden socioeconómico.

En tal contexto, la persona jurídica en principio, tiene a su disposición el uso de mecanismos legales para obtener a su favor, por ejemplo, una contratación o adjudicación de obras públicas, sin necesidad de acudir al soborno; de hecho, el art. 234 de la Constitución salvadoreña –en adelante Cn.–, refiere que el Estado puede celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes

³¹³ De la Cuesta, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Penal México*, 22.

muebles, sometidos a los procesos de ley³¹⁴. Asimismo, en el art. 102.1 Cn. también reconoce y garantiza la libertad de la empresa como modo legítimo para adquirir riqueza³¹⁵, con el límite de que el ejercicio de la libertad de empresa “no puede ir encaminado a afectar los bienes jurídicos de otros ciudadanos o atentar contra la sociedad en general”³¹⁶.

Pero, en ocasiones, ciertas personas jurídicas con una cultura desviada, conformadas por esos individuos que evaluaron los costos y beneficios de optar a medios ilegales, preferirán no asumir el riesgo de no ser la ganadora en una licitación como modo legítimo de ser la empresa contratada y acudirán a la dádiva, frente a sus pares competidores que no acuden al soborno.

Es así que muchas veces puede vislumbrarse bajo la *tesis de la tensión*, que se presenta un conflicto para el grupo de individuos que integran esta persona jurídica, entre el uso de los medios legales y los fines que se quiere obtener a favor de la empresa, para que sea por ejemplo, la contratada para brindar ese servicio estatal, frente a otras empresas que compiten por ese mismo contrato.

De este modo, se crea una tensión, “*por ejemplo: la aparición de mayor competencia puede llevar a empresas que antes actuaban prácticamente en*

³¹⁴ “Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública excepto en los casos determinados por la ley. No se celebrarán contratos en que la decisión, en caso de controversia, corresponda a tribunales de un Estado extranjero.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará a las Municipalidades”. Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente de EL Salvador, 1983), art. 234.

³¹⁵ “Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”. Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente de EL Salvador, 1983), art. 102.1.

³¹⁶ Martín Alexander Martínez Osorio, “La extinción de dominio es constitucional. (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014/107-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional)”, *Revista de Derecho constitucional*, n.º (2018): 29, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/webli/RevCN/REV109SCon4to2018.pdf>

*un régimen de monopolio adopten prácticas ilícitas como la corrupción para conseguir mantener su cuota de mercado*³¹⁷; y de tal forma que, las personas jurídicas por medios de sus directivos, administradores, etc., se valen del soborno para beneficiarse del acto corrupto que se espera realice el funcionario público.

Es así que en este contexto, la persona jurídica en muchas ocasiones, que busque ser beneficiada de un acto o contrato público, se acercará al funcionario público, por medio de una persona física que actúa a su amparo y para su beneficio, en busca del camino fácil, valiéndose de dádivas que ofrecerá o entregará al funcionario público, ante la dificultad de alcanzar por las vías legales dicha contratación o actuación.

A pesar de lo anterior, en el ordenamiento jurídico-penal salvadoreño, esa participación de la persona jurídica en el acto de corrupción, en el que media ese pacto con el funcionario público, a través de una persona física, como manifestación de la delincuencia económica, no le merece sanción penal alguna³¹⁸, dado que no existe un sistema de sanciones penales para personas jurídicas. Empero, en el ámbito civil, sí que tiene que responder solidariamente la persona jurídica, por los actos que realicen estas personas físicas en su nombre o representación, bajo la figura de “actuar en el lugar de otro”³¹⁹,

³¹⁷ Nieto, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, 43.

³¹⁸ La ausencia del desarrollo de un sistema de sanciones penales para las personas jurídicas en el ámbito jurídico penal salvadoreño, conlleva cuestionamientos que plantean ciertos sectores de la comunidad jurídica que se decanta por considerar que el CP no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas; empero ello no resulta del todo clarificado, en vista de lo apuntado anteriormente de lo señalado en el art. 80.3 CPP, que deriva de tal disposición, la posibilidad de atribuir un hecho delictivo a las personas jurídicas. Por tanto, resulta cuestionable que la capacidad de acción delictiva, se circunscriba solo a la persona física que la ejecuta.

³¹⁹ La génesis del “actuar en lugar de otro”, está acuñado al profesor Gracia Martín, quien considera irracional, que a los administradores de la persona jurídica, a la que se les atribuye o imputa la conducta de la persona física, se ocupe para no dejar exento de responsabilidad a la persona jurídica. Luis Gracia Martín, “La serie “infracción-culpabilidad-sanción”

puesto que el CP establece un sistema de sanciones civiles para la persona jurídica, atribuible a través del actuar por otro, a ello debe referirse brevemente a continuación.

3.3.2 De la responsabilidad civil de la persona jurídica por su participación en actos de corrupción y la cláusula penal “actuar por otro”

La cláusula que del “actuar por otro”³²⁰, o lo que es correcto, “actuar en el lugar de otro”, surgió encaminada a responsabilizar penalmente a las personas físicas que en casos de delitos especiales propios, no detentan la cualidad o condición especial exigida en el sujeto activo del delito, con lo que, una persona actúa como representante de otra persona.

En esa idea, esta cláusula extiende la autoría, limitada concretamente “*en que el autor del hecho actúa en nombre o representación de una persona física o jurídica sin la cualificación exigida por el delito especial propio correspondiente*”³²¹; pero ha de aclararse que esta cláusula, no satisface por completo, el desarrollo legal que debe tener para sancionar penalmente la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos que cometan³²², sino que, como bien lo afirma Bacigalupo, de allí se advierte lagunas de punibilidad

desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del derecho”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-18, (2016): 33, <http://criminet.ugr.es/recpc>

³²⁰ Respecto de la cláusula de “Actuar por otro” del art. 38 CP, La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha referido que ella implica que “*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*”. Sala de lo Pena, *Sentencia de Casación*, Referencia: 22CAS2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).

³²¹ Silvina Bacigalupo, “Caso del levantamiento del velo de las personas jurídicas”. En *Casos que hicieron doctrinal en Derecho penal*, 2º ed. (Madrid: La Ley, 2011), 534-535.

³²² Al respecto, De la Cuesta considera que esta cláusula es “*más llamada a la cobertura de las lagunas de punibilidad derivadas de los delitos especiales, que a la instrumentación de un mecanismo adecuado para la exigencia de responsabilidad personal en los hechos cometidos en el marco de personas jurídicas*”. De la Cuesta, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Penal México*, 22.

para las personas jurídicas. Por tanto, para evitar la impunidad de aquel “*que actuaba en nombre de una persona física o jurídica lo hacía sin concurrir en él las características personales exigidas para el sujeto activo en un delito especial propio*”³²³.

Ahora bien, en los delitos de cohecho, específicamente, el cohecho activo, éste no es un delito especial sino que es un delito común, pero se tiene que, el sujeto activo en principio, es la persona física, y puede situarse por ejemplo, un directivo o administrador de una empresa, que actúa con la voluntad de la persona jurídica, en su nombre y representación, que se acerca al funcionario público a ofrecerle una dádiva para que realice un acto en el giro de su funciones públicas, a fin de obtener una ventaja a favor de la empresa.

En tal supuesto, a *prima facie*, la persona que participa como sujeto activo que correspondiera figurar como autor, debiera ser la persona jurídica y no la persona física, y así, atribuirse la comisión del delito a la persona jurídica, como lo señala el art. 80.3 CPP, aunque la sanción penal se traslada a la persona física que acordó o materializó el cohecho activo, soportando en sus carnes la conminación de la pena de prisión la persona física y no la persona jurídica.

Por otra parte, debe apuntarse que, conforme al art. 38 CP, a esta persona jurídica sí que le corresponderá, soportar la sanción civil, puesto que se le atribuye la responsabilidad civil de forma solidaria por el delito de cohecho activo cometido por la persona física que actúa en su nombre o representación, por los daños que se causaren, así lo señala tal disposición penal, que expresa lo siguiente:

³²³ Bacigalupo, “Caso del levantamiento del velo de las personas jurídicas”. En *Casos que hicieron doctrinal en Derecho penal*, 534-535.

“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 dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare.

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”³²⁴.

Esta fórmula legal que acoge el legislador salvadoreño, avoca pues, a la responsabilidad civil solidaria que deberá responder la persona jurídica en los hechos delictivos de corrupción como modalidad de la delincuencia económica, particularmente situada en los delitos de cohecho –sea en cualquiera de sus modalidades-, con la cual, aparentemente, busca que se asegure patrimonialmente los daños que haya causado el directivo, representante legal o administrador de una persona jurídica, que haya participado en el delito de corrupción, ya sea en el cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo o soborno transnacional.

Por tanto, si la persona física que actúa en nombre o representación de la persona jurídica, se le transfiere el hecho propio de la persona jurídica, en cuanto a la comisión del delito de cohecho activo del art. 335 CP, será la

³²⁴ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 38 CP.

persona física declarada responsable penalmente por dicho delito, lo que, conlleva automáticamente que, la persona jurídica sea la que civilmente responderá de forma solidaria por los daños derivados del injusto penal. Es decir que, la cláusula de actuar en el lugar de otro, permite atribuir en conjunto con la persona física, la responsabilidad solidaria a la persona jurídica, cuando la persona física materializa la conducta de ofrecer, prometer o entregar la dádiva al funcionario, actuando en nombre o representación de la persona jurídica.

Acotado lo anterior respecto a la participación de la persona jurídica y la participación de la persona física en el ciclo de la corrupción pública, como manifestación de la delincuencia económica, es importante referirse también, que en ocasiones esta delincuencia económica se vincula con la delincuencia organizada y transnacional en el ciclo de la corrupción, afectándose así intereses a nivel supranacional como es el orden socioeconómico, en vista que éstas cruzan las fronteras del Estado.

3.4 La delincuencia económica, transnacional y organizada, en el ámbito de la corrupción

En ítems anteriores se expuso que la corrupción pública se ve reflejada muchas veces en el sector privado, y que ésta se sitúa también como una modalidad de la delincuencia económica; igualmente, se expuso que la corrupción pública muchas veces es utilizada por la criminalidad económica transnacional organizada y viceversa. Este tipo de criminalidad también utiliza la criminalidad funcional, a la cual extiende sus alcances instrumentalizando la Administración pública para servirse a sus propósitos espurios.

Por ello, es necesario exponer en este apartado, la interrelación del fenómeno de la corrupción con la delincuencia económica, organizada y transnacional, sin ánimo de hacer un análisis profundo, dado que ello supera los alcances de esta investigación, pero que será de utilidad para comprender los fundamentos de la criminalización de la corrupción como manifestación de la delincuencia económica, organizada y transnacional, desde el punto de vista de la doctrina, así como también de su tratamiento en los convenios internacionales y su reflejo en la normativa nacional.

3.4.1 Breve referencia doctrinal

La doctrina ha mostrado interés en analizar el fenómeno de la corrupción pública como manifestación de la delincuencia económica, visualizando también los supuestos en que forma parte de la delincuencia organizada y transnacional.

En tal sentido, Terradillos Basoco afirma que la corrupción pública está “*al servicio de la criminalidad económica transnacional organizada*”³²⁵, pero también esta criminalidad está al servicio de los funcionarios corruptos, cuyo raigambre se sitúa en muchas ocasiones derivados de acuerdos ilícitos entre altos empresarios y funcionarios públicos, a través del uso de sobornos que muchas veces inician por medio de la financiación ilegal de partidos políticos o por dádivas en razón al cargo funcional; ello para asegurar su relación y sostenerla en el tiempo, para que exista un intercambio entre ambas partes que se deberán favores de forma continuada en el tiempo³²⁶.

³²⁵ Terradillos, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 213 y 218.

³²⁶ Nieto, “*Corrupción en los negocios*”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, 416.

De esa forma, existe un tipo de corrupción que ha tomado un camino sistemático, que fomenta las prácticas políticas ilegítimas que le permiten alcanzar y mantener el poder utilizando como garantía de permanencia, un intercambio de favores y servicios, donde se valen los pactos ilegales entre la delincuencia empresarial y funcionarial³²⁷.

Se trata de conductas en que particulares sobornan a funcionarios, pero no es cualquier particular, aquí el protagonismo lo adquieren grandes empresas multinacionales que se dedican a ofrecer o entregar sobornos a altos funcionarios públicos extranjeros, o a altos políticos en el sector gubernamental, donde se presenta una dimensión transnacional, dado que incluye la participación de altos funcionarios públicos de otros estados y grandes empresas multinacionales.

En ese hilo de ideas, la interrelación de esta delincuencia que cruza fronteras, para lograr ventajas en las transacciones económicas internacionales, se sirve *“de la transferencia de dinero a través de intermediarios y esquemas complejos de lavado de dinero, realizados con apoyo en instrumentos refinados de tecnología financiera y la colaboración de bancos e instituciones de crédito, a menudo con sedes en paraísos fiscales”*³²⁸; con ello lo que es palpable es una red de corrupción, debidamente organizada, que se integra por diversos sujetos que coadyuvan en diferentes ámbitos a su materialización, ya sea que ofrezcan o reciban el soborno, o encubran las ganancias que derivan de los actos de corrupción.

Es así como se observan, redes articuladas a nivel internacional, que hace visible la corrupción sistemática de altos funcionarios públicos de estados

³²⁷ Nieto, “Corrupción en los negocios”, en Derecho penal económico y de la empresa, 416.

³²⁸ Héctor Olasolo, Esperanza Buitrago Díaz y Carmen Suleika Mané Granados, *Respuestas Nacionales e Internacionales al fenómeno de la corrupción: Particular atención al ámbito iberoamericano* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 48.

extranjeros, donde se involucran grandes empresas que pagan jugosos sobornos para obtener de forma preferencial, la adquisición de contratos públicos, que se aprovechan de la debilidad de las instituciones democráticas o deficientes para hacer frente a este fenómeno de gran escala. Es así que la doctrina acuña este contexto como la nueva imagen de la corrupción, situada en un término particular, que es la *“gran corrupción” para referirse a los pagos ilícitos de grandes multinacionales a altos cargos públicos con el fin principalmente de obtener la adjudicación de grandes obras públicas o contratos de suministros*³²⁹.

Coincidente con lo anterior, Carbajo Cascón refiere en el proceso de “globalización de la economía”, resulta más evidente la conexión entre la corrupción pública y privada, porque genera mayores posibilidades de que ocurran actividades corruptas, dado que las empresas poderosas luchan por tener beneficios en los países, tanto desarrollados como los que se encuentran en vías de desarrollo, para asegurar un puesto de ventaja en el comercio internacional, donde el soborno transnacional puede situarse, puesto que empresarios aprovecharían de sobornar a funcionarios públicos extranjeros que les puedan facilitar el ingreso de sus servicios o productos en otros países³³⁰.

En ese hilo de pensamiento, el delincuente económico que se encuentra en el alto sector empresarial de multinacionales, generalmente, forma parte de una estructura organizada para servirse de la corrupción funcional que está dispuesta a aceptar los sobornos y así éstos tomen las decisiones necesarias que favorecen el ciclo actividades corruptas, las cuales son a cambio de un precio, cuyo coste y beneficio ya fue analizado por el delincuente

³²⁹ Nieto, *“Corrupción en los negocios”*, en Derecho penal económico y de la empresa, 416.

³³⁰ Carbajo, *“Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”*, *Iustitia*, 325.

económico³³¹. De tal forma que, al mercado negro ingresan inmensas cantidades dinerarias en las cuales no existe control alguno, circulando a través de mercados no autorizados legalmente, afectando así el orden socioeconómico³³².

Además que la corrupción en los proyectos públicos de gran escala, resulta ser un obstáculo que preocupa para el desarrollo sostenible. Así, por ejemplo, la corrupción en las compras públicas que se da en los países desarrollados y en desarrollo, afecta a la población con el hecho de ocasionar construcciones de mala calidad, y da como resultado el despilfarro del dinero y el hundimiento económico de los países que la sufren³³³.

De modo que, esta delincuencia económica arraigada en el seno de las empresas, presenta en este tipo de supuestos un carácter de delincuencia organizada y transnacional, cruzando las fronteras de los países, y aparece con un rol principal en las corrupciones que preocupan, como es en la gran corrupción, lo que requiere una acción coordinada de los Estados, los cuales deben flexibilizar sus barreras fronterizas para unir esfuerzos al combate de este fenómeno.

Así, la Comunidad internacional ha unido sus esfuerzos por la lucha contra el combate de la corrupción manifestada en la criminalidad económica y transnacional ante esa expansión de la corrupción, para lo cual ha elaborado

³³¹ Terradillos, "Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política". En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 200.

³³² Acale, "El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada". En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 232.

³³³ El informe de TI incluye que la corrupción en la construcción se cobra vidas y lleva a los países en bancarota. Transparency International Secretariat, "¿Un mundo construido sobre sobornos"?, acceso el 10 de julio de 2020, <https://www.transparency.org>

instrumentos internacionales enfocadas en la prevención, identificación y sanción de este tipo de conductas, a ellas se referirán a continuación.

3.4.2 Aproximación a los instrumentos internacionales principales que fundamentan la criminalización del fenómeno de la corrupción a partir de su vinculación con la delincuencia económica, organizada y transnacional

Existen diversos tratados internacionales que buscan prevenir y sancionar la corrupción vinculada a la delincuencia económica, organizada y transnacional, y que, si bien en este apartado no corresponde desarrollar los instrumentos internacionales que buscan la prevención y sanción de la corrupción, pero es importante mencionar tres de ellas que dan paso a vislumbrar el flagelo de la corrupción en las transacciones internacionales y su carácter transnacional, incitando a los estados a tipificar como delito esta modalidad de cohecho.

En la primera línea se sitúa la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada en 1997³³⁴, la cual refleja la preocupación que genera el cohecho que irrumpe en las transacciones comerciales internacionales, al ser una conducta que *“socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales”*.

De tal manera que esta Convención se ocupa en lo relevante, a reconocer la existencia del cohecho activo en las transacciones internacionales; en este contexto, destaca la inclusión de cuestiones relevantes como son los sujetos que participan en este ciclo de corrupción, referidos no solo al particular como

³³⁴ Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-: 1997).

persona física, sino también, a la intervención de las personas jurídicas en las relaciones comerciales internacionales; igualmente se identifica al funcionario público extranjero que recibe esas altas dádivas.

Así también, en los considerandos de la citada Convención, se reconoce que todos los estados tienen la responsabilidad de enfrentar el cohecho en las transacciones comerciales internacionales y unir sus esfuerzos por medio de la cooperación multilateral, así como la supervisión y el seguimiento. Lo anterior permite colegir que la Comunidad internacional reconoce que para combatir aquellos delincuentes que participan en la corrupción a gran escala y a nivel internacional, se requiere de acciones en conjunto con los países que pudiesen verse afectados, dado que no se trata de una delincuencia común, sino aquella que está organizada, con ese carácter transnacional que se ha hecho referencia.

Coincidente con lo anterior, la segunda, es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000³³⁵, la cual, permitió –entre otras cosas- visualizar a las personas jurídicas como una de las personas que participan en la delincuencia organizada dentro del ciclo de la corrupción y que debe ser sancionada por los delitos de corrupción. Así también, insta a los estados que tipifiquen como delito el soborno a funcionario público extranjero o internacional.

Y finalmente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³³⁶, la cual, en su preámbulo visibiliza el flagelo de la corrupción vinculada con otros tipos de delincuencia, específicamente la delincuencia organizada y la delincuencia económica, afirma así, que *“la corrupción ha dejado de ser un*

³³⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2000), arts. 8-10.

³³⁶ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Mérida: Organización de las Naciones Unidas, 2003).

problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenir y luchar contra ella". Coincidente con ello, insta a los Estados Partes a criminalizar el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, es decir, el delito de soborno transnacional, situados en un ámbito específico, en relación a alguna transacción comercial o actividad comercial internacional.

Igualmente, esta Convención reconoce como delito en su art. 21, el "*Soborno en el sector privado*", donde se brinda un modelo de construcción típica, de aquellas conductas de soborno en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales. Si bien, en este delito no se sitúa como sujeto de destinación del soborno a un funcionario público sino a un ente del sector privado; se considera oportuno resaltar, que el Soborno en el sector privado refleja otro tipo de criminalidad que no se reconoce en la legislación penal salvadoreña.

Este tipo de soborno, persigue sancionar tanto la conducta activa como pasiva, es decir: *prometer, ofrecer o conceder, y solicitar o aceptar*; de forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o incluso si cumple una función en la misma, de un beneficio que no sea debido para su propio provecho o de tercera persona, con el propósito de faltar a sus obligaciones, ya sea para que actúe o se abstenga de actuar, ello en "*el curso de actividades económicas, financieras o comerciales*".

En ese hilo de ideas, se observa una de las figuras delictivas de mayor atención para la Comunidad Internacional, es la Corrupción en el ámbito transnacional, así como la Corrupción en el sector privado, Por otra parte, resulta oportuno resaltar que la CNUCC también brinda directrices sobre la política criminal dirigida para combatir la corrupción, entre ellas se promueven

que los estados parte reformen el derecho penal y procesal penal con el propósito de prevenir conductas de corrupción tanto de los funcionarios públicos como también de las personas particulares corruptoras; así también, que se implementen políticas que incluyan la participación de la población, la debida gestión de los asuntos y bienes públicos, así como la aplicación de los principios de integridad, independencia y de transparencia en las actuaciones, pero también, la obligación de rendir cuentas, tanto del sector público como del sector privado, todo ello orientado a prevenir la corrupción (arts. 5 y 6).

Asimismo, las estrategias de político criminal deben incluir que los funcionarios públicos sean independientes en el ejercicio de las actividades públicas, que éstos conserven la lealtad a la función estatal, lo que requiere también la concientización de conectarse con el servicio público. Y, por otra parte, en el sector privado se deben detectar los componentes que derivan en la instrumentalización de la Administración pública a través del soborno, a fin que se disminuyan o erradiquen.

Además, los estados parte deben tener una conducta proactiva, en el sentido de que deben darle seguimiento a los instrumentos jurídicos que establezcan, vigilando la efectividad de las medidas administrativas que se aplican en la lucha de la corrupción; aunado a ello, se requiere de la cooperación conjunta de todos los estados para prevenir, identificar combatir y sancionar la corrupción. Particularmente, en el art. 38 CNUCC, se señala que debe existir cooperación entre organismos nacionales, es decir, entre los organismos públicos y funcionarios públicos y aquellos que deben investigar y procesar delitos, para que se informe cuando existan razones para sospechar que se ha realizado algún delito de corrupción, que puede incluirse Soborno de funcionarios públicos nacionales y también al Soborno en el sector privado.

Ahora bien, ello requiere también que los organismos encargados de la investigación y judicialización de los delitos relacionados a la corrupción, gocen de independencia en el desempeño de sus funciones, lo que implica que no exista influencia externas; así también, el personal debe estar capacitado para poder desempeñar adecuadamente sus funciones.

De igual manera, los estados deben vigilar que se cumplan sus propias políticas dirigidas a combatir la corrupción, verificando si éstas son eficaces y eficientes en la lucha contra este fenómeno; todo ello está dirigido en que disminuya la superposición de los intereses privados en la corrupción gubernamental y naturalmente, en la búsqueda de prevenir la corrupción, con lo que se colige la importancia de que los estados parte estructuren una política criminal anticorrupción eficiente y eficaz.

3.4.3 Reconocimiento en el ámbito nacional, de la criminalización del fenómeno de la corrupción y su vinculación con la delincuencia económica, organizada y transnacional

El Salvador no está exento del interés que ha mostrado la Comunidad Internacional en la lucha de la corrupción como modalidad de la delincuencia económica y su vinculación con la delincuencia organizada y transnacional, por ello se tipifica la corrupción en el ámbito transnacional bajo una modalidad de cohecho activo, con el *nomen iuris* de “soborno transnacional”, regulado en el art. 335-A CP, el cual fue incorporado mediante reforma al CP en 2006³³⁷.

³³⁷ El art. 335-A CP se encuentra redactado de la siguiente forma: “*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 una transacción económica o comercial, será sancionado con prisión de dos a cuatro años*”. Decreto Legislativo n.º 914 de la República El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 2005), del 14 de diciembre de 2005.

El soborno transnacional castiga como conducta típica al particular que ofrece, promete u otorga a un funcionario de otro estado u organización internacional, ya sea de forma directa o indirecta, dinero u otra ventaja pecuniaria, o incluso favores para que el funcionario realice o no realice un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, el cual debe estar relacionado específicamente a una transacción económica o comercial, en el ámbito internacional.

Es así que, la criminalización de esta conducta es un claro ejemplo de que en El Salvador, preocupa el fenómeno de la corrupción transnacional. Los considerandos de la reforma citada, señala que El Salvador ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción “*en la cual se establecen algunas conductas delictivas que afectan la Administración Pública*”, así como la ratificación del Tratado de Libre de Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América, razones por las cuales, el legislador consideró necesario reformar el Código Penal.

No obstante lo anterior, debe decirse que los argumentos que expone el legislador salvadoreño que acentúan la reforma citada, son escasos y genéricos, y de ellos, parece conducir que, el soborno transnacional como figura delictiva, únicamente protege intereses relacionados a la Administración pública. Coincidente con ello, se debe tomar en cuenta que este tipo penal se encuentra incluido en el CP dentro del Título de los Delitos relativos a la Administración Pública, lo que indica su vinculación con la protección de los intereses de la Administración; pero que, merece cuestionarse su ubicación sistemática en el CP.

Además, es importante acotar que el interés que sustenta la criminalización de este tipo de cohecho, suele ser muy diverso por la doctrina; lo anterior se afirma así, en vista que para un sector doctrinal, como bien señala Acale, la ubicación del tipo penal en el CP, indica posiblemente el interés a proteger.

Acotado lo antes referido y trasladado al ámbito salvadoreño, puede apuntarse que el bien jurídico que se tutela en el soborno transnacional, se sitúa en el interior de una *“Administración pública extranjera o de una organización internacional...-que al sobornar al funcionario-, está poniendo en peligro el principio de imparcialidad con el que también en el seno de dicha organización ha de actuar”*³³⁸, pero que, pese a ello, para esta autora, le resulta discutible tal bien jurídico.

Por otra parte, otro sector doctrinal dirá que el soborno transnacional protege *“el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales, o en forma más específica, la “seguridad e igualdad jurídica para la sana competencia”*³³⁹, y así también, que se protege *“el orden socioeconómico, en concreto, la libertad y lealtad de la competencia en las relaciones económicas internacionales”*³⁴⁰, incluso se ha afirmado que es un delito pluriofensivo, donde se tutelan *“la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública como la competencia”*³⁴¹, siendo así que su existencia parte de la finalidad de sancionar el soborno a funcionarios en el marco de las relaciones económicas internacionales.

A lo antes relacionado se le puede acentuar, de acuerdo a la redacción del tipo penal de soborno transnacional del art. 335-A CP, del cual se puede concluir, que el sustento principal del elemento típico que justifica la criminalización de este tipo de cohecho activo, es el marco de las relaciones originadas en las

³³⁸ Acale, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 244.

³³⁹ Rodríguez y Artaza, “La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafío para el Derecho Penal”. En *Los delitos de corrupción: Perspectiva pública y privada*.

³⁴⁰ José Luis de la Cuesta Arzamendi e Isidro Blanco Cordero, “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones internacionales”, *Revista de ciencias penales*, vol. 4 (2002): 12, <https://www.ehu.eus>

³⁴¹ De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones internacionales”, *Revista de ciencias penales*, 12.

transacciones económicas o comerciales, y en el ámbito internacional, en vista que, el sujeto activo debe ofrecer u otorgar una dádiva, dinero u objeto con valor pecuniario u otras ventajas, a un funcionario público de otro estado u organización internacional, en relación a transacciones económicas.

Aunque debe decirse que aún hay mucho por hacer, en vista de la escasa aplicabilidad de este delito en El Salvador³⁴², lo que conlleva que deban reforzar a futuro las investigaciones en miras de descubrir a los perpetuadores de estas conductas y que ulteriormente sean procesados y sancionados, un aspecto al que debe referirse en el capítulo 4 de esta investigación.

Finalizado este apartado, corresponde referirse de forma sintética al caso español, en cuanto a la regulación jurídico penal actual que contiene la criminalización de diversas conductas de corrupción, vinculada con la delincuencia económica. Conocer la experiencia española coadyuvará a conocer la tipificación de otras figuras delictivas concernientes al fenómeno de la corrupción, así como las sanciones que establecen para las mismas, lo que pudiera ser retomado para análisis de futuras reformas en el CP de El Salvador, tomando en cuenta la influencia española a la legislación salvadoreña.

³⁴² En el período de 2014 al 2020, la Fiscalía General de la República de El Salvador –en adelante se denominará también FGR–, únicamente presentó 2 requerimientos fiscales ante los jueces de paz, por el delito de soborno transnacional del art. 335-A CP, cf. Oficial de Información de la Fiscalía General de la República, *Resolución de respuesta N° 50-UAIP-FGR-2019 del 12/III/2019* (El Salvador: Fiscalía General de la República, 2019) y Oficial de Información de la Fiscalía General de la República, *Resolución de respuesta N° 161-UAIP-FGR-2021 del 8/IV/2021* (El Salvador: Fiscalía General de la República, 2021).

3.5 Breve referencia a la experiencia española, en el abordaje jurídico penal al fenómeno de la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica

Entre los países de Iberoamérica, España se enmarca como uno de los ejemplos más representativos en cuanto a la lucha y punición de los actos de corrupción como modalidad de la criminalidad económica, cuyos avances son palpables en el contexto de su legislación penal. En ese sentido, el tratamiento jurídico penal español refleja la criminalización de diversas conductas de corrupción así como algunas conexas a ella, que se extienden no solo a la protección de intereses públicos sino también privados; por ello, tomando en cuenta la influencia española en la normativa penal de El Salvador y previo a dar inicio al capítulo 4 de esta investigación, es importante exponer brevemente, algunos de estos avances en este apartado.

Es así que, el Código penal español –que se referirá también como CPE– reconoce nuevas tipologías delictivas que sancionan actos de corrupción, así como la incorporación de otro sujeto activo del Derecho penal distinto a la persona física; lo anterior se afirma así, debido al reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica que participa en el ciclo de la corrupción, tanto su participación en la corrupción pública como en el sector privado, ello conforme al art. 31 bis y ss CPE³⁴³.

³⁴³ El art. 31.1 bis CPE establecen lo siguiente: “ 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está referida a las empresas del sector privado, es decir, que no se incluyen las instituciones públicas o gubernamentales³⁴⁴. Incluso, el legislador español establece la posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias que regula el art. 129 CPE a la empresa que carezca de personalidad jurídica, en casos que una persona física cometa el delito en el seno o con la colaboración o por medio de personas jurídicas.

Ahora bien, se debe aclarar que, en determinados supuestos se establece la corresponsabilidad penal de la empresa, ante el delito cometido por la persona física, donde se exige un hecho de conexión entre aquella y la persona jurídica, para que esta última pueda ser responsable penalmente, de acuerdo a los supuestos específicos que se estipula en el art. 31 bis núm. 1, letras a y b del CPE³⁴⁵.

³⁴⁴ Así lo refiere expresamente el art. 31 *quinquies* CPE: “1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”. Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), artículo 31 *quinquies* CPE.

³⁴⁵ Así se señala en el Código penal español en su artículo 427 bis: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

De tal manera que, la persona jurídica, conforme al art. 31 bis CPE, puede responder penalmente ante el hecho delictivo cometido por una persona física en su nombre, o bien, cuando la empresa privada lo haya realizado a su propia cuenta, sea en su beneficio directo o indirecto, persona física que sea su representante legal, o supuestos en que actúa de forma individual o como integrante de un órgano de la persona jurídica, pero estando autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o en atención a su cargo le corresponda la organización y control de la persona jurídica.

En tal sentido, debe destacarse que, excluyendo tales supuestos de conexión que exige la normativa citada donde se deba constatar delitos cometidos por la persona física realizados en nombre o por cuenta de la persona jurídica, la responsabilidad penal de dicho ente es de carácter individual y autónoma, esto tiene como repercusión que: para que sea sancionada la persona jurídica no depende de que se haya individualizado a una persona física ante el hecho cometido, así lo regula el art. 31 ter CPE³⁴⁶. Esto se sitúa con base en los programas de cumplimiento, donde las personas jurídicas deben participar activamente en la prevención de la corrupción por conductas de sus empleados, directivos, accionistas, entre otros.

Acotado lo antes relacionado, sin que se pretenda profundizar en la temática de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el CPE -dado que la casuística resulta compleja de explicar en la extensión de este trabajo y excede de las expectativas de esta investigación-, se considera oportuno señalar que el reconocimiento de dicha responsabilidad penal, permite que en algunos casos, las empresas mercantiles que sean responsables de realizar

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33". Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), artículo 427 bis CPE.

³⁴⁶ Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), artículo 31 ter CPE.

delitos de corrupción, se les aplique penas de multas que en ciertos supuestos, cuyo *quantum* de pena corresponde al quíntuple del beneficio ilícito que hayan obtenido o del que “*se hubiera podido obtener*”³⁴⁷.

Así también, la persona jurídica que haya sobornado a un funcionario público, puede conllevarle como sanción penal, la prohibición de contratar en el sector público³⁴⁸; con ello, sucintamente se ejemplifican supuestos de punición que regula la legislación española, en la lucha contra la corrupción que se origina en el sector privado vinculado en ocasiones con la corrupción funcional, como manifestación de la delincuencia económica.

Apuntado lo antes señalado, entre las figuras delictivas más representativas de la legislación penal española, en relación con la punición de la corrupción como modalidad de delincuencia económica, se hará referencia a aquellas que se encuentran mayormente vinculadas directa o indirectamente al objeto de esta investigación, siendo éstas: cohecho activo, corrupción privada, corrupción en las transacciones comerciales internacionales y la financiación ilegal a los partidos políticos.

³⁴⁷ Así por ejemplo, se señala en los casos que la persona jurídica sea responsable por la comisión de un delito de corrupción privada, dado que el art. 288.2 n.º 2º CPE señala: “*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:*

(...) 2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quater y 286 bis al 286 quater:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos”. Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), art. 288.2 n.º 2 CPE.

³⁴⁸ Así lo señalan los arts. 33.7.f) y 424.3 CPE, como se referirá más adelante.

3.5.1 Delito de cohecho activo

El delito de cohecho activo está regulado en el art. 424 CPE, cuya redacción en sus párrafos uno y dos, *a prima facie*, resulta similar a la legislación penal salvadoreña, dado que se castiga a la persona que ofrece o entrega una dádiva a un funcionario, para conseguir un acto que no le corresponde, se trata pues, de la compraventa de la función pública.

En tal sentido, las conductas típicas del art. 424 CPE deben ser realizadas por el sujeto activo que es una persona particular -lo que al parecer, excluye a los funcionarios públicos para responder como sujeto activo-³⁴⁹, consistentes en: ofrecer o entregar una dádiva o retribución de cualquier clase, a un funcionario o autoridad pública, o cualquier persona que participe en la actividad de la función pública, para realice o no un acto en el giro de sus funciones.

No obstante lo anterior, en el párrafo tercero del art. 424 CPE, se observa que el legislador español presta especial énfasis en sancionar los supuestos de soborno al funcionario público, que podrían vincularse a la delincuencia económica y trastocar así al orden socioeconómico, cuando se trate de contrataciones públicas o que el sujeto interviniente sea una persona jurídica.

En efecto, el art. 424.3 CPE señala lo siguiente: “3. *Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para*

³⁴⁹ Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 59.

gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años”.

Con lo anterior, se acentúa que la persona que resulta culpable de realizar el cohecho activo, le será impuesta la prohibición de contratar en el sector público, ello siempre que el soborno o dádiva se haya dado en el contexto que prevé tal precepto, es decir, *en un procedimiento de contratación, subvenciones o subastas convocadas por el sector público*. Además, se debe mencionar que el cohecho activo es uno de los delitos que puede cometer la persona jurídica, a quién se le reconoce responsabilidad penal en la legislación penal española; siendo así que, la prohibición de contratar en el sector público, es una de las penas que se le puede imponer a la persona jurídica, conforme al art. 33.7.f CPE.

En tal sentido, se observa que en estos supuestos delictivos, donde se aplique esta sanción que se establece en el tipo penal de cohecho activo, se evitaría que una persona jurídica que ha sobornado a un funcionario público, pueda participar a futuro en procesos de contratación con el Estado, lo que evitaría que continúe participando en el ciclo de corrupción pública; enmarcada así, la persona jurídica como delincuente económico, quien, por tal antecedente, tendría la prohibición para contratar con entes del sector público, rompiéndose con el ciclo de la compraventa de la función pública, en casos de corrupción como manifestación de la delincuencia económica.

Es así que, el cohecho activo que regula el CPE se enmarca en estos casos específicos, como una modalidad de la delincuencia económica, dado la descripción típica particular, cuando la acción que se pretende el funcionario, recae en una contratación en el sector público, con el énfasis sancionatorio que le merece a los delincuentes económicos que pretenden beneficiar a las

empresas en cuyo nombre actúan y a su beneficio, a través de la instrumentalización de la Administración pública.

A pesar de lo anterior, Serrano Romo es de la opinión que la prohibición de adquirir contratos con la Administración pública es muy severa y conlleva grandes consecuencias económicas para las empresas vinculadas con el cohecho, dado que ello implica una *“severidad pecuniaria...puede incluso llegar a hacer desaparecer a la persona jurídica por ejemplo por insolvencia, y sin perjuicio que las repercusiones mediáticas del mercado pueden acarrear en su contra...”*³⁵⁰.

A la postura anterior, se opone Terradillos Basoco, quien señala que el particular que soborna al funcionario *“debe ser separado del ejercicio de la actividad económica que hizo posible su contacto con la Administración Pública. La inhabilitación profesional del particular debe ir acompañada de otras penas privativas de derechos que refuercen los resultados preventivos esperados, como prohibición de contratar con el sector público...”*³⁵¹.

Igualmente, Peter Eigen, ex presidente de Transparencia Internacional, en el Informe Global de la Corrupción de 2005, se plantea que los gobiernos deben de forma activa, implementar mecanismos que permitan la transparencia en las compras públicas, aplicando de manera efectiva procesos contra la corrupción en todos los proyectos; ello supone, medidas contra las empresas en caso que estas sean descubiertas pagando sobornos, a lo que se propone

³⁵⁰ Serrano, “Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de Derecho comparado”, 294.

³⁵¹ Terradillos, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 203.

la cancelación del contrato y enlistar a la empresa en una lista negra que le impida participar en licitaciones ulteriores³⁵².

Con base en ese hilo de ideas, se considera que, lo señalado por el primer autor antes citado, parece un criterio proteccionista a la persona jurídica que no visibiliza su protagonismo como delinciente económico y las repercusiones de la corrupción pública y el trastoque al orden socioeconómico con tales acciones, y además se pierde de vista los fines de prevención especial de la pena para la persona jurídica; por tanto, tal criterio no se comparte.

Así también, se considera que no debe obviarse que la persona jurídica habría participado en la compraventa de la función pública, cuestión que evidencia no solo el incumplimiento de los deberes éticos de la empresa, sino también, la presencia de una cultura desviada que facilita la comisión de delitos, instrumentalizando a la Administración pública, de la que se sirve para verse beneficiada frente a otras empresas que no acuden al soborno. Por lo cual, es factible decantarse por el criterio de la segunda postura, adoptada por Terradillos Basoco, que resulta más atinada en vista no solo desde el punto de vista sancionatorio, sino también a los efectos de prevención disuasivos que pudiera tener para el delinciente económico que intente optar al soborno.

Por otra parte, se considera importante que en El Salvador se estudie la posibilidad de incorporar este tipo de sanción penal, consistente en prohibírsele al empresario o a la empresa el no participar en futuras licitaciones públicas o en contrataciones con el Estado, a través de una reforma en la legislación penal salvadoreña, estableciéndose en principio, tales sanciones como penas principales o accesorias, o como consecuencias accesorias a la persona jurídica. Empero, previo a lo anterior, es necesario que se desarrolle

³⁵² Transparency International Secretariat, “¿Un mundo construido sobre sobornos?”, acceso el 10 de julio de 2020, <https://www.transparency.org>

en la normativa penal, las condiciones que desarrollen sistemas de sanciones penales por la comisión del hecho delictivo atribuido a una persona jurídica, a los efectos que describe el art. 80 del CPP³⁵³.

Si bien, se advierten avances en este tópico, en vista de que se cuenta con un proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por la Comisión de Delitos, que se encuentra en evaluación por la Secretaría de Gestión Legal de la Presidencia de la República³⁵⁴, aún no se encuentra en vigencia la misma. Por tanto, la legislación penal salvadoreña vigente en la actualidad, no establece un sistema de sanciones penales para la persona jurídica, y no se cuenta con la normativa adecuada para su represión, lo que constituye una restricción legal para sancionar penalmente a las personas jurídicas por el delito de cohecho activo que cometan.

Asimismo, vinculado a lo anterior, sería conveniente considerar si resulta factible incorporar al art. 46 CP como penas accesorias para las personas físicas que hayan actuado en nombre o representación de la persona jurídica, referidos a los empresarios, directivos o administradores, a fin que queden inhabilitados para participar en procesos de contrataciones o subvenciones con el sector público. Todo lo anterior implica hacer un estudio previo de compatibilidad entre los dos sistemas: español y salvadoreño, para verificar su conveniencia de implementarse en el país, lo que merece ser retomado en futuras investigaciones.

Para finalizar, el art. 424.3 CPE establece la prohibición para contratar a la persona física que realice el cohecho activo, que podría tratarse de un directivo

³⁵³ Código Procesal Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), art. 80.3.

³⁵⁴ González Benítez, *La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador. El caso de España, como parámetro de referencia*, tesis de maestría en Derecho Penal, 57-58.

o administrador de la persona jurídica, pero que, existe el inconveniente de que esta sanción penal, tal como refiere Valeije Álvarez, no forma parte del catálogo de penas que puede corresponder a las personas físicas, conforme al art. 33 CPE. Por ello la doctrina considera que, esta prohibición de contratar y la pérdida de obtener subvenciones y ayudas públicas así como del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social, suponen sustancialmente, “medidas penales destinadas a entes colectivos y no a personas físicas”³⁵⁵.

No debe omitirse mencionar, que la persona que realiza el cohecho activo merece como exención de la responsabilidad penal del particular³⁵⁶, cuando de forma ocasional, haya participado accediendo a la solicitud de la dádiva del funcionario, siempre que lo denuncie antes que inicie el procedimiento y no haya transcurrido más de dos meses desde el día que acontecieron los hechos, que sustancialmente supone, una excusa absoluta.

Lo anterior pudiera ser criticable, dado que pareciera que al legislador español le interesa mayormente sancionar las conductas de cohecho en las que activamente se realicen por el funcionario, perdiéndose de vista los casos en que el particular que haya accedido a la solicitud del funcionario, se trate de un empresario que actuaba para beneficiar a una persona jurídica, donde también pudiese estar en riesgo, el orden socioeconómico.

³⁵⁵ Inma Valeije Álvarez, “Antinomias normativas en el sistema de doble vía para la imposición de consecuencias penales a entes colectivos tras la LO 5/2010: La prohibición de contratar en el sector público como punto de referencia. En *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: Propuestas desde el Derecho penal y el Derecho constitucional*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), acceso el 12 de enero de 2021, <http://www.tirantonline.com>

³⁵⁶ A ello hace referencia el art. 426 CPE: “Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos”. Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), art. 426 CPE.

Igualmente, se considera valioso apuntar que, a pesar de que en este apartado se hace referencia a la legislación española, se advierte en el ámbito latinoamericano, que el Código penal de Perú establece una construcción típica de un especie de cohecho vinculado con la delincuencia económica, se trata del delito regulado en el art. 241.1 denominado “Fraude en remates, licitaciones y concursos públicos”³⁵⁷, el cual castiga a la persona que realice como conducta típica, el solicitar o aceptar dádivas o promesas “*para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios*”, en el que se establece como sanción para el empresario pena de prisión o multa, y además, se impone al empresario o a la empresa “*la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un período no menor de tres ni mayor de cinco años*”.

Como se observa, la legislación peruana hace referencia desde la conducta típica al soborno solicitado, aceptado o prometido en el sector privado, donde la dádiva no se dirige a un funcionario público, sino a una persona vinculada al quehacer mercantil, pero que pretende con ello obtener una ventaja económica para omitir el participar en un proceso de contratación pública, visualizándose otros escenarios de corrupción como manifestación de la

³⁵⁷ El art. 241 del Código Penal de Perú señala lo siguiente: “*Fraude en remates, licitaciones y concursos públicos. Artículo 241.- Serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesentaicinco días multa quienes practiquen las siguientes acciones:*

1. *Solicitan o aceptan dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios.*

2. *Intentan alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio.*

3. (*) *Numeral derogado por el inciso b) de la Segunda Disposición Complementaria y Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1034, publicado el 25 de junio de 2008.*

Si se tratare de concurso público de precios o de licitación pública, se impondrá además al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un período no menor de tres ni mayor de cinco años” Código Penal de Perú (Perú: Congreso de la República, 1991), art. 241 del Código Penal de Perú.

delincuencia económica, y que se consideran sanciones que pretenden evitar la continuidad de la corrupción en estos supuestos.

3.5.2 Delito de corrupción privada o de corrupción en los negocios.

Entre las principales figuras delictivas contra el fenómeno de la corrupción como modalidad o manifestación de la delincuencia económica, destacan los esfuerzos del legislador español en criminalizar la corrupción en el ámbito privado, el cual, se aleja de los intereses gubernamentales. De esa forma, en el Título XIII, Capítulo XI, específicamente en la sección 4ª del CPE, se sitúa el epígrafe: “*Delitos de corrupción en los negocios*”, en el que figura lo que la doctrina denomina “*cohecho privado o entre particulares*”³⁵⁸, reconocida en su art. 286 bis CPE.

En esta disposición penal –art. 286 bis CPE-, se reconocen las conductas típicas comúnmente similares en su descripción a las de cohecho, bajo las modalidades pasiva y activa en el ámbito privado, cuya última transformación se dio con la reforma al CPE mediante Ley 1/2015 de 30 de marzo³⁵⁹,

³⁵⁸ Dulce Santana Vega, “art. 286 bis”. En *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), acceso el 11 de noviembre de 2020, <http://www.tirantonline.com>

³⁵⁹ El art. 286 bis CPE establece en su descripción típica lo siguiente: “1. *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 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 triple del valor del beneficio o ventaja.*

2. *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.*

conductas de las cuales pueden responder tanto las personas físicas como las personas jurídicas que cometan la corrupción privada, como lo indica el art. 288.2 CPE.

Debe decirse que la génesis de la corrupción privada como delito en España, se situó mediante la reforma al CPE en 2010, que incorpora en el art. 286 bis, los supuestos de “*los pagos de corrupción en las relaciones comerciales*”³⁶⁰, cuya rubrica inicial se denominó “*Corrupción entre particulares*”, a fin de tipificar los pagos de dádivas o sobornos que pretenden conseguir ventajas competitivas³⁶¹. Así, surge la corrupción privada en la legislación penal española, cuya finalidad era contrarrestar acciones reprochables como “*el cobro de comisiones ocultas*”, cuestión que era habitual en el sector de los negocios³⁶².

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297”. Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), art. 286 bis CPE

³⁶⁰ Carlona Bolea Bardon, “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”. En *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, (Madrid: Dykinson, S. L., 2016), acceso el 5 de febrero de 2021, <http://www.tirantonline.com>

³⁶¹ Ana María Gil Antón, “Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código penal”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 6 (2015): 76.

³⁶² Bolea, “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”. En *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*.

Ahora bien, como se dijo *supra*, este delito de corrupción privada bajo el epígrafe de los “Delitos de corrupción en los negocios”, establece como acción típica, conductas que son sustancialmente de cohecho en sus diversas modalidades³⁶³, tanto activo como pasivo. De esa forma, en su primer párrafo se describe la modalidad pasiva, que identifica al sujeto activo con calidades específicas de: directivo, administrador e incluso un empleado o colaborador de una empresa mercantil que “reciba, solicite o acepte” un beneficio o ventaja no justificado, u “ofrecimiento o promesa” de obtenerlo, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Seguidamente en el párrafo segundo del art. 286 bis CPE, se describe la modalidad activa del cohecho en el ámbito privado antes relacionado, que castiga al particular que realiza cualquiera de las siguientes conductas: prometer, ofrecer o conceder a los directivos, administradores o empleados de una empresa mercantil, dicho beneficio no justificado, para obtener del mismo, ese favorecimiento indebido a él o a un tercero, frente a otras personas en cuanto a la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Lo relevante de esta disposición penal del art. 285 bis CPE, que contempla la corrupción privada, es que se reconoce en el sector privado, la existencia de conductas de soborno materializadas en el mercado con “*finis concurrentiales*”, dado que se vincula la corrupción privada con el mercado, criminalizándose en vista del “*impacto negativo que comportamientos corruptos en el sector privado tienen sobre la libre y leal competencia en el mercado, hasta el punto de poder alterar las reglas de buen funcionamiento*”

³⁶³ Patricia Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, *Estudios penales y criminológicos*, n.º 23 (2001-2002): 96, acceso el 10 de marzo de 2021, <http://hdl.handle.net/10347/4092>

*del mismo basadas en el concepto de competencia por eficacia... y que son susceptibles de afectar a todos los grupos de intereses concurrentes en el mercado, esto es, los intereses de competidores, de trabajadores, de acreedores, de consumidores, de inversores e incluso el propio interés general en el correcto funcionamiento del mercado*³⁶⁴.

Es así que, el legislador español pretende evitar que las personas que figuran como sujeto activo, no sobornen ni se dejen sobornar por un tercero, para firmar o no, por ejemplo, un contrato, dado que de ello podría derivar un perjuicio para los competidores que no hacen uso del soborno, en vista que éstos no accederían al contrato en igualdad frente a aquellos que dan esa dádiva, y en forma paralela, este tipo de acciones pueden afectar a los consumidores, y hasta el “*funcionamiento eficiente del mercado*”³⁶⁵.

En tal sentido, el legislador español reconoce como delito conductas que constituyen corrupción en el ámbito del sector empresarial, de las cuales pueden conllevar que se trastoque el orden socioeconómico, la libre competencia, el funcionamiento del mercado, entre otros; se presentan así, sujetos vinculados a empresas mercantiles que acuden al soborno para obtener beneficios ilícitos. La corrupción privada o corrupción entre particulares no está regulada como delito en El Salvador, empero ello ya ha sido retomado en otra investigación³⁶⁶.

Asimismo, no debe obviarse que el legislador español castiga con especial énfasis como corrupción privada en el ámbito específico de los deportes, en

³⁶⁴ Carbajo, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, 303.

³⁶⁵ *Ibíd.*, 304

³⁶⁶ Cf. José Luis Canizalez Ortiz, *Consideraciones político criminales sobre la corrupción en el sector privado de El Salvador*, tesis de maestría en Derecho Penal Económico (San Salvador: Universidad de El Salvador, 2020).

los arts. 286.4 *bis* y 286 *quater* CPE, en el que se introduce el delito de corrupción deportiva. En ella se castiga como modalidad especial de cohecho, en los casos de directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, y también incluye a: deportistas, árbitros o jueces, cuando la finalidad sea alterar o predeterminar el resultado de una prueba, competición o encuentro deportivo “*de especial relevancia económica o deportiva*”³⁶⁷.

De esa forma, la protección de esta modalidad de cohecho entre particulares, se extiende a “*la competencia leal y justa en el ámbito de los negocios privados como medio para preservar las reglas del buen funcionamiento del mercado, así como la competitividad justa y honesta en las competiciones deportivas profesionales*”³⁶⁸. Asimismo, la doctrina ha considerado la corrupción deportiva, como una especie del modelo genérico de la Corrupción privada, que pretende así, castigar los supuestos en que media pago de dádivas o soborno, en el que se consiguen ventajas que no le corresponden en las relaciones económicas, particularmente situando su objeto de protección, “*en los intereses económicos derivados del “hecho deportivo*”³⁶⁹.

Con lo que se observa, la importancia que tiene para el legislador español, criminalizar de forma específica y diferenciada, la corrupción privada en el ámbito del deporte, en la que, se visualiza también, conductas de corrupción

³⁶⁷ El art. 286.4 *bis in fine* CPE, señala el contenido de la especial relevancia económica o deportiva que exige, de la manera siguiente: “*A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate*”.

³⁶⁸ Santana, “art. 286 *bis*”. En *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015*.

³⁶⁹ Javier Sánchez Bernal, “Los delitos de corrupción en el deporte en España, Portugal y Brasil: Similitudes y diferencias”, *Revista de estudios brasileños*, vol. 6, n.º 12, (2019): 18 y 19, <https://revistas.usal.es/index.php/2386-4540/article/view/reb20196121325/20512>

que pueden situarse como modalidad de delincuencia económica, propia del ámbito del deportivo.

3.5.3 La corrupción en las transacciones comerciales internacionales

El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales se encuentra regulado en el art. 286 *ter* CPE³⁷⁰, el cual tuvo una sustancial modificación, ya que, previo a su última reforma del 30 de marzo a la Ley Orgánica 1/2015, se ubicaba bajo los Delitos contra la Administración pública; trasladado ahora al Cap. XI del Tít. XIII de los Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

Partiendo de lo anterior, debe decirse que dicha ubicación sistemática que el legislador español le ha dado al tipo penal de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, y además, situándola justo después del delito de Corrupción privada, permite denotar el interés que tiene en que el ámbito de protección de la norma se sitúe en el orden socioeconómico. Igualmente, al leer su descripción típica, constituye una

³⁷⁰ El art. 286 *ter* CPE prescribe lo siguiente: “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427” Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), art. 286 *ter* CPE.

modalidad de cohecho activo, el cual se aleja del interés de proteger la Administración pública.

Es así que en el art. 286 *ter* CPE se castiga a la persona que realiza la conducta activa o pasiva del cohecho activo, la modalidad activa a través de las acciones “ofrecer, prometer o conceder” cualquier tipo de ventaja o beneficio indebido, pecuniario o de cualquier tipo, corrompa o intente hacerlo, a una autoridad o funcionario público –sin que se señale que deba ser extranjero-, y la modalidad pasiva cuando los supuestos anteriores se sitúan cuando la persona atiende la solicitud del funcionario. Todo lo anterior, debe ser con un propósito específico, que el funcionario actúe o se abstenga de hacerlo, en razón con el ejercicio de su función pública, aunque no tenga competencia directa en la toma de la decisión corrupta³⁷¹, para obtener o conservar: *“un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales”*.

Como se observa, la conducta típica es similar a la del cohecho activo, pero un tanto distinta al soborno transnacional regulado en El Salvador en el art. 335-A CP, dado que el art. 286 *ter* CPE castiga el soborno que es dirigido a un funcionario, sin que se exija que deba ser de otro Estado, es decir, sin que se requiera que sea un funcionario extranjero.

Por ello, la doctrina considera que este delito puede calificarse como una modalidad de cohecho activo, la cual se aplicará de forma preferente respecto del precepto general que está regulado en el art. 424 CPE, dado que la

³⁷¹ “En este sentido, es casi unánime la opinión que la fórmula «en el ejercicio de su cargo» implica que el funcionario instrumentaliza las facultades jurídicas o de facto que se derivan de la situación jurídica de la que es titular, por lo que será típica la adopción de una decisión que si bien no tiene competencia directa si resulta facilitada por su pertenencia al servicio u organismo que tenga potestad para ello”. Valeije, “Cohecho (arts. 419 y ss.)”. En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*.

corrupción en las transacciones comerciales internacionales es una modalidad de cohecho activo que parte específicamente del objeto que persigue, que es la obtención de ventajas que no le corresponden al sujeto activo, situado en el ámbito de las actividades económicas internacionales³⁷².

En consecuencia, el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, no se protege ninguna Administración propiamente³⁷³, sino que persigue “*garantizar que la competencia internacional en las actividades comerciales y financieras trasfronterizas responda a las reglas del libre mercado*”³⁷⁴; es así que el bien jurídico tutelado se limita claramente a los del orden socioeconómico, alejado de los intereses de las Administraciones públicas, sean del estado que sean, puesto que lo que se castiga es la corrupción en el contexto de actividades económicas internacionales, dejando de manifiesto que tal delito de corrupción se considera como manifestación de la delincuencia económica.

3.5.4 La financiación ilegal de los partidos políticos

Por último, como breve mención a citarse en este apartado, es la incorporación al Código penal español, mediante la reforma 1/2015, el delito la financiación ilegal de partidos políticos regulado a partir del art. 304 bis CPE³⁷⁵, bajo el Título XIII BIS “*De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos*”.

³⁷² Carlos Martínez Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 6º ed. (Valencia: Tirant lo Blanch: 2019), 433.

³⁷³ “*La finalidad económica caracteriza al delito desde el punto de vista de los contenidos, vinculándolo a la tutela de las condiciones de libre competencia en el ámbito internacional, al tiempo que establece una clara distancia respecto de los delitos contra la Administración Pública*”. Valeije, “Cohecho (arts. 419 y ss.)”. En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*.

³⁷⁴ *Ibíd.*

³⁷⁵ La conducta que se criminaliza en los Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos, consiste en modalidades pasivas y activas: en recibir o entregar donaciones o aportaciones destinadas a un partido político u otros similares, de las que pueden también resultar responsables las personas jurídicas. Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995), artículos 304 bis y 304 ter CPE.

Este tipo penal -pese a las críticas por la doctrina ante la construcción de este delito al remitir las conductas a normas extrapenales (leyes penales en blanco)-³⁷⁶, castiga las conductas pasivas o activas relacionadas a: “recibir” o bien, “entregar” en concepto de donación o aportación, destinadas a un partido político, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, con infracción a la ley sobre financiación de los partidos políticos, pero también una persona jurídica puede verse involucrada en tales hechos, la que también será responsable penalmente.

No se debe perder de vista que los partidos políticos constituyen organizaciones del sector privado, cuyas funciones tienen grandes implicaciones públicas, puesto que muchos de sus integrantes acceden a cargos públicos, cuyas actuaciones se pueden trasladar en resoluciones de distintos tipos, como puede ser la creación o reforma de leyes, actos administrativos, entre otros que obedezcan a las directrices adoptadas por el partido político al que pertenecen, por ello, tal como lo apunta Terradillos Basoco, “*los casos de corrupción pública –en muchas ocasiones- reflejan decisiones de las cúpulas partidarias*”³⁷⁷, y por ello puede vislumbrarse que, en tales supuestos la corrupción pública se conecta con el sector privado a través de los partidos políticos.

³⁷⁶ “En la línea abierta en 2012, a sabiendas de la implicación de los partidos políticos en la corrupción, la LO 1/2015 ha incluido un nuevo Título XIII bis, rubricado “de los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”. Se trata de figuras delictivas definidas en la forma de leyes penales en blanco en las que se llevan a cabo constantes remisiones a la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos: se persigue el castigo de la recepción de donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores contraviniendo lo dispuesto en aquella (art. 304 bis). Por su parte el art. 304 ter castiga al “que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores”, al margen de lo establecido en la Ley de partidos políticos”. Acale, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 243.

³⁷⁷ Terradillos, “Corrupción, globalización y derecho penal económico”, *Derecho PUCP*, 14.

Con la criminalización de estas conductas, parece que el legislador español lo que pretende evitar es la formación o mantenimiento de lazos espurios entre empresarios y potenciales funcionarios que pudieran ser nombrados o elegidos luego de que hayan integrado a tales partidos políticos. Apuntado ello, se advierte que dicho delito no se regula en El Salvador, sin embargo, se recomienda retomarlo en futuras investigaciones y analizar desde el punto de vista político criminal, su conveniencia o no, de incorporarse en la normativa penal salvadoreña.

CAPÍTULO 4

LIMITACIONES A LA REGULACIÓN JURÍDICA SALVADOREÑA PARA SANCIONAR PENALMENTE EL COHECHO ACTIVO COMO MANIFESTACIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

Sumario: **4.1** Aproximación al cohecho activo como delito de corrupción, como manifestación de la delincuencia económica. **4.2** Marco jurídico a nivel internacional para combatir el cohecho activo. **4.3** Límites normativos a la regulación jurídico penal salvadoreña para combatir el cohecho activo, como modalidad de delincuencia económica. **4.4** Límites normativos extra penales a nivel nacional para combatir el cohecho activo, como modalidad de delincuencia económica. **4.5** Reflejo en los tribunales salvadoreños respecto a la aplicación práctica del cohecho activo como manifestación de la delincuencia económica.

Introducción y propósito

Este capítulo se desarrolla con el propósito de establecer el delito de cohecho activo como manifestación de la delincuencia económica y señalar sus limitaciones legales en materia penal y extra penal para prevenir y sancionar de forma adecuada este fenómeno. Para ello, también se expondrá el estado actual de la regulación jurídico penal internacional vinculante en materia del delito de cohecho activo como modalidad de delincuencia económica; así como el reflejo que tiene en la legislación nacional en el ámbito penal y extrapenal salvadoreña, y las limitaciones legales que se presentan para combatir este flagelo.

Posteriormente se hará referencia a la aplicación práctica que ha tenido la judicialización de delitos de cohecho en El Salvador, y el análisis de sentencias emitidas por los tribunales penales del país que hayan abordado directa o indirectamente conductas de cohecho activo como modalidad de la criminalidad económica. Finalmente, se concluirá en cada apartado, cuando corresponda, enfatizar las limitaciones que tiene la regulación jurídica actual para prevenir y sancionar adecuadamente el cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica.

4.1 Aproximación al cohecho activo como delito de corrupción, como manifestación de la delincuencia económica

En capítulos anteriores de esta investigación se dijo que el cohecho activo se ha fundamentado tradicionalmente como un delito de corrupción pública, siendo que, la figura delictiva principal que mejor describe el fenómeno de la corrupción y que se vincula con su esencia, es justamente el cohecho³⁷⁸.

A ello se le adiciona, que esta línea argumentativa se ve reflejada y justificada en la normativa penal salvadoreña, en vista que el cohecho activo se encuentra ubicado en el Código penal dentro del Título XVI denominado “Delitos relativos a la Administración pública”, lo que muestra su vinculación con los delitos relativos a la corrupción. Asimismo, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador -en adelante se referirá como Sala de lo Penal o SP-, en sus criterios jurisprudenciales, avala esta concepción tradicional del cohecho activo como delito de corrupción pública³⁷⁹.

³⁷⁸ Véase: De la Mata, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”: 87.

³⁷⁹ De esa forma, la Sala de lo Penal refiere en sus criterios jurisprudenciales, que “*siendo, que el Cohecho Activo, incluido dentro del apartado de los Delitos cometidos por Particulares, establece claramente como sujeto pasivo a la propia Administración Pública, donde un sujeto*

Apuntado lo anterior, también se acotó *supra*, que el ciclo de la corrupción en muchas ocasiones surge como manifestación de la delincuencia económica, derivado de ello, es palpable la existencia de una relación, de un vínculo bilateral entre dos personas; donde es necesaria la conducta contra ley que realiza el funcionario público, la cual, es provechosa para el particular corruptor (quién muchas veces es un directivo o administrador que actúa en el marco de una persona jurídica).

Igualmente, en esta relación fraudulenta, la dádiva o ventaja indebida, con la cual, el particular incentiva o premia la conducta del funcionario, resulta de beneficio para dicho funcionario corrupto³⁸⁰. De tal vínculo con móviles espurios entre el funcionario y el particular que actúa al amparo de una empresa, se sitúa la corrupción como manifestación de la delincuencia económica.

Ahora bien, este particular que ofrece o entrega esa dádiva al funcionario en el ciclo del fenómeno de la corrupción, al trasladarse al lenguaje jurídico penal salvadoreño, constituye la figura delictiva del cohecho activo del art. 335 CP, o también llamado, “cohecho de particular”; este delito, en principio se identifica con la esencia misma de la corrupción, cuyo interés -dicho en palabras de la Sala de lo Penal-, se sitúa en: “*entorpecer la eficacia en la actuación de la Administración*”³⁸¹.

particular -incluso un sujeto público que no esté ejerciendo sus funciones-, persigue corromper al servidor del Estado (Funcionario o Empleado Público) con el fin de entorpecer la eficacia en la actuación de la Administración”. Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, Referencia: 142C2012 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

³⁸⁰ Para ello, se citan en palabras simples, lo afirmado por Terradillos Basoco: “...*Es esta relación la que da sentido, en política criminal, a la tipificación autónoma de la corrupción entre particulares y, en Criminología, al estudio de la corrupción como una modalidad más de la delincuencia económica organizada*”. Terradillos, “Corrupción política: Consideraciones político-criminales”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2.

³⁸¹ De esa forma, la Sala de lo Penal refiere en sus criterios jurisprudenciales, que “*siendo, que el Cohecho Activo, incluido dentro del apartado de los Delitos cometidos por Particulares,*

Sin embargo, puede suceder que el particular sea un empresario que actúe al amparo de una persona jurídica, realizando la conducta típica del cohecho activo, valiéndose del soborno al funcionario público para lograr que éste adopte una decisión o acto ilícito, inherente a sus funciones públicas, que le supondrá al particular una ventaja indebida de naturaleza económica en un contexto situado en un ámbito específico que aquí se acuña: en las *actividades económicas nacionales*.

Cuando se hace referencia a las actividades económicas nacionales, o bien, transacciones económicas o comerciales en el ámbito nacional, pueden situarse supuestos por ejemplo, de ventajas indebidas en el sector de los negocios, los cuales, se encuentren conectados, *ad exemplum*, con procesos de contratación pública, permisos regulatorios, aduanas, impuestos, u otros similares³⁸². No debe soslayarse que en los procesos de contratación pública, pueden situarse estos escenarios de corrupción, cuando, a pesar que el art. 234.1 de la Constitución³⁸³, establece que el Estado puede celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles, éstos pudieran originarse mediando la compraventa espuria de la Administración pública.

Así, se observa que el pago de sobornos a funcionarios, en ocasiones se utiliza por empresarios como estrategia comercial ilícita para introducirse a nuevos mercados, a fin de obtener cualquier tipo de ventaja en las relaciones con la

establece claramente como sujeto pasivo a la propia Administración Pública, donde un sujeto particular -incluso un sujeto público que no esté ejerciendo sus funciones-, persigue corromper al servidor del Estado (Funcionario o Empleado Público) con el fin de entorpecer la eficacia en la actuación de la Administración". Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, Referencia: 142C2012 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

³⁸² Henao y Castro, *Compliance: Prevención de la corrupción pública y privada*.

³⁸³ "Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública excepto en los casos determinados por la ley". Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983), art. 234.1.

Administración pública³⁸⁴. Por tanto, en estos contextos, el cohecho activo no solo supone la afectación a la Administración, sino también se “*altera la competencia y daña a los inversores...porque cuando una empresa consigue un contrato gracias a un soborno realiza un comportamiento de competencia desleal en relación al resto de competidores*”³⁸⁵.

En ese sentido, el objeto de protección del cohecho activo puede situarse en estos escenarios, más allá de los intereses relacionados a la Administración pública, y acercándose a intereses del sector privado, donde se puede trastocar el orden socioeconómico; y junto a éste, se suma la tutela de las condiciones de la libre competencia en el ámbito nacional³⁸⁶, alejándose de los delitos contra la Administración³⁸⁷.

Por tanto, en tales ámbitos, el cohecho activo puede constituir una modalidad más de la delincuencia económica, surgiendo en el sector privado, donde sus protagonistas privados se sirven de la corrupción funcional para conseguir sus ventajas ilícitas; cuyo elemento importante en el cohecho activo, desde esta perspectiva, se justifica en el marco de las relaciones económicas nacionales.

Así, se plantea la irrupción fáctica de un cohecho activo que no se refleja de forma particular en el Código penal salvadoreño, puesto que, como distintivo, se presenta el particular que realiza conductas de ofrecimientos, promesas o entregas de dádivas al funcionario público, con el fin de conseguir o mantener,

³⁸⁴ Nieto, “*Corrupción en los negocios*”, en Derecho penal económico y de la empresa, 418.

³⁸⁵ Nieto, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de defense sociale. Pour une politique criminelle humaniste*, 63.

³⁸⁶ Ejemplo de ello, casos en que la Administración otorga la construcción de una carretera, escuela u hospital a la empresa que ha sobornado, lo que supone que deja fuera otras ofertas que podrían ser mejores técnicamente que a la que se le otorga.

³⁸⁷ Valeije, “Cohecho (arts. 419 y ss.)”. En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*.

ad exemplum, un contrato en el sector público, un negocio o cualquier tipo de ventaja competitiva en la realización de actividades económicas nacionales.

Con base en ese hilo de ideas, la corrupción situada como una modalidad más de la delincuencia económica se configura como el género en este raigambre de criminalidad; mientras que la figura delictiva del cohecho, es una especie que concreta la corrupción en esta modalidad, y que situada en esa relación sinalagmática antes descrita, resulta factible concluir, que particularmente el cohecho activo en estos contextos fácticos, constituye a la vez, *una manifestación de la criminalidad económica*.

A pesar de lo antes acotado, debe colegirse que la conducta criminal del cohecho activo utilizado en las relaciones económicas nacionales, que se entiende en este apartado como otra modalidad de cohecho activo, no se visibiliza tal caracterización en la actual regulación jurídica penal del art. 335 CP.

Ello se afirma así, porque el diseño o configuración típica actual del cohecho activo, no tiene esa orientación desde el punto de vista económico, en los supuestos donde el particular empresario –que actúa al amparo de una persona jurídica-, pretende alcanzar posiciones de ventaja específicas en el ámbito que se ha enfocado en estas líneas: *en las relaciones económicas nacionales*, situado en la compraventa de la Administración pública, sin traspasar las fronteras del estado. Sobre ello se deberá regresar más adelante.

4.2 Marco jurídico a nivel internacional para combatir el cohecho activo

Los instrumentos internacionales emitidos en ocasión a la lucha contra la corrupción son diversos, éstos en su mayoría han depositado la atención

particularmente en la corrupción en el sector público³⁸⁸; no obstante, la expansión que ha tenido la corrupción como modalidad de la delincuencia económica o situada en el sector privado, ha conllevado la creación de distintos instrumentos normativos de carácter internacional³⁸⁹, donde se insta a los Estados partes a unir esfuerzos en la lucha de este flagelo, con el fin de detener las conductas ilícitas de las empresas.

De esa forma, se vislumbran en algunas normativas e instrumentos internacionales, los esfuerzos de la Comunidad internacional en la lucha contra las conductas que se pueden identificar con el cohecho activo, como figura que refleja la corrupción de particulares, quienes se sirven de dádivas para ofrecerlas o entregarlas al funcionario público, con el propósito de obtener de éste un acto ilícito en el giro de sus funciones, relacionado con transacciones económicas, ello como modalidad de la delincuencia económica.

En tal sentido, y tomando en cuenta que los instrumentos internacionales dan directrices a los estados para unirse en la lucha contra la corrupción en todas sus extensiones, ello a partir de políticas y normativas tendientes a su prevención, detección y sanción, entre las cuales insta también a los estados a responsabilizar a las empresas en la lucha contra la corrupción, es conveniente dedicar las siguientes líneas a su abordaje en este apartado.

4.2.1 La *Foreign Corrupt Practices Act* de Estados Unidos, como primera ley extranjera que señala el castigo del cohecho activo transnacional

En la primera línea de exposición, debe decirse que la Comunidad internacional, en la década de los setenta, intentó por vía de instrumentos de

³⁸⁸ Bolea, "El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*". En *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*.

³⁸⁹ Carbajo, "Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial", *Iustitia*, 290.

soft law, luchar contra la corrupción donde se involucraban generalmente empresas multinacionales que pagaban sobornos para obtener un contrato o ventaja ilegal, los cuales, por su falta de obligatoriedad, no tuvo mayores frutos en la lucha contra este fenómeno³⁹⁰.

Cuestión distinta fue para Estados Unidos, el primer país que reguló en su normativa interna, una ley que estableció el castigo de la corrupción como modalidad de delincuencia económica, la denominada “*Foreign Corrupt Practices Act*” o “Ley de prácticas corruptas en el extranjero” –en adelante FCPA-, la cual surgió en Estados Unidos en 1977 en atención a los escándalos de *Watergate* y el raigambre que suponía que muchas de las grandes empresas utilizaban altas sumas de dinero para pagar sobornos³⁹¹.

Lo anterior derivó de las investigaciones que realizó el Congreso de Estados Unidos y la *Securities and Exchange Commission*, sobre la corrupción de empresas de norte américa, en relación a sobornos que éstas pagaron a funcionarios públicos extranjeros, con el objeto de asegurar contratos³⁹². Es así que, entre los fundamentos que permitió surgir a la FCPA, se sitúa el interés que tenía Estados Unidos -ante su mala imagen en el contexto de la Guerra fría-, por luchar para impedir la competencia desleal entre las empresas norteamericanas, en vista que, en varios países se percibían costos

³⁹⁰ Demelsa Benito Sánchez, “Soborno transnacional. Su tratamiento en el derecho penal español”, *Iustitia*, n.º 12 (2014): 13, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5979015.pdf>

³⁹¹ El caso Watergate se situó como un caso de soborno en el comercio internacional, donde la empresa multinacional Lockheed Corporation realizó pagos ilegales que ascendieron a la cantidad de 25 millones de dólares que se pagaron a funcionarios extranjeros, específicamente de Japón, para garantizarse la venta de sus aviones TriStar L-1011, aunado a ello, existieron otros centenares de casos de empresas norteamericanas que en los años setenta, habían realizado “*questionable foreign payments*” en sus transacciones comerciales internacionales, susceptibles de ser calificados como corrupción en el exterior”. Cf. Benito, “Soborno transnacional. Su tratamiento en el derecho penal español”, *Iustitia*, 13 y Nieto, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de defense sociale. Pour une politique criminelle humaniste*, 63.

³⁹² Héctor Gadea Benavides, “El *foreign corrupt practices act* y la responsabilidad penal de la empresa”, *THÉMIS-Revista de Derecho*, n.º 68 (2016): 154, <http://revistas.pucp.edu.pe>

excesivos en las contrataciones públicas debido a las dádivas ofrecidas por las empresas del país estadounidense³⁹³.

De esa forma, la FCPA, se presenta como uno de los pioneros en la llamada “*nueva lex mercatoria que surge con la globalización*”³⁹⁴, que exige a las empresas que adopten activamente, medidas encaminadas a prevenir y detectar delitos, siendo así que este sistema se basó en los “*compliance programs*”. En ese hilo de ideas, en la FCPA se criminalizan las dádivas que se destinan en obtener o mantener negocios en el país extranjero, específicamente “*aquellos sobornos a funcionarios públicos extranjeros para asegurar contratos con el Estado, principalmente de infraestructura o de explotación de recursos naturales*”³⁹⁵.

Para algunos doctrinarios, la FCPA constituye el origen de una política criminal arraigada actualmente en muchos países, referida a la corresponsabilidad que tiene el sector privado en la lucha contra la corrupción. De hecho, esta normativa es aplicada solo a la corrupción que es ejecutada por el empresario, y no al funcionario aunque haya cometido el delito, situando una de las conductas exponenciales, el cohecho activo transnacional, del que pueden responder empresas. Asimismo, a pesar que en principio, esta norma está

³⁹³ Con ello, igualmente, Estados Unidos marcaba su interés en evitar que se distorsionaran los mercados extranjeros y así las empresas corruptas no fueran las que adquirieran los contratos. Gadea, “El *foreign corrupt practices act* y la responsabilidad penal de la empresa”, *THÉMIS-Revista de Derecho*, 154.

³⁹⁴ Nieto, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de defense sociale. Pour une politique criminelle humaniste*, 63.

³⁹⁵ No obstante, para Gadea Benavides el FCPA “*está lejos de sancionar penalmente cualquier ofrecimiento o pago a un funcionario público extranjero*”, dado que se enmarca a las dádivas enfocadas a asegurar contratos con el Estado. Gadea, “El *foreign corrupt practices act* y la responsabilidad penal de la empresa”, *THÉMIS-Revista de Derecho*, 155.

orientada en la lucha contra la corrupción internacional, ha tenido influencia al resto de modalidades de corrupción³⁹⁶.

4.2.2 Instrumentos supranacionales vinculantes contra la corrupción, especial referencia a la respuesta penal frente al cohecho activo

Corresponde ahora citar brevemente los principales instrumentos internacionales en su orden cronológico, referidos a aquellos que a nivel regional y mundial, establecen directrices a los Estados partes, respecto a la incorporación en sus normativas nacionales, medidas enfocadas a la prevención, detección y represión de la corrupción, particularmente en los supuestos que se soborna a un funcionario público, y el sujeto corruptor pertenece al sector privado, donde el cohecho activo se sitúa como uno de los delitos donde se manifiesta la corrupción, como modalidad de la delincuencia económica. Con esta aclaración, se delimita que no se incluirá en este análisis, la corrupción de índole exclusiva en el sector privado que excluye el soborno funcional.

Por ello, a continuación se mencionarán aquellos instrumentos que se consideran más relevantes en cuanto a la respuesta penal para combatir el cohecho activo, con la aclaración que algunos de ellos se han mencionado en capítulos anteriores, por lo que, en esta exposición, se expondrán los aspectos más vinculantes para este capítulo.

En ese sentido, para iniciar en orden cronológico, a nivel regional se sitúa a la Organización de los Estados Americanos –en adelante OEA-, como la organización internacional que emitió el primer tratado contra la corrupción a nivel mundial, la denominada “Convención Interamericana contra la

³⁹⁶ Nieto, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de defense sociale. Pour une politique criminelle humaniste*, 63.

Corrupción” suscrita el 29 de marzo de 1996 –en adelante CICC-; este tratado es de suma relevancia, dado que conforme al art. 144 de la Constitución –en adelante Cn.- constituye ley de la República.

La CICC indica a los Estados Partes que criminalicen en su derecho interno, los actos de corrupción de funcionario y de particular³⁹⁷, las cuales, se recogen principalmente en el art. VI de la CICC, se refieren a aquellas que pueden enmarcarse como cohecho pasivo y cohecho activo en el ámbito nacional, en vista que señala la conducta realizada por el funcionario consistente en requerir o aceptar dádivas; y por otra parte, la conducta de la persona particular que ofrezca u otorgue dádivas a tal funcionario, a fin que, en ambos supuestos, el funcionario ejecute u omita un acto en el ejercicio de sus funciones públicas. De lo anterior se advierte que, en tales supuestos de cohecho, no se destaca que el acto que se espera que realice el funcionario, se vincule con las actividades económicas nacionales, pero nada impide que se colija que se encuentran incluidas, por ejemplo, en el cohecho activo.

Por otra parte, la CICC señala el cohecho activo transnacional³⁹⁸, es decir, la conducta del particular nacional, sea persona física o una empresa, la que ofrezca u otorga una dádiva a un funcionario público de otro Estado, para que

³⁹⁷ El art. VI.1 letras a) y b) de la CICC señala lo siguiente: “1. *La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:*

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”. Convención Interamericana contra la Corrupción (Organización de los Estados Americanos, 1996), art. VI.1.

³⁹⁸ Convención Interamericana contra la Corrupción (Organización de los Estados Americanos, 1996), art. VIII.

éste realice u omita un acto en el ejercicio de sus funciones, que esté vinculado con una transacción económica o comercial.

De lo anterior se desprende que, la CICC establece el soborno transnacional, en el cual, la persona jurídica o física puede ser la que ofrece u otorgue el soborno, y a pesar que no se indique expresamente que la transacción económica o comercial será en el ámbito internacional, pero ese carácter extra fronteras, se deduce cuando el sujeto que recibe la dádiva, debe ser un funcionario de otro Estado, y además el carácter económico que puede verse afectado por tales acciones.

El siguiente instrumento internacional que se incluye citar en este apartado, es el emitido por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –en adelante OCDE-, referida a la “Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”³⁹⁹, aprobada en 1997. Esta Convención, como bien lo consigna su nombre, enfoca su atención en el cohecho, el cual, en sus considerandos lo describe como un *“fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales”*.

Así, en el desarrollo del art. 1 de la Convención de la OCDE en comento, se demanda a los Estados partes que tipifiquen como delito el cohecho activo de servidores públicos extranjeros, a fin de castigar a los particulares que ofrecen, prometan o concedan una ventaja indebida de naturaleza pecuniaria o de

³⁹⁹ Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-: 1997).

cualquier índole, siempre que sea destinada a un servidor público extranjero, para que este actúe u omita en relación a sus deberes oficiales, con el fin de obtener o mantener un negocio o ventaja indebida “*en el manejo de negocios internacionales*”. Sobre ello, Acale refiere que el riesgo o menoscabo que conlleva tal conducta, queda abierto en considerarse la afectación al orden socioeconómico, o al interés de la Administración extranjera donde se ubique el servidor público⁴⁰⁰.

Ahora bien, la Convención de la OCDE reconoce en su art. 2, la importancia de reconocerse la responsabilidad de las personas morales, es decir, de las personas jurídicas por el cohecho activo que cometan, al ofrecer o entregar ventajas pecuniarias a un servidor público extranjero, aunque no se delimita qué tipo de responsabilidad refiere. Lo anterior, sitúa la importancia que tiene para la Comunidad internacional, que las personas jurídicas no queden exentas de responsabilidad en actos de corrupción de carácter transnacional; no obstante, no se hace referencia alguna al cohecho activo de servidores públicos nacionales.

Por otra parte, en el continente europeo destaca el “Convenio penal sobre la corrupción” de 1999, el cual, puede afirmarse, que reconoce la corrupción pública como modalidad de la delincuencia económica, dado que hace referencia expresamente tanto a la corrupción pública como a la corrupción privada⁴⁰¹. Igualmente, este Convenio reconoce que la corrupción no solo socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social; sino también, que falsea la competencia, que impide el

⁴⁰⁰ Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 39.

⁴⁰¹ Convenio penal sobre la corrupción (Estrasburgo: Consejo de Europa, 1999), arts. 7, 8, 11 y 12.

desarrollo económico, colocando también en riesgo la estabilidad de las instituciones democráticas, entre otras.

Con este Convenio, en Europa se da un gran paso en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que actualmente se sitúa con mayor avance con respecto a la región latinoamericana, incluyendo El Salvador, en vista que reconoce expresamente que los sujetos responsables de los actos de corrupción no son solo las personas físicas, sino también las personas jurídicas. No obstante lo anterior, un sector de la doctrina española considera que este Convenio no sitúa énfasis en la defensa del mercado, sino en las empresas que son afectadas por comportamientos antiéticos de los administradores, directivos, empleados y otros similares⁴⁰².

El siguiente tratado a señalar, es la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” de 2000⁴⁰³, la cual, reconoce la importancia del combate de la delincuencia organizada transnacional en una diversidad de delitos que incluye la corrupción, cuando se realice por parte de grupos estructurados u organizados para delinquir.

Es así que este tratado internacional describe a sus efectos, lo que se entiende por grupos delictivos organizados y grupo estructurado para la comisión de delitos de carácter transnacional, y señala el compromiso que debe adoptar cada Estado miembro, para tipificar como delito de corrupción, las modalidades de cohecho activo y cohecho pasivo situados en estos contextos; es decir, las conductas del particular que promete, ofrece o concede a un funcionario público, dádivas; lo mismo se sitúa para el funcionario que solicita

⁴⁰² Carbajo, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, *Iustitia*, 291.

⁴⁰³ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2000).

o acepta la dádiva del particular, pudiendo estar involucrado un funcionario público extranjero o internacional.

Aunado a ello, este tratado internacional indica que las conductas de cohecho activo y cohecho pasivo, responden tanto las personas físicas como las personas jurídicas, en vista que se consagra la responsabilidad de las personas jurídicas “*por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por...* (el delito de corrupción)”. La responsabilidad de la persona jurídica puede ser penal, civil o administrativa, para lo cual se deja abierto a los Estados, qué tipo de responsabilidad conllevará la persona jurídica, acorde a los principios jurídicos internos.

Para finalizar se cita el tratado internacional de gran importancia a nivel mundial, tomando en cuenta su alcance y vinculación internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 –en adelante CNUCC⁴⁰⁴; la cual sitúa con amplitud el fenómeno de la corrupción en sus diferentes aristas, tanto la que se sitúa en el sector público como en el sector privado. Igualmente, la CNUCC reconoce la importancia de criminalizar el soborno a funcionarios públicos, la responsabilidad de la persona jurídica por actos de corrupción, y además, prevé el carácter transnacional de la corrupción, y por ello requiere de la cooperación internacional entre los estados miembros para la prevención y represión de la corrupción.

Asimismo, se advierte entre sus aspectos relevantes, que en los arts. 12 y 16 CNUCC se sitúa la vinculación de la corrupción con otras formas de delincuencia, como es la criminalidad económica. Así, esta Convención reconoce el castigo de conductas relativas al cohecho situado en el ámbito privado, describiendo que cada Estado Parte “*adoptará medidas para prevenir*

⁴⁰⁴ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Mérida: Organización de las Naciones Unidas, 2003).

la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado”, señalando que se establezcan sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasivas, cuando éstas fuesen procedentes.

De igual manera, en el art. 9 de la citada Convención, establece que los Estados Partes deben adoptar medidas útiles para que se incorporen sistemas adecuados de contratación pública para prevenir la corrupción, que se sustenten “*en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de decisiones que sean eficaces*”.

Por otra parte, en el art. 15 de la CNUCC se indican las conductas relativas al cohecho activo y cohecho pasivo, instando a los Estados que castiguen los sobornos a los funcionarios, tanto a aquellos particulares que ofrecen o pagan el soborno, como también a los funcionarios que la solicitan o reciben. Sin embargo, en esta disposición no se especifica los supuestos en que el cohecho acontezca en las relaciones económicas nacionales; ello puede deberse a que la CNUCC fija mayormente su atención en el carácter transfronterizo que tiene el fenómeno de la corrupción, relegando tales supuestos para el soborno transnacional.

Lo anterior se afirma así, dado que en el art. 16 de la CNUCC, sí se establece la particularidad de instar a los Estados a criminalizar el soborno transnacional, cuando se realice el cohecho activo o pasivo, en el que participen particulares ofreciendo, prometiendo o concediendo dádivas a funcionarios públicos extranjeros o de una organización internacional pública que soliciten o acepten las dádivas, con la finalidad de que el funcionario actúe u omita en el ejercicio de sus funciones, para “*obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades económicas internacionales*”.

En este último apartado se observa que la CNUCC retoma aspectos relevantes de los tratados internacionales citados anteriormente, recoge así, tanto la modalidad activa como pasiva del cohecho transnacional, para que se castigue, tanto al particular que ofrece, promete o concede el soborno, como también que se castigue al funcionario público extranjero o de una organización internacional pública, que solicite o acepte del particular, la dádiva o soborno.

En ese hilo de ideas, las conductas de corrupción que la CNUCC insta y obliga a los Estados partes para que criminalicen las conductas que en ella se señalan, se distinguen las que afectan a la Administración pública –así como la Administración de justicia-, pero también las que afectan el orden socioeconómico, materializándose en el sector privado, donde se sitúa la delincuencia económica a la que se ha hecho referencia. Además, la Convención reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas en el ciclo de la corrupción, instando a los estados miembros, establezcan en su legislación interna, sanciones penales o no penales eficaces, proporcionales y disuasivos a la persona jurídica (art. 26).

En cuanto a las medidas preventivas, cabe señalar que los tratados internacionales mencionados⁴⁰⁵, en su mayoría, son coincidentes en instar a los Estados partes que den a conocer a la población sobre el fenómeno de la corrupción, así como los efectos que produce; igualmente, se insta a los Estados que incorporen medidas tendientes a promover la denuncia de actos de corrupción por parte de la ciudadanía.

⁴⁰⁵ Cr. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Mérida: Organización de las Naciones Unidas, 2003), arts. 5-14 y Convención Interamericana contra la Corrupción (Organización de los Estados Americanos, 1996), art. III.

Asimismo, para prevenir que los funcionarios participen en conductas de corrupción, se promueve en los tratados que los Estados refuercen los procesos de selección de los funcionarios públicos, para que incluyan los principios éticos, de transparencia, eficacia, merito, aptitud, y también, aplicando el código ético de los funcionarios públicos, donde se promueva la integridad, honestidad y la responsabilidad; que además los funcionarios sean remunerados adecuadamente. Así también, en el plano público, se debe preservar la transparencia de las actuaciones públicas, en donde deben incluirse los sistemas de contratación pública, que conllevará a que la ciudadanía tengan conocimiento porqué se contrató a una empresa y no a otra, *“lo que se facilita si las empresas beneficiarias son sometidas a control antes, durante y después de realizar la actividad, obligándoles a rendir cuentas”*⁴⁰⁶.

De igual manera, los tratados –en su mayoría- enfocan su atención en que se establezcan medidas adecuadas de prevención del sector privado, que incluye que las empresas privadas establezcan medidas de control contables internas que permitan detectar y prevenir actos de corrupción, lo que también supone la promoción de los códigos de conducta de los integrantes de la empresa, como son la promoción del uso de buenas prácticas en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado, buenas practicas entre las empresas, transparencia entre las entidades privadas.

Para concluir, se puede advertir que, a partir de los tratados internacionales que se han citado brevemente en este apartado, se destaca como puntos importantes relacionados al cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica, que la Comunidad internacional está consciente de la expansión que ha tenido la corrupción, y que está arraigada no solo en el ámbito público

⁴⁰⁶ Acale, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, 34.

sino también en el ámbito privado. Además, se vislumbra en la mayoría de los tratados citados, la trascendencia que tiene en la lucha contra la corrupción, que se establezca la responsabilidad a las personas jurídicas que participen en el cohecho, ya sea que se le establezcan sanciones penales, civiles o administrativas.

Finalmente, como foco de atención, para combatir la corrupción en las relaciones económicas internacionales, se unen esfuerzos para que se criminalice el cohecho o soborno transnacional, relacionada a funcionarios públicos extranjeros o de otros estados, dimensionándose el carácter transnacional de la corrupción.

No obstante que, la Comunidad internacional no ha descrito con relevancia, las conductas de cohecho activo en las relaciones económicas nacionales, ello no obsta que se entiendan incluidas, al instarse a los Estados miembros en la mayoría de los tratados internacionales citados, a que se incorpore en su derecho interno la tipificación del cohecho activo; el que parte de conductas generales que pueden en muchos casos ser empresarios las que la cometen, y situarse así como modalidad de la delincuencia económica, realizado en el ámbito nacional de cada Estado, aunque tal conducta no haya cruzado fronteras.

Así también, en vista de la importancia que destacan los tratados internacionales, de que se castigue al particular que soborna al funcionario, ya sea que éste sea una persona física, o sea éste una persona jurídica, que realice el delito de cohecho activo o soborno transnacional; resulta conveniente que se incluya también en el cohecho activo nacional, la responsabilidad a la persona jurídica.

4.3 Límites normativos a la regulación jurídico penal salvadoreña para combatir el cohecho activo, como modalidad de delincuencia económica

El legislación penal salvadoreña establece tres tipos de cohecho de particular, el primero que castiga la conducta del particular que soborna a un funcionario o empleado público nacional, para que éste realice, omita o retarde un acto en el giro de sus deberes oficiales, o incluso, por un acto ya realizado, cuya pena de prisión puede ser hasta de diez años –bajo el *nomen iuris* cohecho activo del art. 335 CP-; el segundo que penaliza al particular que soborna a un funcionario o empleado de las instituciones públicas responsables de controlar y vigilar las operaciones de comercio exterior, para que éste realice u omita un acto en el giro de sus funciones, o retarde el mismo, con pena de prisión de tres a seis años (referidos al caso especial de cohecho activo del art. 26 LESIA).

Y el último, en el cual, se castiga la conducta del particular que soborna a un funcionario o público, autoridad pública o agente de autoridad de otro estado u organización internacional, para que éste realice u omita un acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, cuya consecuencia penal es de dos a cuatro años de prisión (bajo el *nomen iuris* de soborno transnacional del art. 335-A CP).

Interesa aquí referirse únicamente al primero de ellos, es decir el cohecho activo del art. 335 CP, que es el tipo penal en el que se ha delimitado en esta investigación.

4.3.1 Consideraciones relativas al tipo penal del cohecho activo del art. 335 CP

Sin ánimo de profundizar en el análisis jurídico penal del cohecho activo del art. 335 CP, dado que ya se expuso su análisis en el capítulo 2 de esta

investigación; conviene aquí resaltar que la estructura de la conducta que se castiga en este cohecho de particular -en el cual, no requiere en el sujeto activo, calidad específica para cometerlo-, su conducta se centra en “prometer”, “ofrecer” o “entregar” una dádiva a un funcionario o empleado público, para que éste realice u omita un acto en el giro de sus funciones –que puede ser contrario a sus deberes o un acto propio de sus funciones-, o para que retarde el acto, o se le pague la dádiva por un acto ya realizado.

De lo anterior, lo primero que se advierte es el hecho que sean impunes, los casos de particulares que sobornen a autoridades públicas o agentes de autoridad –art. 39 CP-, dado que éstos no están comprendidos entre los sujetos a quienes se les ofrece o entrega la dádiva o ventaja indebida que señala el art. 335 CP; lo cual, se considera un límite al combate de la corrupción situado en estos contextos. No obstante, llama la atención que estos sujetos: autoridad pública y agente de autoridad, sí están comprendidos como sujetos activos en los cohechos propio e impropio –arts. 330 y 331 CP-; por ello, se considera a bien, que en una futura reforma al art. 335 CP se incluyan a tales sujetos, a fin que los casos de los particulares que ofrezcan dádivas a autoridades públicas o agentes de autoridad, no queden exentos de responsabilidad penal.

Ahora bien, lo segundo que debe apuntarse, ya situado en cuanto a la modalidad de cohecho activo que aquí se ha señalado como manifestación de la delincuencia económica, es que el cohecho activo regula el fenómeno de la corrupción desde su generalidad, sin mencionar con especificidad los casos en que se pueda trastocar el orden socioeconómico.

Por tanto, el cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica, se entiende incluido en la generalidad de las conductas que regula el art. 335 CP, sin que se distinga alguna particularidad de la redacción del tipo penal que

evidencie que se le dé un tratamiento diferenciado a la conducta que el delincuente económico cometa de cohecho activo, en los supuestos que su actuación afecte no solo a la Administración pública, sino también que trastoque el orden socioeconómico.

De esa forma, esta modalidad de cohecho activo en los casos que, una persona física que desarrolla su actividad en el ámbito empresarial, que puede ser, por ejemplo, un directivo o un administrador, que actúe al amparo de la empresa; ofrezca, prometa o entregue una dádiva al funcionario público nacional para que realice el acto en el giro de sus funciones, situado en el ámbito de las actividades económicas nacionales, con el que se afecte el orden socioeconómico, además de la Administración; tiene una respuesta penal equiparable a la conducta del particular corruptor que no es empresario, en el que se coloca únicamente en riesgo la Administración pública, sin que se afecte el bien jurídico del orden socioeconómico.

Lo anterior se deduce así, puesto que el art. 335 CP sitúa con mayor relevancia al desvalor de acción, que al desvalor de resultado, en vista que enfatiza más en la conducta del autor consistente en: ofrecer, prometer o entregar la dádiva, que en los bienes jurídicos que resultan afectados por la conducta.

Por otra parte, la participación de la persona jurídica en el cohecho activo queda relegada a ser sancionada en el ámbito civil, bajo la responsabilidad civil solidaria del art. 118 CP, tomando los parámetros de la cláusula “actuar por otro” del art. 38 CP, disposición que establece los supuestos en que el directivo o administrador de una persona jurídica que actúe en nombre o representación de la persona jurídica en el cohecho activo⁴⁰⁷, es responsable

⁴⁰⁷ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), art. 38 CP.

solidariamente por conductas de cohecho; en tal supuesto responde civilmente tanto la persona física como la persona jurídica.

Coincidente con lo anterior, debe adicionarse que la falta de un desarrollo normativo adecuado para sancionar penalmente a la persona jurídica por actos de corrupción, cuestión que debiera considerarse a partir del art. 80.3 CPP, para establecer a la persona jurídica como imputada por la comisión de un delito de cohecho activo, constituye un límite en la regulación jurídico penal del art. 335 CP, en relación a que sancione eficazmente a todos los sujetos que participan en el cohecho. Lo anterior, debido que, a pesar que el art. 80.3 CPP señala que se le puede atribuir a la persona jurídica la comisión de delitos, ésta no puede tener la calidad de imputada en el proceso penal.

No debe soslayarse que la CNUCC requiere que las personas jurídicas sean sancionadas por actos de corrupción, y que, a pesar que se refiere que dicha responsabilidad puede ser o no de naturaleza penal⁴⁰⁸, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –en adelante UNODC-, en su Informe sobre el examen de El Salvador sobre el cumplimiento de la CNUCC, en el período 2010-2015, recomienda a El Salvador: “*que se considere la posibilidad de incorporar en la legislación la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”⁴⁰⁹, sobre lo cual, ya se ha aclarado que el art. 80.3 CPP, establece que a las personas jurídicas se les puede atribuir la comisión de

⁴⁰⁸ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Mérida: Organización de las Naciones Unidas, 2003), art. 26.

⁴⁰⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), “Informe sobre el examen de El Salvador: Examen por el Estado Plurinacional de Bolivia y Singapur sobre la aplicación por parte de El Salvador de los artículos 15 – 42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44 – 50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010 – 2015”, UNODC, 2015, https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisit/FinalReports/2013_11_14_El_Salvador_Final_Country_Report.pdf

delitos, pero no se cuenta con un sistema de sanciones penales para las personas jurídicas.

No obstante que El Salvador no regula de forma adecuada la responsabilidad penal de la persona jurídica, debe decirse que ello ya está siendo analizado en el país, dado que se encuentra en estudio un proyecto de ley para desarrollar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos⁴¹⁰, cuyo análisis excede de las expectativas de esta investigación, lo cual, ya fue retomado por otra tesis de investigación⁴¹¹.

Acotado todo lo antes señalado, se advierte que la legislación penal no impide que, *ad exemplum*, tanto los empresarios que fuesen declarados responsables penalmente por el cohecho activo, como las personas jurídicas que a su amparo y beneficio se soborna al funcionario, continúen en el ejercicio de sus actividades empresariales; es decir, la persona física y la persona jurídica tienen luz verde para continuar participando en las contrataciones con el sector público o de intervenir en transacciones comerciales nacionales de relevancia pública.

Por otra parte, conforme al principio constitucional de: “*nadie puede obtener provecho económico ni de otra índole derivado del cometimiento de hechos delictivos*”⁴¹², se sustenta que en la legislación penal salvadoreña se prevé

⁴¹⁰ El proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por la Comisión de Delitos se encuentra en evaluación por la Secretaría de Gestión Legal de la Presidencia de la República, por lo cual, no se ha presentado ese proyecto a la Asamblea Legislativa. González Benítez, *La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador. El caso de España, como parámetro de referencia*, tesis de maestría en Derecho Penal, 57-58.

⁴¹¹ *Ibíd.*

⁴¹² Martínez Osorio, “La extinción de dominio es constitucional. (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014/107-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional)”, *Revista de Derecho constitucional*, 3.

como delito el lavado de dinero y activos⁴¹³, en caso del blanqueo del dinero obtenido de las ganancias del cohecho⁴¹⁴; así como la consecuencia accesoria del delito de cohecho consistente en el comiso de las ganancias que provienen de la corrupción⁴¹⁵, siempre que se haya condenado a la persona por el cohecho y el bien sea de su propiedad.

Particularmente, conviene detenerse sobre el comiso, el cual se sitúan dos formas, la primera bajo el título “*De la pérdida del producto de las ganancias provenientes del hecho*”, que con base en el art. 126.2 del Código penal, se trata de la pérdida de las ganancias, productos u otras ventas, consistentes en “*los valores, derechos y cosas obtenidos por cualquier título, con motivo o como resultado del hecho, por el condenado o por otra persona, natural o jurídica, para la cual hubiese actuado el condenado*”; y la segunda, como “comiso” propiamente⁴¹⁶, referido a los instrumentos de los que se haya valido el particular para preparar o facilitar el cohecho. Para ambos supuestos, debe mediar la declaración del mismo por el juez penal que dicte la sentencia condenatoria.

Por tanto, si la persona es declarada absuelta en la sentencia penal, no procede el comiso en relación al producto del cohecho, cuestión que podría

⁴¹³ “*Los funcionarios que, por ejemplo, reciben sobornos, pueden utilizar el mercado de lavado de dinero para hacer aparecer como legal la parte de su patrimonio obtenida por medio de actividades criminales*”. Fundación Nacional para el Desarrollo, FUNDE, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho, FESPAD e Iniciativa Social para la Democracia, ISD, “Informe independiente de sociedad civil de El Salvador al cuestionario correspondiente de la tercera ronda”, 2010, <http://www.repo.funde.org/1008/>

⁴¹⁴ Ley contra el lavado de dinero y de activos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), arts. 4, 5 y 6 letra p).

⁴¹⁵ “*El comiso es una consecuencia accesoria, que comprende medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil, cuyo presupuesto es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orienta para prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos*”. Martín Alexander Martínez Osorio, *El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Apuntes criminológicos y legales* (Consejo Nacional de la Judicatura: El Salvador, 2012), 68.

⁴¹⁶ *Ibid.*, 67 y 68.

decirse que es un límite o restricción, pero ello es consecuencia propia de la responsabilidad personal y penal del autor dentro de un debido proceso penal; además, resulta desvanecida esta restricción al aplicarse la extinción de dominio de tal bien, como se examinará *infra*, con base en la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita.

4.3.2 Hacia una mejor configuración jurídico-penal del cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica

En el *ítem* anterior se hizo referencia a las limitaciones jurídico penales que plantea el combate al cohecho activo como modalidad económica. Ahora se considera conveniente plantearse una futura reforma al art. 335 CP a fin de desvanecer las aristas antes señaladas, en dos sentidos, la primera, para que en supuestos que el cohecho activo se realice como modalidad de la delincuencia económica, se visibilice en la conducta típica la afectación que conlleva esta conducta, que supone no solo un riesgo o afectación a la Administración pública, sino también al orden socioeconómico, así, se trata de una doble naturaleza del bien jurídico tutelado, la función pública y el orden socioeconómico; y la segunda, que está vinculada a la primera, incide directamente en las penas que se deberían aplicar al delincuente económico del cohecho activo.

Respecto a la primera línea de ideas, se considera factible que se incluya un párrafo adicional al art. 335 CP, en los supuestos en que un directivo, administrador de una persona jurídica u otro similar, actuando en nombre o representación de la empresa, ofrezca o entregue la dádiva a un funcionario público, para que éste realice un acto en el giro de sus funciones, se señale como elemento subjetivo específico adicional al dolo del tipo de injusto, que la finalidad pretendida del particular sea que el funcionario ejecute un acto en el

ejercicio de las funciones públicas situado en conseguir o conservar un contrato u otra ventaja ilícita en la realización de actividades comerciales o económicas nacionales o en un proceso de licitación o contratación pública.

Lo anterior permite que se añada un *plus* de protección en el cohecho activo del art. 335 CP, que cualifica la conducta del particular, que permite reflejar la importancia de los bienes jurídicos afectados con la conducta de este particular, orientada no solo al riesgo o afectación a la Administración, sino también al orden socioeconómico, y de esa forma, se añade al *dísvalor* de resultado, derivando con ello la protección conjunta de tales bienes jurídicos en estos supuestos.

Y como efecto reflejo en la ciudadanía, la visibilidad de la conducta del delincuente económico, dentro de la estructura del injusto penal del cohecho activo, puede conllevar a tener más consciencia de este fenómeno de corrupción que surge en el sector privado; y junto a ello, podría ser disuasivo para el empresario, capaz de enfrentarse a las técnicas de neutralización que a veces utilizan los criminales económicos.

En cuanto a la segunda línea, relacionada a las penas para la persona que realiza el cohecho activo, se considera a bien exponer dos puntos importantes: el primer punto relacionado a la penalidad de las conductas que realizan el particular y el funcionario, y el segundo punto, en el que se deben establecer algunas implicaciones en cuanto a la sanción que correspondería al delincuente económico que soborna al funcionario con el fin de obtener una actuación en el sector público, en relación a las actividades económicas o comerciales nacionales.

El primer punto, se sitúa en la particularidad de que se prevé para la persona física la imposición de pena privativa de libertad mayor a la que le supone al

funcionario público que acepta o solicita la dádiva a ese particular, del cual se hizo referencia sucintamente en el capítulo 2, pero que es importante en este apartado retomarlo con ciertas matizaciones.

De esa forma, el particular que comete cohecho activo propio –sea que con su conducta afecte o no, al orden socioeconómico-, le corresponde como *quantum* de pena, entre seis a diez años de prisión –art. 335.1 CP-; mientras que el funcionario público que comete el cohecho pasivo propio, le conlleva la pena de tres a seis años de prisión (art. 330 CP).

Igualmente se observa una desproporción de conminación de penas de prisión, en relación a la sanción penal que establece el delito de soborno transnacional –art. 335-A CP-, que supone al particular, como pena mínima la de dos años de prisión y como máximo de cuatro años de prisión. Lo anterior, a pesar que el soborno transnacional castiga una conducta penal reprochable para un particular, que trasciende las fronteras del país, en vista que el sujeto al que debe ofrecerse o entregarse la dádiva, es un funcionario de otro estado y además, que sitúa el acto que se espera de ese funcionario, en un ámbito específico, en las relaciones económicas comerciales, trastocando con ello el orden socioeconómico.

Como es fácilmente deducible, tal distinción punitiva entre el cohecho activo propio, con respecto al cohecho pasivo propio y el soborno transnacional no parece justificarse normativamente, y si bien, el legislador tiene libertad de configuración de la pena, no debe renunciar al principio de proporcionalidad de las mismas. Así, de lo anterior se desprende que la sanción penal que establece el cohecho activo en su modalidad propia del art. 335 CP vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, así como la igualdad en el tratamiento penal. Por tanto debiera analizarse una futura reforma en cuanto a la penalidad que corresponde a los sujetos activos de tales delitos, a fin que

sean simétricos y proporcionales a la conducta realizada, tomándose en consideración tanto el *disvalor* de la acción como el *disvalor* del resultado.

El segundo punto a señalar, se sitúa propiamente en consideración de los fines de la pena en su vertiente preventivo especial para el particular que realiza el cohecho activo como modalidad de delincuencia económica. Como se acotó *supra*, se propuso que el cohecho activo del art. 335 CP incorporara un tercer párrafo, que particularice los supuestos en que el particular que al amparo de una persona jurídica, soborna al funcionario, con el elemento subjetivo específico de que éste realice un acto propio de sus funciones públicas en relación a obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilícita en la realización de actividades comerciales nacionales.

En ese sentido, de adicionarse ese plus de protección, que descansa en la protección conjunta de la Administración y también el orden socioeconómico, se considera a bien, que se establezca a la persona física un *quantum* de pena de prisión proporcional al hecho realizado, que podría ser aumentada una tercera parte del máximo, con respecto al cohecho activo genérico; así también, evaluarse en una futura reforma, que se establezca como privación de derechos, la pena accesoria de inhabilitación especial a la persona física empresaria, consistente en la prohibición de que pueda participar en futuras contrataciones con el Estado.

Lo anterior, conllevaría a prevenir la comisión de nuevos delitos en este contexto, de la continuidad de la actividad delictiva, es decir, situado en los casos que el particular haya actuado como directivo o administrador de una persona jurídica, en nombre o representación de misma para realizar el cohecho activo. Este tipo de sanciones ya han sido consideradas por normativas extrapenales como la LACAP en su catálogo de sanciones

administrativas, como se verá posteriormente, pero que no está vinculado a la pre existencia de una sentencia condenatoria por el delito de cohecho activo.

Coincidente con lo anterior, se considera también que debe evaluarse la posibilidad de establecerse como inhabilitación para el empresario, el ejercicio de cargos en una persona jurídica que sea propiedad del Estado, tal como lo refiere la UNODC en su Informe sobre el cumplimiento de la CNUCC antes relacionado, que establece como recomendación a El Salvador, “*que se incluya la inhabilitación –al empresario-...para ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado*”⁴¹⁷.

De hecho, Terradillos considera que el particular empresario debiera ser sancionado con la inhabilitación profesional de la actividad económica que le permitió el acercamiento con la Administración pública, así como privarle de otros derechos, como es la contratación con el sector público⁴¹⁸; a esta opinión es factible adherirse por considerarse acertada a efecto de prevenir futuros delitos, por lo cual debiera analizarse su posible inclusión como pena en la legislación penal salvadoreña.

Para finalizar, en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica por la comisión del cohecho activo como manifestación de la delincuencia económica; debe decirse que, si bien es cierto que en el desarrollo de los últimos tópicos, se planteó que la persona jurídica en ocasiones se ve

⁴¹⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), “Informe sobre el examen de El Salvador: Examen por el Estado Plurinacional de Bolivia y Singapur sobre la aplicación por parte de El Salvador de los artículos 15 – 42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44 – 50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010 – 2015”, UNODC, 2015, https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_11_14_El_Salvador_Final_Country_Report.pdf

⁴¹⁸ Terradillos, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 203.

beneficiada del cohecho que en su nombre o representación se ejecuta; lo cierto es que resulta innegable que el art. 80.3 CPP señala como posibilidad que se le atribuya a la persona jurídica la comisión del delito como hecho propio, pero no existe mayor desarrollo legal, por tanto ello constituye una restricción legal para sancionar de forma adecuada y desde la óptica penal, a la persona jurídica en el delito de cohecho activo.

Vinculado a lo antes acotado, en relación a la conveniencia de que en la normativa penal sustantiva, se incluya como prohibición a la persona jurídica, el participar a futuro en la adquisición de contratos en el sector público cuando haya participado en el cohecho⁴¹⁹; lo cierto es que la casuística es compleja de explicar en este trabajo, tomando en cuenta que no existe un sistema de sanciones penales para personas jurídicas en El Salvador, por lo cual, amerita que ello sea retomado en futuras investigaciones.

4.4 Límites normativos extra penales a nivel nacional para combatir el cohecho activo, como modalidad de delincuencia económica

El cohecho activo del art. 335 CP es un delito que engloba conductas de particulares en el ciclo de la fenomenología de la corrupción. Así, la corrupción para ser combatida, necesita no solo de leyes penales eficaces y disuasivas, sino también leyes extrapenales, por ello El Salvador ha regulado normativas extrapenales con el propósito de combatir la corrupción, tanto las formas que se reconducen al cohecho de funcionario, como también al cohecho de

⁴¹⁹ De esa forma, el Informe Global de la Corrupción de 2005, propuso que los Estados establezcan medidas contra las personas jurídicas que hayan pagado sobornos, a lo que se propone la cancelación del contrato y enlistar a la empresa en una lista negra que le impida participar en licitaciones ulteriores. Transparency International Secretariat, “¿Un mundo construido sobre sobornos?”, acceso el 10 de julio de 2020, <https://www.transparency.org/>

particular. Sin embargo, en algunas de ellas se advierten ciertas restricciones que impiden un tratamiento adecuado a este fenómeno, por ello a continuación se referirán a las normativas más relevantes y sus posibles limitaciones.

4.4.1 Generalidades normativas vinculadas al cohecho de funcionario

Entre las normativas extrapenales vinculadas al cohecho de funcionario, se encuentran aquellas de carácter preventivo y sancionatorio de la corrupción funcionarial, que están dirigidas a preservar la ética gubernamental en los funcionarios, el deber de probidad de funcionario, la transparencia en las actuaciones públicas, el acceso a la información pública, entre otras. En tal sentido, múltiples son las normativas emitidas en ese hilo, a continuación se referirán las que se consideren más relevantes que se vinculan al tópico que se investiga.

Así, en relación a aquellas normativas que se superponen, se encuentra la Ley de Ética Gubernamental –en adelante LEG-, la cual, tiene una gran importancia en relación al combate de la corrupción pública, en vista que se emite en cumplimiento a las CICC y CNUCC; en ésta ley se establecen principios, deberes y prohibiciones éticos de los servidores públicos. De esa forma, aquellos funcionarios que comentan acciones contrarias a la ética pública⁴²⁰, pueden ser sujetos a las sanciones de multa que prevé esta Ley, previo a un proceso que se sigue ante el Tribunal de Ética Gubernamental – en adelante TEG-, las multas oscilan entre un salario mínimo urbano hasta un máximo de cuarenta salarios de este tipo⁴²¹.

Entre las prohibiciones que se establecen en la citada ley, se incluyen conductas relacionadas al cohecho de funcionario, como es, el solicitar o

⁴²⁰ Ley de ética gubernamental (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011), art. 6.

⁴²¹ *Ibíd.*, art. 42.

aceptar cualquier bien o servicio de valor económico o beneficio adicional al de sus labores; con el propósito de, hacer, agilizar, retardar u omitir tareas o trámites propios de las funciones del funcionario; de igual manera se prohíbe a los servidores públicos solicitar dádivas en relación a sus funciones.

Otro punto a mencionar, la LEG promueve la participación ciudadana, en el sentido que, tanto los servidores públicos como cualquier persona, denuncien los actos de corrupción, cuestión positiva ya que permite detectar este tipo de conductas, lo que supone incluir el cohecho activo. Sin embargo, si la conducta fuere constitutivo de delito, debe remitir el caso a la Fiscalía General de la República (en adelante FGR)⁴²².

De lo anterior, se vislumbra que el procedimiento administrativo sancionatorio que debe seguirse en contra del servidor público, ante el Tribunal de Ética Gubernamental no dará inicio, ello aunque la norma no lo dice expresamente; por lo cual, debe de entenderse que si la FGR no ejerce la acción penal o si la ejerce y el proceso penal no culmina con una sentencia condenatoria por el delito relacionado con la corrupción, la consecuencia que ello debiera conllevar, es el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio de ese servidor público, ante el TEG. Empero lo anterior, no se regula expresamente, lo que supone una restricción legal para sancionar conductas relacionadas a posibles actos de corrupción, y ello pudiera evaluarse en una futura reforma.

Por otra parte, del art. 240 de la Constitución deriva “*un supuesto de corrupción de los funcionarios y empleados públicos –en enriquecimiento ilícito-*”⁴²³, en tal

⁴²² Ley de ética gubernamental (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011), art. 41.

⁴²³ Sala de lo Constitucional refiere en sus criterios jurisprudenciales lo siguiente: “*En el combate a la corrupción existe claramente un interés público, por lo que es necesario el involucramiento de toda la institucionalidad del Estado, de manera coordinada, bajo el escrutinio de la opinión pública y de la ciudadanía en general, garantizando el derecho de acceso a la información pública para asegurar que ningún funcionario o empleado estatal o*

sentido, los servidores públicos que se enriquecieren sin justa causa a costa de la Hacienda pública o Municipal tendrán la obligación de restituir al Estado lo que hubieren adquirido ilegítimamente; para tales efectos, El Salvador cuenta con la Ley de probidad⁴²⁴, que exige a todo funcionario la declaración jurada de su patrimonio, cuando ingresa y egresa de sus funciones públicas.

Asimismo, para el cumplimiento del art. 240 Cn., la Corte Suprema de Justicia creó la Sección de probidad cuya función se sitúa en la prevención, control, seguimiento y vigilancia de los aspectos que podrían conllevar a “*la existencia de corrupción en su manifestación de enriquecimiento sin justa causa*”⁴²⁵.

Es así que, también de forma paralela y siempre en consonancia con el art. 240 Cn., El Salvador cuenta con la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos⁴²⁶, que se aplica a los servidores públicos como presunción de derecho⁴²⁷, cuando exista un incremento patrimonio no justificado que sea superior de forma considerable de lo que pudo recibir conforme a sus remuneraciones o incrementos de capital que se hayan obtenido legalmente. Esta acción por enriquecimiento ilícito se puede ejercer en un plazo máximo de 10 años contados a partir de que concluye el servidor público su función gubernamental.

municipal se enriquezca ilícitamente con ocasión de ejercer un cargo o empleo público”. Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 6-2016/2-2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

⁴²⁴ Ley de probidad (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015).

⁴²⁵ Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 6-2016/2-2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.*

⁴²⁶ Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1959).

⁴²⁷ Instituto Universitario de Opinión Pública, *El combate a la corrupción en El Salvador. Evaluando la capacidad del Estado para reducir la corrupción y mejorar la rendición de cuentas* (El Salvador: Instituto Universitario de Opinión Pública, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 2020), acceso el 14 de abril de 2021, <https://www.wola.org/es/analisis/combate-a-la-corrupcion-en-el-salvador/>

Y por último, la Ley de acceso a la información pública⁴²⁸ es una normativa orientada, como su nombre lo indica, a potenciar el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información pública, a fin que se rompan las cadenas de la opacidad en el sector público y se optimice la transparencia en las actuaciones de la Administración; por lo cual, a través de esta normativa los ciudadanos pueden solicitar información pública, que permite vigilar las actuaciones de los servidores públicos, lo que puede coadyuvar a detectar las prácticas corruptas en la Administración.

En ese sentido, como bien lo ha referido la Sala de lo Constitucional, el derecho del acceso a la información pública, como derecho fundamental, facilita que la Administración rinda cuentas y se reafirme una democracia transparente y efectiva, *“prepara a las personas para asumir un papel activo en el gobierno, mediante la construcción de una opinión individual y colectiva .fundada sobre los asuntos públicos, lo que les permite una participación política mejor orientada, deliberante y responsable, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Este nivel de contraloría ciudadana incentiva a los gobiernos a utilizar los recursos estatales efectivamente para el bien colectivo y reduce los espacios para la corrupción”*⁴²⁹.

Como se observa, son diversas las normativas extrapenales que se orientan en combinar esfuerzos con las normas penales en la lucha contra la corrupción, y si bien, cada una tiene incidencia en el tratamiento al fenómeno de la corrupción, todas ponen su atención en la conducta del funcionario público y no en la del particular.

⁴²⁸ Ley de acceso a la información pública (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011).

⁴²⁹ Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 356-2012*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014.

4.4.2 Normativas extrapenales que inciden en el tratamiento del cohecho de particular

A continuación, en este apartado se enfocará en referir aquellas normativas extrapenales relacionadas directa o indirectamente al combate de la conducta del particular que realiza el cohecho activo del art. 335 CP como manifestación de la delincuencia económica; es decir, el particular que al amparo de una persona jurídica, se acerca al funcionario para ofrecer, prometer o entregar una dádiva para que éste ejecute u omita un acto en el giro de sus funciones, relacionado a actividades o transacciones económicas o comerciales nacionales.

4.4.2.1 Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública

Como punto de partida, debe recordarse que el art. 234.1 de la Constitución salvadoreña establece como regla general el uso de la licitación pública para las contrataciones de la Administración pública⁴³⁰, cuya excepcionalidad se da en los casos que se determine por ley, que de acuerdo a criterios de la Sala de lo Constitucional, *“el legislador secundario queda habilitado para determinar los casos en los que, por mediar supuestos excepcionales, no sea factible la licitación pública como medio de contratación”*⁴³¹.

Para tales efectos, El Salvador cuenta con la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública –en adelante LACAP-⁴³², cuyo objeto versa, como refiere su art. 1, en determinar las normas que engloban

⁴³⁰ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983), art. 234.1.

⁴³¹ Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 65-2015*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

⁴³² Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (El Salvador: Presidencia de la República de El Salvador, 2000).

las acciones de planificación, adjudicación, contratación, seguimiento y liquidación de las adquisiciones de obras, bienes y servicios en el sector público. En el art. 39 LACAP se consignan las distintas formas de contratación con el Estado: licitación o concurso público, libre gestión y contratación directa; siendo la licitación pública la regla general en los procesos de contratación con la Administración.

La licitación pública es entendida como “*aquel procedimiento administrativo por el cual la administración, invita a los interesados a que, sujetos a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionara y aceptara (adjudicación) la más ventajosa, o conveniente*”⁴³³. Lo anterior supone que la Administración debe adjudicar al oferente con base en cuestiones objetivas, es decir, a aquella empresa que haya presentado la mejor oferta, en el sentido que suponga “*el menor costo con las mejores condiciones de ejecución*”⁴³⁴, con lo cual, se logra favorecer la competencia y el acceso a la contratación por los interesados del sector privado.

De ello se desprende que la LACAP incluye un sistema ordenado que incide positivamente en el control que debe darse en la adquisición y contratación de la Administración pública; de tal forma que, las personas jurídicas a través de sus representantes empresarios deben cumplir los requisitos jurídicos, técnicos, económicos, entre otros, al momento de participar en los procesos de contratación que establece la LACAP, sea a través de los procesos de licitación, de contratación directa u otros, pero a la base de la legalidad, que es el fin pretendido por la LACAP, y definitivamente sin valerse de ofrecimiento de dádivas a los funcionarios de la Administración.

⁴³³ Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 301-2011*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.

⁴³⁴ Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 61-2011*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

De forma coincidente con lo anterior, se advierte de forma indirecta que, conforme al art. 158.IV.b) de la LACAP, a efecto de sanción, castiga los supuestos en que particulares realizaren el cohecho activo como modalidad de delincuencia económica, aunque no lo dice expresamente, pero ello es deducible de la lectura de la norma, en vista que establece la inhabilitación al particular por el plazo de 4 años para participar en procedimientos de contratación administrativa: *“al oferente o contratista que...suministrare dádivas, directamente o por intermedio de tercera persona a los funcionarios o empleados involucrados en un procedimiento de contratación administrativa”*⁴³⁵.

Lo anterior puede ser eficaz para el combate de la corrupción pública vinculada con la corrupción que surge en el sector privado, dado que se excluye a la empresa que ha sobornado por medio de su representante o administrador, para futuras contrataciones con la Administración; no obstante, se debe hacer un procedimiento administrativo previo que concluya en una resolución que imponga la sanción de inhabilitación a la empresa oferente o contratista⁴³⁶. Por tanto, tal procedimiento no se encuentra supeditado a lo resuelto por un proceso penal, ni a una sentencia condenatoria previa por el cohecho activo del delincuente económico.

No obstante, resulta positivo indicar que la LACAP establece que las personas físicas o jurídicas que hayan cometido el delito de cohecho activo, no podrán ofertar ni contratar con la Administración pública (art. 25 LACAP). Sin embargo, no se establece en tal normativa ni en la legislación penal ni procesal penal, que el juez penal informe a las entidades estatales cuando existan sentencias condenatorias de cohecho activo de personas que hayan

⁴³⁵ Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (El Salvador: Presidencia de la República de El Salvador, 2000), art. 158.IV.b)

⁴³⁶ *Ibid.*, art. 160.

sobornado a funcionarios públicos en procesos de contratación con el Estado, ello constituye una limitación a la normativa relacionada que mereciera ser analizada para evaluar una reforma.

Por otra parte, es importante que se mantenga “*el sistema de pesos y contrapesos en los procesos de selección de contratistas*”⁴³⁷, congruente con ello, no debe obviarse que las empresas que se consideren afectadas por no ser seleccionadas por el Estado al emitir su resolución de adjudicación, y considerar que la oferta seleccionada no es la más favorable para el interés público, tal decisión es susceptible de recurso de revisión (art. 56 LACAP).

Ahora bien, debe decirse que la LACAP permite en casos puntuales, que el Estado aplique la contratación directa de personas jurídicas, lo que supone que ello sea sin que se realice por otras formas de contratación como pueda ser la licitación o concurso público donde varias empresas en igual de oportunidad se presenten a la misma (art. 40 LACAP).

Así, la Administración pública puede obviar tal proceso por vía de contratación directa, siempre que concurra alguna de las causales del art. 72 LACAP, esta situación debe ir acompañada del cumplimiento de criterios objetivos que sustenten la persona seleccionada, así como la publicidad y transparencia en las decisiones de la Administración pública a la hora de hacer la contratación directa de obras o suministros públicos, con el fin de evitar contrataciones que se sustenten por vínculos preexistentes entre funcionarios y empresarios, ya sea por relación familiar, amistad, intereses políticos o por soborno.

⁴³⁷ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social –FUSADES–, “LACAP: Una herramienta para el desarrollo de un país, no la debilitemos”, *FUSADES*, n.º125, (2020): 7, http://fusades.org/publicaciones/PI_125_LACAP.pdf

Igualmente, la LACAP contiene un reglamento denominado “Reglamento de la Ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración pública”⁴³⁸, cuya finalidad es desarrollar la aplicación de las normas de la LACAP. En ella, llama la atención, la reciente reforma de 2020 realizada a su art. 48 del citado Reglamento⁴³⁹, dado que, antes de la reforma se establecía que el jefe de la Unidad de adquisiciones y contrataciones institucional debía llevar un registro de aquellos oferentes contratistas que retiraran las bases de licitación para participación en el proceso de contratación de un bien o servicio estatal, a través de la elaboración de una ficha individual de cada solicitante; pero esta disposición se sustituye por otra que suprime por completo lo anterior.

De lo anterior se desprende que, la nueva reforma comentada, se sitúa como un límite que afecta indirectamente en la lucha contra la corrupción, dado que incide en la transparencia de la información que circula en las oficinas de la Administración, en relación a los solicitantes de bases de licitaciones, lo que facilitaría que el Estado pueda elegir específicamente las empresas con las que desee contratar con libre criterio estatal, que dificultaría observar los parámetros objetivos adoptados. Por ello, sería conveniente que se reforme tal disposición y que se mantenga la redacción original.

En otro sentido, en relación a la detección de la corrupción y participación de los empleados públicos para tal fin, resulta positivo que la LACAP regule que los empleados públicos estén obligados a presentar denuncias por delitos que tengan conocimiento o que cometan sus autoridades y que no podrán ser

⁴³⁸ Reglamento de la Ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración pública (El Salvador: Presidencia de la República de El Salvador, 2013).

⁴³⁹ La reforma al art. 48 del Reglamento de la LACAP, establece lo siguiente: “*En el caso que las bases sean obtenidas en la Institución, el pago y obtención de las mismas deberá iniciarse el día hábil siguiente al de la fecha de la publicación del aviso de convocatoria en los medios de prensa escrita, sea por medio impreso o digital*”. Reformas al Reglamento de la Ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración pública (El Salvador: Presidencia de la República de El Salvador, 2020), art. 48.

despedidos por tal motivo⁴⁴⁰; sin embargo, dicha circunstancia no se contempla en el Código de trabajo para los empleados del sector privado.

De esa forma, los empleados que laboren en las empresas que en el giro de sus funciones detecten actos de corrupción y quieran denunciar, no tienen protección añadida en cuanto a su estabilidad laboral, cuestión que puede disuadir al trabajador para no presentar denuncia en supuestos que se entere de la comisión de cohecho activo, y así, se impida detectar actos de corrupción que surgen en el sector privado, cuando los altos jefes empresarios cometan cohecho activo del art. 335 CP, y en general, cualquier delito, lo que puede constituir una limitante en tema de detección de la corrupción, que convendría estudiarse una futura reforma al Código de trabajo.

4.4.2.2 Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita

Una de las normativas extrapenales que se vinculan con el combate de la corrupción, es la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita (en adelante LEDAB). La extinción de dominio es una consecuencia jurídico patrimonial, que a su base, resulta que la persona que figura como propietario, poseedor o tenedor, no se le reconoce derecho sobre bienes o ganancias que deriven de ellos que tengan

⁴⁴⁰ En el art. 19 incisos 3 y 4 de la LACAP se describe lo siguiente: “...Asimismo, los subalternos estarán obligados a denunciar pronta y oportunamente ante la Fiscalía General de la República, las infracciones o delitos de que tuvieren conocimiento, inclusive los cometidos por cualquiera de sus superiores en cumplimiento de esta Ley. Para lo cual se le garantizará estabilidad en su empleo, no pudiendo por esta causa ser destituido o trasladado ni suprimida su plaza en la partida presupuestaria correspondiente; la Corte de Cuentas de la República verificará el cumplimiento de lo anterior”. Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (El Salvador: Presidencia de la República de El Salvador, 2000), art. 19.

valor económico⁴⁴¹, en los casos que éstos se encuentren en uno de los presupuestos que señala el art. 6 de la LEDAB (referido a los bienes vinculados con actividades ilícitas que establece el art. 5 LEDAB, donde se incluyen los actos de corrupción)⁴⁴².

Una de las ventajas de la aplicación de la LEDAB en supuestos de corrupción como modalidad de delincuencia económica, es el hecho de que no requiere una condena penal por un delito de corrupción como el cohecho activo – contrario al comiso del CP que requiere esa declaración judicial-, para que se aplique la extinción del bien propiedad o en posesión del corruptor o de terceras personas que tengan conocimiento de su origen ilícito. De hecho, como bien afirma Martínez, el propósito de la extinción de dominio es *“contrarrestar el poder económico de las organizaciones criminales y las redes de corrupción, golpeando sus recursos financieros y debilitándolas en forma progresiva hasta su inoperancia... -donde- formas colectivas y empresariales de criminalidad obtienen exorbitantes ingresos monetarios que les permiten desarrollarse y expandirse a nivel mundial”*⁴⁴³, siendo así la extinción de dominio, una forma de “comiso sin condena”.

En ese hijo de ideas, la extinción de dominio puede proceder respecto de los bienes que hayan sido adquiridos a consecuencia de ganancias provenientes del acto de corrupción, o se haya instrumentalizado o destinado los bienes para la preparación y ejecución del cohecho activo, sobre los cuales, no corresponde el derecho de propiedad ni posesión de la persona que la detente,

⁴⁴¹ Martínez Osorio, “La extinción de dominio es constitucional. (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014/107-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional)”, *Revista de Derecho constitucional*, 3.

⁴⁴² Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 2013), arts. 5, 6 y 8.

⁴⁴³ Martínez Osorio, “La extinción de dominio es constitucional. (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014/107-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional)”, *Revista de Derecho constitucional*, 4.

sea ésta un empresario, una persona jurídica o un tercero ajeno al acto de la corrupción⁴⁴⁴. Igualmente, con la aplicación de la LEDAB se permite perseguir incluso los bienes por equivalencia, con el fin de que se compense el bien que ya no es sujeto a extinción⁴⁴⁵.

Por otra parte, la Sala de lo Constitucional ha mencionado en sus criterios jurisprudenciales que la extinción de dominio puede aplicarse a los particulares que realicen conductas equiparables al cohecho activo, así *“la acción de extinción de dominio también procede en contra de los particulares que participen en actos de corrupción de los cuales se derive un incremento ilícito de su patrimonio. Esto sucede cuando el corruptor comete delitos contra la administración pública, con el fin de lograr la adquisición de bienes o la adjudicación de contratos públicos o municipales”*⁴⁴⁶.

Es así que la extinción de dominio establecido en la LEDAB resulta una herramienta de gran utilidad, dado que pueden extinguirse los bienes procedentes de la corrupción, en vista que los bienes vinculados a los delitos de cohecho, siempre podrán ser objetos de extinción de dominio, dado que la acción de extinción de dominio es imprescriptible, puesto que su origen de ilicitud es de efectos permanentes, sin que se repare con el paso del tiempo.

⁴⁴⁴ Ello resulta sí, en vista que *“si las normas constitutivas y, además, las normas regulativas sobre el derecho de propiedad no se cumplen, el derecho de propiedad nunca llegará a consolidarse, quedará en estado de “apariencia” y, por tanto, quien posea el bien, como su aparente titular”*. Manuel Adrián Merino Menjívar, *Análisis constitucional de la acción de extinción de dominio en el ordenamiento jurídico salvadoreño*, tesis de maestría en Derecho Constitucional (Antiguo Cuscatlán: Universidad Dr. José Matías Delgado, 2018), 89.

⁴⁴⁵ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 146-2014/107-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

⁴⁴⁶ *Ibíd.*

4.4.2.3 Código de comercio

El Código de comercio reconoce los principios de buena fe o de confianza y de lealtad⁴⁴⁷, donde también se derivan normas éticas y morales en cuanto a las actividades y prácticas comerciales. En ese sentido, el art. 488.1 de dicha normativa, señala como limitación de la actividad mercantil 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...*”⁴⁴⁸; así mismo, establece que la inobservancia a tales obligaciones, conlleva que la persona perjudicada pueda requerir al juez que cese la conducta ilícita y que se le repare por el daño causado.

Lo anterior resulta congruente con la Carta magna, puesto que en ella se señala que se garantiza y se reconoce la libertad de la empresa como una forma legal para la adquisición de riquezas -arts. 102.1 Cn. y 488 del Código de comercio-⁴⁴⁹, siempre que su ejercicio no se dirija a vulnerar bienes jurídicos de los ciudadanos o a afectar a la población⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Igualmente, conforme a lo dispuesto en el Código civil salvadoreño, en su art. 1417, se señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, “*obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*”. En tal sentido, los contratos que se celebren con el sector público, donde una de las partes es la empresa, se debe celebrar sobre la base de la lealtad y buena fe de los negocios. Código civil de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1859), art.1417.

⁴⁴⁸ “*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 daño*”. Código de Comercio de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970), art. 488.

⁴⁴⁹ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Constituyente de EL Salvador, 1983), art. 102.1.

⁴⁵⁰ Martínez Osorio, “La extinción de dominio es constitucional. (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014/107-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional)”, *Revista de Derecho constitucional*, 29.

En ese sentido, los empresarios y directivos de las empresas, deben dar cumplimiento a tales principios u obligaciones en el giro de las actividades comerciales; de esa manera, tanto el principio de buena fe o de confianza, como el principio de lealtad comercial, son aplicables a las transacciones comerciales o económicas nacionales, cuyo incumplimiento o violación, conlleva la mala fe y a calificarse como una acción ilegal o arbitraria en materia comercial⁴⁵¹, lo cual, al mismo tiempo, facilita que surjan actos de corrupción en tales contextos.

Por otra parte, el Código de comercio establece dentro de su ámbito de competencias, los actos de comercio, los comerciantes –incluyendo las sociedades- y las cosas mercantiles; siendo que entre los actos de comercio se incluyen los actos que “*tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales y los actos realizados en masa por estas mismas empresas*”⁴⁵².

Asimismo, merece especial mención, que el Código de comercio regula como responsabilidad comercial, que la persona jurídica sea sancionada mediante la figura de la disolución, en los supuestos que tenga causa u objeto ilícito, dado que se considera nula y conllevará su disolución, la cual debe ser declarada por el juez. Sin embargo, tal normativa no contempla en sus disposiciones legales, la disolución de la sociedad lícita en caso de la comisión de delitos de corrupción, como puede ser el cohecho activo que hayan realizado sus representantes, administradores o directivos, en su nombre o representación.

⁴⁵¹ De Ángel, “Lealtad en el período precontractual”. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Tomo IV. Derecho privado*, 151-210.

⁴⁵² Código de comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1970), arts. 1-3.

En tal sentido, a pesar que la legislación comercial establece la posibilidad de que una persona jurídica sea disuelta por causa u objeto ilícito, no incluye los supuestos de comisión de delito, y ello supone un límite para la prevención del cohecho activo que surjan por otros empresarios de dicha persona jurídica que actúen en representación de la misma; no obstante, debe tomarse en cuenta que es una legislación infraconstitucional y previa a los tratados internacionales que persiguen la prevención, detección y sanción de la corrupción.

Por ello la UNODC, en el Informe sobre el examen de El Salvador sobre el cumplimiento de la CNUCC, en el período 2010-2015, recomienda a El Salvador que se reforme el Código de comercio para dar la facultad al juez *“para disolverse sociedades (lícitas) por delitos de corrupción que cometen sus representantes...”*⁴⁵³, una cuestión que debería evaluarse su reforma, en caso que no se establezcan sanciones penales a las personas jurídicas, mediante una reforma al CP.

Los desafíos continúan, las empresas deben tomar un papel protagónico en la lucha contra la corrupción que surge en el interior de las mismas cuando se sirven a la vez de la delincuencia funcional, y así, corresponsabilizarse, para lo cual es importante crear normas internas orientadas a prevenir la corrupción, o bien un programa de cumplimiento. Igualmente, es importante fomentar una cultura de ética en las empresas, que empiece desde los altos directivos de la

⁴⁵³ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), “Informe sobre el examen de El Salvador: Examen por el Estado Plurinacional de Bolivia y Singapur sobre la aplicación por parte de El Salvador de los artículos 15 – 42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44 – 50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010 – 2015”, UNODC, 2015, https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_11_14_El_Salvador_Final_Country_Report.pdf.

misma, la concientización del fenómeno de la corrupción con las personas que integran la mismos.

Igualmente, el Código de comercio debiera establecer principios éticos, deberes y prohibiciones, relacionados a denunciar, prevenir y sancionar los casos de sobornos a funcionarios públicos, exigibles a los empleados de la empresa en todos sus niveles, sujetos a sanciones en caso de incumplimientos.

Coincidente con lo anterior, como bien afirma Nieto Martín, es importante que se implementen procedimientos internos dentro de la empresa que permitan el cumplimiento de las normativas para que no hayan sobornos a funcionarios públicos, provenientes de bienes patrimoniales de la empresa⁴⁵⁴.

Y por último, apunta Terradillos una verdad que conviene aquí señalar, relacionada a que uno de los mayores desafíos en la lucha contra la corrupción es que se deben derrocar las barreras tradicionales de la “*irrecuperabilidad de los fondos ilegítimamente sustraídos al control público*”⁴⁵⁵, y no solo exigible al funcionario público, sino también, al particular que ofreció o entregó la dádiva al funcionario.

En tal sentido, el foco de la cuestión es, potenciar y aplicar el tratamiento penal y extrapenal de los bienes y ganancias procedentes de la corrupción, cuestión que el Código de comercio pudiera incluir en su normativa, tomando en cuenta

⁴⁵⁴ “Si, por ejemplo, en una entidad hay un gran número de empleados con tarjetas de crédito y el control sobre los gastos es escaso, hay una fuente de peligro. Igualmente si los procesos de contratación de persona son poco transparentes, la ventaja ilícita puede consistir en la contratación indebida de un familiar del funcionario público que es sobornado”. Nieto, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de defense sociale. Pour une politique criminelle humaniste*, 59-82.

⁴⁵⁵ Terradillos, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política)”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 208-209.

que se rige por los principios de buena fe y lealtad comercial, que incluye que los comerciantes no deben ejercer sus actividades contrario a la ley ni perjudicar a la economía nacional ni a la sociedad.

4.5 Reflejo en los tribunales salvadoreños de la aplicación práctica del cohecho activo como manifestación de la delincuencia económica

El cohecho activo del art. 335 CP contempla la conducta genérica del cohecho de particular, la cual, como se dijo *supra*, no describe de forma diferenciada cuando el cohecho de particular constituye una manifestación o modalidad de la delincuencia económica, en cuyo caso se trastoca también el orden socioeconómico, además de la Administración pública. De lo anterior se desprende que, al reflejarse esta modalidad de cohecho en la jurisprudencia salvadoreña, se observa que la aplicación del cohecho activo ha sido escasa en este tópico, y las sentencias emitidas que de forma indirecta se refieren a la conducta del particular, en su mayoría se sitúan en sentencias del cohecho de funcionario, como se verá *infra*.

Por otra parte, la extinción de dominio es una de las mejores herramientas que el legislador salvadoreño ha regulado en la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita, para el tratamiento de los bienes procedente de la corrupción; pues bien, a través del ejercicio de la acción de dominio que permita iniciar el proceso correspondiente, se puede concluir el proceso en una sentencia de declaración de la extinción de dominio de los bienes procedentes de la corrupción a favor del Estado de El Salvador.

En ese sentido, conviene a continuación, exponer en dos tópicos, el nivel de aplicación que tiene el cohecho en los tribunales salvadoreños, así como la

extinción de bienes procedentes de actividades ilícitas vinculadas a actos de corrupción; y por último, el análisis de los criterios jurisprudenciales por los jueces de la materia en relación al cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica.

4.5.1 Aplicabilidad del cohecho por parte de los operadores jurídicos

Para determinar la aplicabilidad en El Salvador de sanciones penales por delitos de cohecho, así como la aplicación de la extinción de dominio de bienes procedentes de actividades de corrupción, se solicitó a las unidades de acceso a la información pública de la Corte Suprema de Justicia –en adelante CSJ- y de la FGR, con base en el art. 66 de la Ley de Acceso a la Información Pública –en adelante LAIP-, la información base que coadyuvaría al desarrollo de este apartado de la investigación.

Primero, se solicitó datos estadísticos de sentencias condenatorias y absolutorias de los delitos de cohecho activo –art. 335 CP-, soborno transnacional –art. 335-A CP-, cohecho propio –art. 330 CP- y cohecho impropio –art. 331 CP-, que comprenden en el período del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2020, cuyo punto de partida coincide con el año que empezó el funcionamiento del Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, San Salvador⁴⁵⁶; asimismo, se solicitó las estadísticas de los requerimientos fiscales presentados por tales delitos de cohecho que haya presentado la FGR, a los juzgados de paz de todo el país, en el mismo período.

En segundo lugar, se solicitó datos estadísticos de las sentencias declarativas o no de extinción de dominio de bienes procedentes de actividades de corrupción, vinculados a los delitos de cohecho antes mencionados, que

⁴⁵⁶ Decreto de Creación de Tribunales Especializados en Extinción de Dominio (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2014).

comprenden en el mismo período antes relacionado; de igual forma, se solicitó los datos estadísticos de las acciones de extinción de dominio presentadas por la FGR ante el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, San Salvador, contra los bienes de personas jurídicas o sus accionistas por actividades ilícitas de corrupción o cohecho.

Todo lo anterior, a fin de verificar la habitualidad o no, de la judicialización del delito de cohecho en todas sus manifestaciones, así como los procesos que concluyeron en sentencias emitidas por delitos de cohecho por los juzgados y tribunales competentes del país, así como la extinción del dominio de bienes procedentes de actos de corrupción.

4.5.1.1 Situación actual de la aplicación práctica del cohecho como delito

A continuación, se considera importante exponer la situación numérica de sentencias de cohecho en el período del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2020, período paralelo al tiempo de funcionamiento que tiene el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, San Salvador, ya que ello permitirá conocer la aplicación que ha tenido la figura delictiva a supuestos de hechos de corrupción que puedan ser constitutivos de cohecho, ello a pesar de no incorporarse la variable de que se sitúen como modalidad de delincuencia económica, en vista que no se encuentra regulado con tal distinción en El Salvador, exceptuando el soborno transnacional del art. 335-A CP.

De igual forma, los datos anteriores serán comparados con la cantidad de requerimientos fiscales presentados por los delitos de cohecho, que corresponden al mismo período, que permitirá hacer un cruce de los procesos que concluyen en sentencia. Así, en la siguiente tabla se desglosan las cifras sobre el número de sentencias emitidas por los Tribunales de sentencia de El Salvador, de los delitos de cohecho, según detalle mostrado en la Tabla 1.

Tabla 1. Sentencias de cohecho emitidas por Tribunales de Sentencia

Período del 2014 al 2020	Sentencia Cohecho propio	Sentencia Cohecho impropio	Sentencia Cohecho activo	Sentencia Soborno transnacional
2014	0	1	0	0
2015	2	0	0	0
2016	3	3	3	0
2017	5	0	1	0
2018	2	0	0	0
2019	N/C	N/C	N/C	N/C
2020	N/C	N/C	N/C	N/C
TOTAL	12	4	4	0

Fuente:CSJ⁴⁵⁷

Los datos anteriores señalan la escasa frecuencia de sentencias emitidas por los Tribunales de sentencia del país en los delitos de cohecho, particularmente, no se ha emitido ni una sola sentencia en relación al delito de soborno transnacional del art. 335-A CP, y únicamente se han emitido 4 sentencias por cohecho activo del art. 335 CP.

Así, con base en los datos acotados, es fácilmente advertible que la frecuencia de sentencias se concentra en el cohecho de funcionario, que en su conjunto suman 16 sentencias en el período estudiado, un dato escaso, a pesar de examinarse un período de tiempo de seis años. Sin embargo, estos datos pueden ser inexactos, en vista de la información incompleta brindada por la CSJ, en vista que no se incluyó en los datos, las sentencias emitidas por

⁴⁵⁷ Cf. Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Resolución de respuesta Res. UAIP/164/RR/448/2021(3) del 6/IV/2021* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021) y Oficial de Información de la CSJ, *Resolución de respuesta Res. UAIP/174/RR/60/2018 del 7/II/2019* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

algunos Tribunales, y en el periodo de 2019-2020, la CSJ consideró dicha información “inexistente”⁴⁵⁸.

Ahora bien, llama la atención la diferencia numérica de requerimientos presentados por la FGR sobre los delitos de cohecho ante los Juzgados de paz del país; en la siguiente tabla se muestran los datos sobre la totalidad de requerimientos fiscales en comparación con las sentencias judiciales, que se dividió por períodos, según detalle Tabla 2.

Tabla 2. Comparativa de estadísticas de requerimientos y sentencias de cohecho

Período del 2014 al 2020	Cohecho propio	Cohecho impropio	Cohecho activo	Soborno transnacional
Requerimientos	121	35	75	2
Sentencias	12	4	4	0

Fuente: FGR⁴⁵⁹ y CSJ.

⁴⁵⁸ La CSJ mediante las resoluciones de información: Res. UAIP/174/RR/60/2018 del 7 de febrero de 2019 y Res. UAIP/164/RR/448/2021(3) del 6 de abril de 2021, exponen que los datos proporcionados en el período del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2018 se concentra sobre sentencias emitidas por los delitos de cohecho que corresponden únicamente a los Tribunales siguientes: Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador, Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, Tribunal Primero de Sentencia de Santa Tecla, Tribunal de Sentencia de San Vicente, Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel, Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel. Además, la CSJ aclaró que respecto de los períodos comprendidos del 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020, la información solicitada es inexistente. Cf. Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Resolución de respuesta Res. UAIP/164/RR/448/2021(3) del 6/IV/2021* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021) y Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Resolución de respuesta Res. UAIP/174/RR/60/2018 del 7/III/2019* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

⁴⁵⁹ Cf. Oficial de Información de la Fiscalía General de la República, *Resolución de respuesta N.º 161-UAIP-FGR-2021 del 8/IV/2021* (El Salvador: Fiscalía General de la República, 2021)

De la tabla que antecede, se advierte una diferencia considerable en cuanto al número de requerimientos fiscales por los delitos de cohechos presentados en los juzgados del país, versus el número de sentencias que reporta la CSJ en el mismo período por las figuras delictivas mencionadas. Sus distinciones son preocupantes, dado que refleja la poca habitualidad de que concluyan los procesos penales en una sentencia por los delitos de cohecho propio, impropio, activo y soborno transnacional.

No obstante, también la diferencia pueda deberse a que la CSJ tiene incompletos sus registros de sentencias que emiten los tribunales, en vista que en las resoluciones de respuestas emitidas por el oficial de información de la CSJ que proporcionaron con base en la LAIP, en una de ellas se aclaró que no se contaban con los registros de todos los tribunales de sentencia del país⁴⁶⁰, y en otra de sus resoluciones de respuestas, expone que la información es “inexistente”⁴⁶¹, lo que refleja las deficiencias del resguardo y clasificación de la información que la CSJ debería tener generada.

Por otra parte, se advierte con relación al delito de cohecho activo del art. 335 CP, que, a pesar que no se cuente con la variable de cohecho como modalidad de la delincuencia económica, resulta positivo que la Fiscalía General de la República ha presentado 75 requerimientos fiscales por este delito, en el período del 1 de enero de 2014 al 1 de enero de 2020.

y Oficial de Información de la Fiscalía General de la República, *Resolución de respuesta N.º 50-UAIP-FGR-2019 del 12/III/2019* (El Salvador: Fiscalía General de la República, 2019).

⁴⁶⁰ Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Resolución de respuesta Res. UAIP/174/RR/60/2018 del 7/III/2019* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

⁴⁶¹ Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Resolución de respuesta Res. UAIP/164/RR/448/2021(3) del 6/IV/2021* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021).

Esto indica que en El Salvador se judicializan con frecuencia procesos penales contra personas particulares, que supuestamente han ofrecido, prometido o entregado dádivas a funcionarios públicos, para que éstos realicen un acto corrupto en el giro de sus funciones, lo que coadyuva al cumplimiento de la CICC y la CNUCC, pero se visualiza la escasa conclusión de los procesos en una sentencia que determine la culpabilidad o inocencia de una persona acusada de cometer cohecho en cualquiera de sus modalidades.

4.5.1.2 Situación actual de la aplicación práctica de la LEDAB respecto de bienes procedentes de actividades ilícitas de corrupción

Como se ha dicho anteriormente, el tratamiento que se dé a los bienes o ganancias procedentes de la corrupción, resulta de mucha relevancia, puesto que además de la prevención y represión de las conductas de cohecho, se debe también implementar mecanismos que permitan recuperar “*los fondos ilegítimamente sustraídos al control público*”⁴⁶²; pero también, cumplir con el principio constitucional de que ninguna persona puede conseguir provecho económico derivado de la comisión de delitos⁴⁶³.

Para tales efectos, siendo relevante conocer la aplicabilidad que ha tenido la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita, en cuanto a los bienes o ganancias relacionadas al cohecho, se requirió los datos estadísticos de las resoluciones judiciales que declaren la extinción del dominio de bienes procedentes de actos de

⁴⁶² Terradillos, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política)”. En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, 208-209.

⁴⁶³ Martínez Osorio, “La extinción de dominio es constitucional. (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014/107-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional)”, *Revista de Derecho constitucional*, 3.

corrupción, situándose con la variable de estar involucrados los bienes de personas jurídicas y empresarios.

Sin embargo, la CSJ no brindó la información con tal especificidad, sino, solo en su generalidad, extendida a la extinción de bienes de toda actividad ilícita, sin distinguirse los supuestos relacionados a corrupción, en el período comprendido al inicio del funcionamiento del Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, San Salvador⁴⁶⁴, es decir desde junio de 2014 a diciembre de 2020.

Por otra parte, se solicitó a la FGR el número de solicitudes en los que se ejerce la acción de extinción dominio que permita iniciar el proceso correspondiente ante el Juzgado competente; empero, a la fecha de concluir esta investigación, la FGR no había remitido la respuesta a tal solicitud, por tanto no se cuenta con el cruce de la información.

Con las acotaciones anteriores, se presenta a continuación en la Tabla 3 que indica el número de sentencias emitidas por el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio, San Salvador, con el detalle en las cuales se haya declarado o no la extinción de dominio de los bienes procedentes de actividades ilícitas en general, a favor del Estado de El Salvador.

⁴⁶⁴ Decreto de Creación de Tribunales Especializados en Extinción de Dominio (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2014).

Tabla 3. Sentencias declarativas o no se extinción de dominio

Período del 2014 al 2020	2014	2015	2016	2017	2018	2019 ⁴⁶⁵	2020
Sentencias declarativas de extinción	0	13	12	14	9	1	N/C
Sentencias sin lugar la extinción	0	0	0	1	1	0	N/C

Fuente:
CSJ⁴⁶⁶.

De la tabla que antecede, se advierte la frecuencia de sentencias declarativas de extinción del derecho de dominio sobre bienes que tienen vinculación con actividades ilícitas –entre las cuales pueden ser actos de corrupción-, y la consecuente declaratoria de nueva titularidad sobre tales bienes a favor del Estado de El Salvador.

Con lo anterior, es fácilmente deducible del período de 2014 al 2020, la habitualidad de sentencias que extinguen el dominio de bienes vinculados con actividades ilícitas, que resulta un total de 49 sentencias declarativas en tal

⁴⁶⁵ La CSJ aclaró que en el período de 2019, según los registros del Centro de Documentación Judicial, el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio remitió únicamente una sentencia, mientras que en el período de 2020, no remitió ninguna sentencia. Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Resolución de respuesta Res. UAIP/201/RR/543/2021(1) del 26/IV/2021* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021).

⁴⁶⁶ Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Resolución de respuesta Res. UAIP/201/RR/543/2021(1) del 26/IV/2021* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021).

sentido, frente a 2 sentencias pronunciadas en contra; cuestión que ha permitido que las personas dueñas de tales bienes ilícitos, no obtengan provecho económico procedente de actividades ilegales, en los cuáles también pueden situarse los supuestos de cohecho activo.

Por tanto, es factible concluir que la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita, es una herramienta eficaz para el tratamiento adecuado de los bienes que están vinculados con actividades ilícitas, en los que pueden integrarse actividades de cohecho activo. En tal sentido, los jueces penales deben dar aviso a la FGR cuando en los procesos penales por delitos de cohecho que sean de su conocimiento, se adviertan bienes que puedan ser sujetos a extinción de dominio, a efecto que la FGR presente la acción que corresponda ante el Juez competente⁴⁶⁷.

4.5.2 Análisis de sentencias relacionadas al delito de cohecho activo como manifestación de la delincuencia económica

En párrafos anteriores se expuso la dificultad que presenta el fenómeno de la corrupción como manifestación de la delincuencia económica, al trasladarse al lenguaje jurídico penal en el ámbito de las transacciones económicas o comerciales nacionales; así, situados en el cohecho activo del art. 335 CP, se

⁴⁶⁷ “**Deber del Servidor Público de Informar**

Art. 50.- Toda autoridad, funcionario, empleado o agente de autoridad que en razón de su cargo o funciones, tenga conocimiento de la existencia de bienes que puedan ser objeto de la acción de extinción de dominio, está obligado a informar inmediatamente a la Fiscalía General de la República.

El incumplimiento de esta obligación, por parte del servidor público, constituirá una falta disciplinaria, la cual podrá dar lugar a las sanciones administrativas que correspondan, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente”. Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 2013), art. 50.

tiene que en dicho tipo penal no se visibilizan los supuestos particulares de este flagelo, sino que se entiende incluido en su generalidad.

Ello incide también en su reflejo en los criterios jurisprudenciales de los tribunales salvadoreños, la cual es escasa respecto de cuadros fácticos que sitúen como autores a empresarios que sobornen a funcionarios, pues, es casi nula en sentencias emitidas por cohecho activo en tales contextos. A pesar que se consultó la página web del Centro de Documentación Judicial para acceder a sentencias que reflejaran tal flagelo, ello resultó infructuoso, puesto que solo en dos de sus sentencias, se reflejó el cohecho activo atribuido a un empresario al amparo de una persona jurídica, siendo en una de ellas que se condenó al empresario y en la otra se le absolvió.

Igualmente, con base en la LAIP se solicitó a la CSJ, se proporcionaran las sentencias que los Tribunales han emitido por los delitos de cohecho; cuyo resultado derivó en una serie de sentencias relacionadas al cohecho en el sector público, y solo en una de ellas se reflejó la vinculación del cohecho activo con la delincuencia económica.

Lo anterior, no implica la inexistencia de este fenómeno delictivo, sino, su escasa importancia por parte de los operadores jurídicos competentes para su completa investigación y judicialización hasta la culminación en una sentencia; o también, esta situación puede ser en razón a la falta de denuncias de tales hechos de corrupción, ya sea porque las personas ignoren la existencia de una figura delictiva que la sancione, o teniendo conocimiento, no denuncian tales hechos por temor a represalias o falta de ética en las altas jefaturas, a pesar de las obligaciones legales que existen, como ya se mencionaron *supra*; empero, en el seno de las empresas, ninguna normativa garantiza la estabilidad del trabajador que opte por denunciar sobornos a funcionarios.

No obstante lo antes acotado, y la escasez de la jurisprudencia en la materia, es factible señalar tres sentencias, tres de ellas emitidas por tribunales penales de El Salvador en tema de cohecho genérico, y a pesar que dos de éstas, se enfocan su atención en la corrupción funcional, lo cierto es que brindan parámetros de interpretación para el resto de aplicadores jurídicos en este tópico de tanta importancia.

En tal sentido, se han seleccionado tres sentencias: la primera de ellas emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador –en adelante, Sala de lo Penal-, en relación a la comisión del delito de cohecho activo; la segunda emitida por la Cámara Tercera de lo Penal de la Tercera Sección del Centro, San Salvador –en adelante, Cámara Tercera-, en la cual se desprenden aportes jurisprudenciales en temas concursales de los delitos de Cohecho propio y Cohecho impropio.

Por último, se culmina con la única sentencia condenatoria de cohecho activo que está vinculada con la delincuencia económica, que se ubicó en los registros de la página de internet de la CSJ⁴⁶⁸, emitida por el Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, de la cual, deriva un cuadro fáctico que refleja el cohecho activo como modalidad de delincuencia económica a la que se ha hecho referencia en esta investigación. Es de mencionar que existe también una sentencia absolutoria por cohecho activo emitido por el mismo tribunal sentenciador en referencia, empero, dado que, curiosamente se trata del mismo cuadro fáctico, se ha seleccionado la primera sentencia señalada, por ser de carácter condenatoria.

En su orden, se expondrán a continuación las sentencias antes referidas.

⁴⁶⁸ Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador, acceso el 10 de diciembre de 2020, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/portal/>

4.5.2.1 Resolución con ref. 341C2017 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de 19 de marzo de 2019. No ha lugar a casar la resolución de sobreseimiento definitivo por cohecho activo, en vista que los agentes de la PNC no son funcionarios ni empleados públicos

En esta resolución, la Sala de lo Penal considera no casar el sobreseimiento definitivo a una persona acusada por los delitos de cohecho activo y Conducción peligrosa de vehículos automotores. Según se refiere en la sentencia, la representación fiscal apeló de la resolución de la Cámara *Ad quem*, únicamente del sobreseimiento definitivo emitido por el cohecho activo, no así del delito de conducción peligrosa de vehículos automotores, en consecuencia, la Sala de lo Penal analizó únicamente el caso del cohecho activo.

En el cuadro fáctico, se acusa al señor FH del cohecho activo, que surge como antecedente a un accidente de tránsito del cual FH al parecer había cometido en vista que el vehículo en el que se conducía había impactado a un bus internacional que circulaba en el carril contrario. Así, agentes policiales informaron a esta persona que lo detendrían por conducir el vehículo automotor en aparente estado de ebriedad. Ante tal situación, FH solicitó a los agentes policiales que lo dejaran ir, y que a cambio les entregaría cuarenta dólares, haciendo la entrega de tal dinero a uno de los agentes policiales, por lo cual, tales agentes detuvieron a FH por los delitos de cohecho activo y conducción peligrosa de vehículo automotor.

El sobreseimiento definitivo confirmado por la Cámara seccional, se sustenta en que la dádiva ofrecida y entregada por FH a los agentes policiales, no constituye cohecho activo, la Cámara realizó un análisis de tipicidad del art. 335 CP, en el cual concluyó que el delito de cohecho activo “*únicamente se*

consideran sujetos pasivos a los funcionarios o empleados, ese concepto no puede ser equiparado a una autoridad pública o a un agente de autoridad, como son los agentes de la Policía Nacional Civil”.

Por su parte, la agente de la FGR expuso que la Cámara de apelaciones inobservó el art. 335 CP, en relación a los arts. 144 Cn. y 6 letra b de la CICC, dado que debió integrar el supuesto de hecho del tipo penal del cohecho activo del art. 335 CP junto con el concepto de acto de corrupción de la CICC señalado en su art. 6 letra b).

La Sala de lo Penal consideró desestimado el motivo de apelación, en vista que la decisión adoptada por la Cámara seccional está apegada a derecho, dado que la interpretación que merecen los arts. 335 y 39 CP, es que el agente de la Policía Nacional Civil no entra dentro del concepto de empleado público, sino de Agente de autoridad, por lo cual, *“sobre la base del Principio de Legalidad, en sus manifestaciones de taxatividad o mandato de certeza y de prohibición de la analogía, la interpretación de que el Agente de Autoridad Policial pueda ser considerado como un “Empleado Público”, no puede ser aplicada como posible solución en el presente caso”*. Razón por la que, la Sala de lo Penal resolvió sin lugar a casar el sobreseimiento definitivo, considerando atípica la conducta del señor FH.

Análisis

Como se observa, en esta resolución en estudio, se hace un análisis de tipicidad objetiva del art. 335 CP, que deriva en la atipicidad del mismo, en vista que la construcción normativa del cohecho activo, castiga únicamente las conductas de ofrecer, prometer o entregar dádivas a dos tipos de servidores públicos muy puntuales: a funcionario o empleado público. De tal forma que, se excluye de la tipicidad objetiva, cuando la conducta del particular se enfoca

en corromper a un agente de autoridad o autoridad pública, conforme lo señala el art. 39 CP.

En tal sentido, la interpretación efectuada por la Sala de lo Penal se considera acertada, por lo que se comparte el criterio que adoptó, dado que afirmar lo contrario y hacer una interpretación extensiva en este punto, sería *in malam partem*, conllevando a una interpretación analógica, prohibida en el derecho penal salvadoreño, en tanto que el concepto de funcionario público, no se extiende a los agentes policiales.

Sobre ello se reafirma la propuesta de *lege ferenda* señalada anteriormente en esta investigación, porque la circunstancia que rodea el art. 335 CP es que contiene zonas exentas de responsabilidad, de lo que se desprende la impunidad de las conductas de soborno activo a agentes de autoridad y autoridad pública, con lo cual, se reafirma la conveniencia de que en una futura reforma, se incluyan a éstos como sujetos pasivos en los que recaiga la acción típica de ofrecer, prometer o entregar una dádiva a éstos.

4.5.2.2 Sentencia con ref. INC-243-17 de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, de 26 de abril de 2018 Sentencia confirmatoria parcial de la condena por Cohecho propio y Cohecho impropio. Especial referencia a la aplicación del concurso de delitos en el cohecho

Al culminar la extensión de esta sentencia de 788 páginas, se confirman parcialmente una serie de condenas por diversos casos en concurso real de delitos, por las tipologías de Cohecho propio del art. 330 CP y Cohecho impropio art. 331 CP, en el proceso penal que se acusó y condenó a tres ex jueces que realizaron el hecho en su calidad de autoridad judicial, dado que se valieron de su cargo de Juez, para solicitar y recibir dádivas de personas

particulares para realizar actos en el giro de sus funciones, consistentes en emitir resoluciones y sentencias favorables a personas procesadas en los juzgados donde desarrollaban sus funciones jurisdiccionales.

Tomando en cuenta la extensa sentencia en referencia, y que se trata de conductas de cohechos genéricos, que no se vinculan con la delincuencia económica, se destacará únicamente los razonamientos dogmáticos situados en un cuadro fáctico de continuidad delictiva de uno de los ex jueces sentenciados, de cuya continuidad, se concluyó que el cohecho fue realizado como concurso real de delito y no como delito continuado como se reclamaba en las apelaciones presentadas por la defensa particular de uno de los sentenciados.

De esa forma, se delimita al análisis de uno de los puntos apelados por la defensa particular del ex juez EABB, respecto de un análisis del derecho aplicable a los hechos por los cuales se le condenó en concurso real. Es así que, el Tribunal sentenciador, condenó al señor EABB por los delitos de Cohecho pasivo propio y Cohecho pasivo impropio, debido que en distintos momentos y en distintos procesos judiciales que le fueron sometidos de su conocimiento bajo competencia de este ex juez, recibió pluralidad de dádivas por distintas personas particulares, para favorecer a distintos procesados con resoluciones favorables, incluyendo sobreseimientos y absoluciones, calificados como CASOS DOS, TRES, CUATRO Y SIETE.

Para la defensa técnica, el tribunal sentenciador, interpretó erróneamente las disposiciones que regulan las reglas concursales, y que debió aplicarse el concurso ideal o delito continuado, que era lo más favorable para el procesado.

La Cámara seccional, respecto del punto apelado, resolvió lo siguiente: “...no existe identidad de acciones, ni de propósito criminal, ni identidad de tiempo,

lugar y modo de ejecución respecto de los hechos que se acusó y condenó el procesado EABB, los cuales se denominaron caso DOS, TRES, CUATRO y SIETE, puesto que constituyen hechos independientes, en las que el autor EABB solicitó y/o recibió pluralidad de dádivas en supuestos distintos.

Se trata pues, de una pluralidad de acciones consistentes en solicitar una pluralidad de dádivas y/o recibir pluralidad de dádivas por parte de EABB, para realizar un acto contrario a sus deberes propio de sus funciones, o para realizar un acto propio de sus funciones, donde, como refiere el Tribunal Sentenciador no hay identidad de conductas, sujetos y objetos sobre las que recayó el comportamiento, por tanto no se cumplen las exigencias del delito continuado que se establece en el art. 42 CP”.

Por tales razones la Cámara seccional declaró sin lugar el punto de apelación impugnado, y confirmó la sentencia condenatoria en contra de EABB por los delitos de Cohecho propio art. 330 CP y Cohecho impropio art. 331 CP, en concurso real por los casos DOS, TRES, CUATRO y SIETE, manteniendo la pena de prisión por los cuatro delitos, que en su conjunto suman quince años de prisión. Además, la Cámara consideró que se debía dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 301 de la CNUCC, que establece que los Estados partes deben penalizar los delitos de cohecho con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de los hechos.

Análisis

Los aspectos fácticos de la sentencia dicta por la Cámara seccional, versan en que el sujeto activo realizó cohechos pasivos en distintos momentos, que se identifican como casos dos, tres, cuatro y siete, sobre los cuales se le condenó al señor EABB, quién ostentó el cargo de autoridad judicial, porque solicitaba o recibía jugosas dádivas a cambio que, en su calidad de juez,

emitiera resoluciones y sentencias favorables a procesados por los delitos, sometidos a su conocimiento.

De los argumentos jurídicos que se expone en la sentencia emitida por la Cámara Tercera de lo Penal, se advierte que adopta un criterio restringido en cuanto a las reglas concursales que el delito continuado del art. 42 CP, y al mismo tiempo, resulta flexible o extensivo en relación a las reglas de concurso de delitos, particularmente, las del concurso real del art. 41 CP, siendo éste último el que sustenta mayormente su criterio, justificando su interpretación en el deber del Estado de El Salvador, de dar cumplimiento a los compromisos internacionales adoptados con la suscripción de la CNUCC.

La pregunta principal que debería hacerse es, si a efectos dogmáticos penales, era aplicable la figura del delito continuado o de concurso real de delitos de cohecho propio y cohecho impropio por los que se le sentenció y condenó al señor EABB. Se es del criterio que, conforme a la doctrina mayoritaria, el delito de cohecho admite actividades concursales de delitos, pero no procede en supuestos que haya dos o más acciones que revelen el mismo propósito criminal, que infrinja la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aprovechándose el autor de condiciones similares de tiempo, lugar y ejecución, con lo que, las tipologías de cohecho, dadas en continuidad delictiva, son castigadas como delito continuado⁴⁶⁹.

Es así que, al visualizarse las reglas del art. 42 CP, y que en la sentencia en estudio, se señalan diversidad de actos constitutivos de cohecho propio y otros de cohecho impropio, se tiene que por separado, infringen las mismas disposiciones que regulan tales conductas típicas, en unos casos el cohecho

⁴⁶⁹ Cf. Ibiza Melián, “Análisis judicial del delito de cohecho”, *Estudios*, Vol. 7, (2019): 97-107 y Sergi Cardenal Montreveta, “Concepto, modalidades y límites del delito de Cohecho. Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10 (2002): 296.

impropio, y en otros casos el cohecho propio, y tratándose de la lesión al mismo bien jurídico tutelado por los delitos de cohecho pasivo, supone que, se está en presencia de un delito continuado de cohecho, que debiera calificarse por separado en continuidad aquellos que se calificaron como cohecho impropio, que estaría en concurso real con los hechos que se calificaron como cohecho propio.

Por lo que habría que retomar el mismo planteamiento que se ha hecho anteriormente, si se quiere cumplir con el mandato del art. 30.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, consistente en “*Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos*”, debería evaluarse una reforma, a fin de castigar con mayor rigurosidad los supuestos de Cohecho propio del art. 330 CP, el cual el legislador castiga de manera muy privilegiada al funcionario.

Lo anterior, dado que la pena que corresponde al cohecho propio, se sitúa el *quantum* de pena de los tres a seis años de prisión, a comparación del particular, que responde por el cohecho activo propio del art. 335.1 CP, a la pena de seis a diez años de prisión, a fin de evitar interpretaciones extensivas de las reglas concursales en el cohecho, a efecto de imponer mayor pena, la cual, a criterio personal, no era aplicable al presente caso. Empero, se observa que, de aplicarse las reglas de delito continuado en un caso como el presente, la pena que correspondería al señor EABB, sería solo la pena máxima por el cohecho propio –art. 330 CP- en concurso real con el Cohecho impropio –art. 331 CP-, es decir, la pena aproximada de diez años de prisión (art. 72 CP). Con lo antes mencionado, merece que se reflexione una futura reforma en cuanto a la pena que debe corresponder al autor de este tipo de delitos.

4.5.2.3 Sentencia con ref. 128-2019 del Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, de 1 de octubre de 2018. Sentencia condenatoria en procedimiento abreviado en contra de empresario que sobornó a funcionario público para beneficiar a su empresa para obtener la adjudicación de un contrato

En esta sentencia condenatoria se siguió las reglas del procedimiento abreviado, siendo que en el juicio se condenó al empresario IJRH, quien es propietario de una empresa, por el delito de cohecho activo, por entregar dádivas a funcionario público de la Alcaldía Municipal de San Alejo de la Unión, a cambio de obtener la adjudicación de contratos en dicha alcaldía, a favor de su empresa.

En los hechos confesados, se describe que el sentenciado es dueño de la empresa perforaciones 2,000, la cual se dedica a perforar pozos. En los años 2013 y 2014 se hizo una licitación en la Alcaldía Municipal de San Alejo de La Unión en relación a un proyecto de la construcción de un pozo en San Alejo, por ello, IJRH, a fin que se le adjudicara el proyecto, a través de uno de sus empleados ofreció y entregó dádivas a los funcionarios de la Alcaldía, específicamente al alcalde y al jurídico, pagando dádivas para obtener el proyecto.

De igual forma, a efecto de simular el concurso en el proceso de contratación municipal, los funcionarios de la alcaldía le dijeron a IJRH, que buscara otras empresas para participar en el concurso, a lo cual, no le representaba inconveniente al señor IJRH, dado que en la relación de los hechos, se menciona que tenía tres empresas más, por ello le dijo a su hija que participara con la empresa de ella, y según se refiere en la sentencia, también se incluyó la empresa de un hermano del señor IJRH, y así es como le fue adjudicado el proyecto a la empresa Perforaciones 2,000.

Es de mencionar que en la relación de hechos acusados, se vislumbra que en varias ocasiones, a la empresa Perforaciones 2,000 se le adjudicó contratos por parte de la alcaldía, al grado que, según auditoria interna, ya sobrepasaba los treinta y nueve mil proyectos internos con la misma empresa Perforaciones 2,000, y que debía adjudicarse a otra empresa. Igualmente, conforme a los hechos confesados por el señor IJRH, se intentó la negociación de otro pozo ubicado en otro lugar, sin llegar a ningún acuerdo, no se aclara con profundidad tales hechos a fin de vislumbrar si hubo o no otra conducta de ofrecimiento de dádiva a funcionario.

En la sentencia, consta que el señor IJRH confesó los hechos del cohecho activo que se le atribuían, siguiéndose las reglas del procedimiento abreviado, desfiló prueba documental y electrónica, que incluyó la documentación de la extracción del contenido del cruce de llamadas telefónicas de las personas vinculadas al caso. Asimismo, el juzgador consideró que se probó con certeza positiva que el señor IJRH, como propietario de Perforaciones 2,000, realizó negociaciones de tipo ilícitas con el jurídico de la alcaldía de San Alejo.

A pesar que el juez sentenciador declaró probados los hechos, no se cuenta con la fundamentación fáctica de la sentencia, en vista que no se describen los hechos probados concretamente, únicamente el juez expuso: *“Tener por hechos acreditados los atribuidos al sentenciado W A S Z, en la acusación fiscal y que fundaron el auto de apertura a juicio, que son los mismos que constan ya relacionados en el preámbulo de esta sentencia”*, relacionándose las iniciales del nombre de otra persona.

Finalmente, en el fallo de la sentencia emitida, el Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel, declaró penalmente responsable al señor IJRH del delito de cohecho activo, y le condenó a la pena de tres años de prisión; asimismo, se le suspendió la ejecución de la pena de prisión. Por otra parte,

en vista que la FGR solicitó la absolución de la responsabilidad civil del señor IJRH por ser un bien jurídico de carácter “difuso”, ni ofreció prueba para demostrarla; el Tribunal Sentenciador absolvió al señor IJRH de la responsabilidad civil por el delito de cohecho activo y no hizo mención alguna a la responsabilidad civil de la empresa Perforaciones 2,000 por tales hechos.

Análisis

En este caso se observa claramente la vinculación entre la corrupción pública con la delincuencia económica en relación con actividades económicas comerciales en el ámbito nacional. Se observa que se sitúa un empresario que al amparo de su empresa, por interpósita persona, ofrece y paga dádivas a un funcionario público, que en este caso es un alcalde, con el fin de que el funcionario ejecute un acto propio de sus funciones, siendo así, la finalidad ulterior la adjudicación de un contrato de perforación de pozos, es decir, para obtener ventaja en dicho mercado, frente a otras empresas que no se someten a la licitación por medio de dádivas; todo lo anterior, en el marco de actividades económicas comerciales nacionales.

Ahora bien, la sentencia analizada presenta algunas particularidades que son importantes resaltar, una de ellas es la falta de fundamentación fáctica, lo que supone la inobservancia del deber de motivación judicial y de los requisitos de la sentencia, con base en los arts. 2.1 de la Cn., 144, 395.3 y 400.2 del Código Procesal Penal. La Sala de lo Penal ha referido en sus criterios jurisprudenciales, que toda sentencia debe incluir una serie de etapas de motivación: la fundamentación fáctica, la fundamentación descriptiva, la fundamentación analítica o intelectual y la fundamentación jurídica⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 24-CAS-2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

En lo vinculante para el análisis, la Sala de lo Penal define la fundamentación fáctica, como aquella “*en la que se explayan las condiciones bajo en las que se produjo la conducta típica*”⁴⁷¹, es decir, se trata de la descripción de los hechos que el juzgador considera probados luego de valorar la prueba desfilada en el juicio. En tal sentido, esta sentencia podría devenir en nulidad parcial por falta de fundamentación fáctica, y conforme al art. 475 del CPP, el juez sentenciador debe complementar esta etapa sumamente importante de la sentencia.

Por otra parte, se observa que el agente de la FGR negoció con la defensa técnica el procedimiento abreviado a favor del señor IJRH en la etapa del juicio por el delito de cohecho activo; sin embargo, no existió proactividad por parte de FGR para la recuperación de las ganancias económicas ilícitas derivadas del acto de corrupción.

Además, en cuanto a la responsabilidad civil, la FGR solicitó la absolución del señor IJRH argumentando que el caso se trataba de un bien jurídico de carácter difuso y no presentó prueba; igualmente, no se relaciona que haya ejercido la acción civil en contra de la empresa Perforaciones 2,000, lo que evidencia la falta de aplicación de los arts. 38.2, 114 y 118 CP; lo anterior, en vista que, a pesar que se relacionó en la base fáctica fiscal, que el señor IJRH actuó en nombre de una empresa que se benefició del acto de corrupción, no se relaciona que el agente fiscal ejerció la acción civil en contra de la empresa

⁴⁷¹ “...El deber de motivación se encuentra normado, en el artículo trescientos noventa y cinco del Código Procesal Penal, y detalla en síntesis, que una argumentación integral y plena se produce cuando la sentencia dictada está dotada de **una fundamentación fáctica** en la que se explayan las condiciones bajo en las que se produjo la conducta típica; **una argumentación probatoria descriptiva**, en la cual el Juzgador señala los datos conocidos en el debate; **una fundamentación intelectual** donde se estudia la prueba que desfiló en juicio; y finalmente, **una exposición jurídica** en que se sustentan las normas aplicables al supuesto y la determinación de la pena...” Sala de lo Penal, Sentencia de Casación, Referencia: 214C2014 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

conforme al art. 42 CPP⁴⁷², sino que, la ejerció únicamente en contra del señor IJRH, y que finalmente en el juicio, no solicita condena de carácter civil.

De esa forma, la sentencia en estudio emite el fallo correspondiente a la petición fiscal, la absolución en responsabilidad civil del señor IJRH por el cohecho activo; igualmente, no existe pronunciamiento alguno en cuanto a la responsabilidad civil solidaria que correspondía a la empresa perforaciones 2,000, cuestión que no debe causar sorpresa, en vista de la pasividad de la FGR para ejercer la acción civil en contra de la empresa, y que el juzgador no debe resolver *extra petita* en este supuesto.

A pesar que la normativa está dispersa, la FGR debiera tener presentes tales normas jurídico-penales, como son los arts. 38.2, 118 CP, 42 y 80.3 CPP, a fin de ejercer la acción civil en contra de la persona jurídica en los requerimientos fiscales por los delitos de cohecho activo, cuando ello fuera procedente. Y no se dice que FGR no tiene presente tales disposiciones legales; pero en este caso, del análisis de esta sentencia, se releva otra cosa.

Por último, debe señalarse que en la sentencia no se relaciona si existió la identificación de bienes obtenidos de las ganancias del acto de corrupción que pudieran ser susceptibles de extinción de dominio, a efecto de que el juez diera aviso a la FGR para que investigara si procedía o no la acción de extinción de dominio de bienes, conforme al art. 50 de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita de la República de El Salvador. Igualmente no se refleja pronunciamiento sobre el comiso de bienes, en vista que no se relaciona si el ente fiscal solicitó en su momento, el secuestro de objetos producto del acto de corrupción.

⁴⁷² “**Acción civil. Art. 42.-** La acción civil derivada de los hechos punibles, se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los autores y partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable”. Código Procesal Penal de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), art. 42.

En conclusión, no solo la normativa penal necesita ser reformada para reflejar con especificidad la vinculación de la delincuencia económica y la delincuencia funcionarial en actos de corrupción, y así dar cumplimiento adecuadamente a las normas internacionales en tema de combate de corrupción, a fin que se refleje en el tipo penal, el cohecho activo relacionado a las actividades comerciales o económicas nacionales; sino también, capacitar a los fiscales y jueces que aplican la ley, a fin que en sus actuaciones coadyuven a cumplir de mejor forma los compromisos internacionales en la lucha y sanción de los actos de corrupción que ha adquirido el Estado de El Salvador.

CONCLUSIONES

En este apartado se expondrán las principales conclusiones a las que se arribó de cada uno de los tópicos de mayor relevancia que conforman la presente investigación. Así también, se aclara que, al finalizar este apartado, se presentan las recomendaciones, donde se darán a conocer las valiosas propuestas de *lege ferenda* que se consideren pertinentes para mejorar la construcción jurídico penal del cohecho activo.

1. El tipo penal de cohecho en sus antecedentes normativos inmediatos en El Salvador, fue reconocido desde el primer Código penal de 1826, que castigaba el pacto entre dos personas, el sujeto corruptor y el sujeto corrupto, reflejando un carácter bilateral en el cohecho, ya que no castigaba la conducta unilateral del funcionario, aunque sancionaba atenuadamente al particular que ofrecía el soborno y el funcionario no lo aceptara. Además, el cohecho se vinculó normativamente desde sus primicias como delito de corrupción, que castigaba el soborno de servidores públicos, donde se incluía al juez que aceptaba, admitía o se conviniera a admitir soborno o regalo para realizar u omitir actos en el giro de sus funciones, “aunque sea justo”; ello visualiza que la corrupción pública aquejaba al país, por lo menos, desde hace casi doscientos años, al reconocerse como figura delictiva desde la primera codificación penal en El Salvador.

2. La legislación penal salvadoreña, desde su génesis, reconoció como delito el cohecho de particular, referida a aquella conducta del particular que soborna al funcionario público, puesto que se castigó este tipo de acciones desde el primer Código penal; pero es hasta el CP de 1973, que se reguló por primera vez el tipo penal de “cohecho activo” con tal *nomen iuris*; así también, tal

código lo distinguió del cohecho propio y cohecho impropio para describir la conducta del cohecho de funcionario.

3. A partir del CP de 1973, se reconoce que el cohecho en algunos supuestos tiene un carácter unilateral, en vista que en el delito de cohecho pasivo se castiga por primera vez en El Salvador, al funcionario que “solicite” una dádiva, para hacer, omitir o retardar un acto debido, propio de sus funciones o por uno ya realizado; es decir, ya no requiere que exista el acuerdo bilateral entre el funcionario y el particular, y es hasta el CP de 1998, que se castiga expresamente la conducta del particular de “ofrecer” la dádiva al funcionario público, lo que reafirma supuestos en que se castiga el acto unilateral en el cohecho.

Sin embargo, no queda claro en el art. 335 CP, que la conducta típica de “entregar” una dádiva por parte del particular, obedezca o se corresponda expresamente a una solicitud previa que le ha efectuado el funcionario público; cuyo efecto será a efectos de un proceso penal, que será innecesario probarse que pre exista una solicitud de dádiva por parte del funcionario público, para entenderse perfeccionado el cohecho activo cuando el particular entregue la dádiva a éste.

En ese hilo de ideas, se concluye que la naturaleza del cohecho activo, desde el punto de vista normativo, se constituye como un delito unilateral y autónomo, ello a pesar de ser un delito de corrupción, en el cual, el interés que tutela se sitúa en principio, en la puesta en riesgo al correcto funcionamiento de la Administración pública, el cual, por ser un delito de mera actividad y de peligro, se pone el riesgo con la mera acción del particular de ofrecer la dádiva a un segundo sujeto, que en el ciclo de la corrupción, corresponde que sea un funcionario o autoridad pública. Empero que, el cohecho activo no depende

para su criminalización que el funcionario pacte efectivamente con el particular, es decir, que el funcionario acepte el ofrecimiento de la dádiva.

Lo anterior afirmado, no impide que en algunos casos pueden coincidir comportamientos pluripersonales y bilaterales al concurrir las acciones del particular y la del funcionario que llegan a un acuerdo o un pacto corrupto a cambio de una dádiva, pero que, ello no condiciona la existencia del cohecho activo, ya que, a efectos penales, resulta suficiente la iniciativa del particular de ofrecer la dádiva al funcionario, pudiendo este último, rechazarla.

4. El cohecho tradicionalmente se le considera como aquel delito que lidera las figuras delictivas que integran el fenómeno de la corrupción, de hecho, el cohecho se concibe como sinónimo mismo de la corrupción, realizado con la finalidad de obtener un beneficio generalmente económico, en el cual, suele situarse como compraventa de la Administración pública, donde se instrumentaliza el cargo funcional para intereses espurios. Si bien, el cohecho se le ha identificado con la esencia de la corrupción pública, en la actualidad, se ha expandido a escenarios distintos, como es, en los supuestos de corrupción que surge del sector privado o empresarial.

5. En la doctrina actual, el cohecho puede definirse como una figura delictiva que traslada al lenguaje jurídico penal, el fenómeno de la corrupción, donde, generalmente es necesaria la intervención de dos personas, por una parte, la persona que puede adoptar una decisión respecto de la que se desea incidir, que puede ser un funcionario público en el contexto de la Administración pública o un particular en el marco de una empresa; y asimismo, es relevante la intervención de otra persona, esta es una persona física que en muchas ocasiones actúa al amparo de una persona jurídica, que incide en el primer sujeto, a través del ofrecimiento, entrega o promesa de un soborno, o

influyendo en éste por conexiones irregulares o ilícitas entre los funcionarios y los empresarios.

Lo anterior, no impide que existan supuestos en que no se perfeccione la intervención de las dos personas, es decir, que se materialicen casos unilaterales de cohecho, donde solo un sujeto se acerca a otro, para ofrecer o solicitar la dádiva, sin que sea indispensable, que el segundo sujeto acepte el ofrecimiento o entregue el soborno atendiendo la solicitud del primero.

6. A partir de las distintas posturas doctrinales, se colige que la figura delictiva clásica de cohecho, vela por proteger intereses relacionados a la Administración pública; entre las cuales, se encuentra un sector doctrinal que considera que el cohecho protege el interés que supone el principio de imparcialidad y el riesgo al principio de legalidad de la Administración. Mientras que para otro sector, la afectación al bien jurídico se sitúa en el correcto funcionamiento de la Administración, o bien, en la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración pública; para otros autores, el cohecho se configura para tutelar la integridad de la función pública. Empero, la doctrina mayoritaria y los criterios de la jurisprudencia penal salvadoreña se decanta por reconocer como bien jurídico tutelado en el cohecho, en su generalidad, el buen funcionamiento de la Administración.

Sin embargo, la doctrina actual enfatiza que es difícil concretar un único bien jurídico penal protegido para todos los casos de cohecho; por ello, debe entenderse el bien jurídico en sentido plural, que se concreta al observarse el acto delictivo que se materializará a cambio de la dádiva que el particular ofrece al funcionario o que éste solicite al particular. De esa forma, en algunos supuestos fácticos de cohecho, como por ejemplo, cuando el particular que soborna al funcionario, se sitúa en el ámbito privado al ser un empresario que actúa al amparo de su empresa, se puede afectar distintos bienes jurídicos

alejándose de aquellos que buscan en puridad, proteger únicamente a la Administración pública.

Así, cuando se dé el cohecho en otros contextos, como puede ser, los cohechos vinculados con la delincuencia económica, que instrumentaliza las funciones públicas para sus fines espurios, tales acciones suponen no solo la afectación de la Administración pública, sino también un riesgo o lesión al orden socioeconómico, la libre competencia, entre otros. Por tanto, el bien jurídico penal tutelado en el cohecho, debe entenderse en sentido plural, que para concretarse dependerá de los supuestos fácticos de cohecho vinculados a otros ámbitos, como pueda ser el económico, electoral o político, resultando importante en esta investigación, los cohechos vinculados al ámbito económico, donde, al manifestarse como una modalidad más de la delincuencia económica, cuando esté relacionado a transacciones económicas o comerciales, el bien jurídico penal que puede verse trastocado además de la Administración pública, es el orden socioeconómico.

7. El concepto de corrupción ha sido muy debatido por la doctrina, al punto que algunos autores afirman que es imposible establecer un concepto unitario de corrupción. No obstante, es posible enmarcar al menos tres características comunes en la definición de corrupción: la primera es que se presenta una persona que tiene una posición de poder y que abusa del mismo; la segunda, es la finalidad de conseguir una dádiva o ventaja habitualmente de índole patrimonial, a cambio de que se utilice ese poder de forma arbitraria; y la tercera, el secreto del pago, donde es indispensable que concurren dos personas para que se perfeccione, la persona que tiene ese poder de decisión, y la otra persona que ofrece, entrega o promete esa ventaja económica. La corrupción situada en el contexto de la Administración pública, resulta en que esa persona que tiene un cargo de poder es un funcionario público que, a

cambio de una dádiva que ofrece un particular, para ejecutar una acción en el ejercicio de su cargo por razones espurias y ajenas a los intereses estatales.

8. La corrupción pública tiene grandes afectaciones para las democracias y economías de los Estados, pues, ataca los valores principales del Estado constitucional y democrático de derecho, incluidos la democracia, ética, la justicia, deslegitimándolo; además que la población pierde la confianza en la imparcialidad de las actuaciones de los funcionarios públicos, quebrantando el correcto funcionamiento de la Administración pública.

Así también, los actos de corrupción ponen en riesgo la estabilidad política del Estado, comprometiendo sus recursos y afectando en el desarrollo sostenible del mismo; aunado a lo anterior y tal como lo reconoce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Sala de lo Constitucional, la corrupción conlleva la vulneración de los derechos humanos, particularmente el derecho de igualdad, dado que conlleva un trato distinto y arbitrario para favorecer a personas determinadas que se valen de la compraventa de la función pública y avalar su impunidad. Lo anterior ha conllevado a que la Comunidad internacional una esfuerzos en el combate a la corrupción, tanto desde el ámbito de su prevención como su represión.

9. Se advierte que en la legislación penal salvadoreña, el fenómeno de la corrupción trasladado al lenguaje jurídico penal, se tiene que se ha utilizado diferente el término para incluir distintas modalidades; en efecto, El Salvador, la criminalización de los actos de corrupción, se ha reflejado en diversidad de delitos cuyo *nomen iuris* no ha sido “corrupción”. Así, el Código penal no utiliza el término “corrupción” como figura delictiva, pero sí señala en el Título XVI “Delitos relativos a la Administración pública”, en su capítulo II “De la corrupción”, en el que se establecen figuras delictivas que se incluyen dentro del fenómeno amplio y social de la corrupción, siendo relevante mencionar: el

cohecho pasivo propio y cohecho pasivo impropio, pero llama la atención que no se incluye dentro de dicho capítulo, el cohecho activo, el cual se ha redirigido al capítulo III, bajo el epígrafe “De los delitos cometidos por particulares”, donde también se incluye el soborno transnacional. A pesar de lo anterior, es innegable que el cohecho de particular que soborna al funcionario, se sitúa su acción dentro del ciclo de la corrupción.

10. El delito de cohecho activo puede considerarse como un delito de corrupción pública, desde la óptica que detrás de todo caso de corrupción en el contexto de la Administración pública, existe necesariamente un cómplice privado, éste tiene una actuación que se criminaliza dentro de la figura delictiva de cohecho activo del art. 335 CP, se trata de la conducta del particular que ofrece, promete o entrega una dádiva a un funcionario público, para obtener por parte de éste, un acto en el giro de sus funciones estatales, que le permite obtener una ventaja privada o económica que no le corresponde. Siendo además un delito común, que puede ser realizado por cualquier persona, no exigiéndose ninguna cualidad o calidad especial en el sujeto activo.

Igualmente, la criminalización del cohecho particular, a pesar que se ha trasladado al lenguaje jurídico penal con el término de “cohecho activo” en el art. 335 CP, este delito castiga al autor por comportamientos activos como también pasivos, que a la vez pueden ser modalidades “propias” e “impropias”; por ello, resulta más adecuado denominar esta conducta como cohecho de particular y no como cohecho activo. Esta crítica se extiende también para el cohecho propio e impropio, dado que, a pesar que los arts. 330 y 331 CP castigan al funcionario público por conductas activas y pasivas en modalidades propias e impropias, esa distinción no se recoge en el *nomen iuris* del cohecho activo, lo que conlleva a *prima facie*, que el cohecho activo no incluye el castigo de conductas definidas como “propias e impropias”, cuestión que es un yerro;

por ello, para evitar confusiones, es más correcto que los cohechos propio e impropio se denomine como cohecho de funcionario público.

11. La corrupción privada no se regula como delito en la legislación penal salvadoreña. Este flagelo, supone también una especie de compraventa, pero en lugar de que la compra y la venta sean sobre las funciones públicas, ésta se sitúa en relación a las decisiones o funciones en la empresa y en consecuencia, el soborno se dirige a personas particulares del sector privado. Se trata de conductas fraudulentas desviadas o abusivas de las facultades de control y de decisión en la empresa, por parte de empleados de la empresa y de directivos en el giro de las actividades de la empresa actividad, ello con el fin de beneficiarla, conllevando enfrentamientos de intereses enmarcado en el ámbito privado.

No obstante, el Código de comercio señala que los comerciantes en el giro de sus actuaciones comerciales pueden cometer actos ilícitos cuando éstos incumplen realizar sus actividades con base en la legalidad, incumpliendo los principios de buena fe o de confianza y de lealtad en atención a las actividades y prácticas comerciales, que incluyen las transacciones económicas nacionales, que pueden perjudicar al público o a la economía nacional (art. 488 del Código de comercio).

Estos contextos facilitan la comisión de actos de corrupción, pero en esta normativa comercial, no se establecen sanciones para la persona jurídica por realizar conductas de corrupción, lo que constituye una restricción legal para sancionar adecuadamente estos comportamientos; por ello se señalará posteriormente, las recomendaciones dadas por la UNDODC que se consideran retomarse para una futura reforma.

12. La corrupción como manifestación de la delincuencia económica, se observa preliminarmente reconocida con dicha particularidad en la normativa penal salvadoreña, en los supuestos que las conductas de corrupción se desplazan cruzando las fronteras de los Estados, donde se sitúa el fenómeno de la “gran corrupción”, al estar vinculada con la delincuencia transnacional y organizada; se trata del cohecho de particular situado en las transacciones económicas internacionales, cuya figura delictiva se introdujo en la legislación penal salvadoreña en 2006, mediante reforma al CP de 1998, con el *nomen iuris* de Soborno transnacional.

El Soborno transnacional castiga a los particulares que sobornen funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad de otro Estado u organización internacional, para que éstos realicen u omiten actos en el giro de sus funciones, vinculados a transacciones económicas o comerciales. Como se observa, la afectación al bien jurídico tutelado se aleja de la Administración pública, y se acerca más a intereses de índoles económicas, como puede ser el orden socioeconómico; sin embargo, este tipo penal no es aplicable a las transacciones económicas o comerciales realizadas en el ámbito nacional, es decir, esta figura delictiva no incluye el soborno a funcionarios nacionales.

13. El delincuente económico también ha sido denominado por la doctrina como delincuente de cuello blanco, sin embargo, no se pueden tratar como sinónimos. El delincuente de cuello blanco es un término acuñado por Sutherland en 1939 como “*White Collar Crime*”, para caracterizar al autor y no al hecho criminal, se trataba de una persona que pertenece a una clase social alta, donde se sitúa el “hombre de negocios” y de “las grandes corporaciones.

Empero, este término de delincuente de cuello blanco, se restringió en esta investigación atendiendo a los supuestos de criminalidad de empresarios con

poder de decisión que lesionan con sus comportamientos el orden socioeconómico; y así, con tal delimitación se zanjó en esta investigación como “*delincuente de cuello blanco del sector privado*”, para describir de mejor forma, a la delincuencia económica que comete actos delictivos dentro del giro de su actividad empresarial que pueden afectar con su comportamiento, el bien jurídico orden socioeconómico, alejándose de meras características vinculadas al autor.

14. El delincuente económico que participa en el ciclo de la corrupción pública, puede ser una persona física, pero también una persona jurídica; esta última tiene responsabilidad civil solidaria por los actos que realicen las personas físicas en su nombre o representación, bajo la figura de “*actuar en el lugar de otro*”, conforme lo señala el art. 38.2 CP, con lo cual, se busca asegurar patrimonialmente los daños que se hayan causado por el cohecho activo. Sin embargo, se observa en las sentencias penales analizadas, su escasa o nula aplicación por parte de los jueces sentenciadores, así como también, la pasividad de la FGR para ejercer la acción civil solidaria en contra de las empresas que hayan cometido el delito de cohecho activo, lo que permite colegir, la importancia de capacitar a los aplicadores jurídicos en estos tópicos a fin de potenciar la aplicación de sanciones civiles a las personas jurídicas por su participación en comisión de delito de cohecho activo.

Además, debe colegirse que, la responsabilidad civil derivada del cohecho activo cometido por las personas físicas en el marco de una persona jurídica, no resulta suficiente para prevenir y sancionar la corrupción; por ello resulta necesario que se establezca en la legislación penal salvadoreña, un sistema de sanciones penales a las personas jurídicas por la comisión del cohecho activo, cuestión que también conllevaría a adecuar de mejor forma la

normativa nacional con los tratados internacionales que instan a los Estados a sancionar adecuadamente a las personas jurídicas por actos de corrupción.

15. A pesar que algunos sectores de la comunidad jurídica considera que la normativa penal salvadoreña se rige por el principio *Societas not post delinquere*, lo que supone que las personas jurídicas no pueden delinquir; lo cierto es que ello resulta cuestionable, en vista que al cotejar el Código procesal penal salvadoreño, se releva de manera incipiente una posible conclusión distinta, dado que, conforme al art. 80.3 CPP, la comisión de un hecho delictivo se le puede atribuir a una persona jurídica, con la limitación de que el hecho propio de la entidad jurídica, se le traslada a las personas físicas que acordaron o ejecutaron el delito, quiénes soportan la carga punitiva como destinatarios de la sanción penal.

Asimismo, el art. 80.3 *in fine* CP señala que “...*tendrán la calidad de imputados las personas que acordaron o ejecutaron el hecho punible*”, donde el legislador no distingue que esa persona imputada sea física o jurídica; en tal sentido, se debe recordar que las personas jurídicas actúan a través de sus integrantes, puesto que funcionan como órganos corporativos, con lo cual, sus actos se vinculan con las acciones de las personas que integran sus órganos de administración y a través de ella se acuerdan o ejecutan las decisiones, donde puede incluirse el acto de corrupción.

No obstante, la legislación penal salvadoreña no establece un sistema de sanciones penales para la persona jurídica; por tanto, a pesar que esta disposición procesal, conlleva la posibilidad de que se desarrolle la responsabilidad penal de la persona jurídica, aún no se cuenta con la normativa adecuada para su represión y ello constituye una restricción legal para sancionar penalmente a las personas jurídicas por el delito de cohecho activo que cometan.

16. La experiencia española en cuanto a la criminalización y sanción penal de conductas de corrupción en su CPE, refleja grandes avances en comparación a la legislación penal salvadoreña. Muestra de ello es que en la normativa penal española, se establecen tipologías delictivas que no se castigan penalmente en El Salvador, como el delito de corrupción privada y el cohecho activo como manifestación de la delincuencia económica, en vista que sanciona de forma diferenciada, los actos de corrupción relacionados a las contrataciones o subvenciones con el Estado y la tipificación del delito de financiamiento ilegal de los partidos políticos.

Así también, con mayor relevancia vale apuntar que, la legislación penal española señala claramente un sistema de responsabilidad penal para personas jurídicas junto con un sistema de sanciones penales para las personas jurídicas en casos de comisión de delitos de corrupción, dónde se sitúa también el cohecho activo y la corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

17. La corrupción pública tiene una interrelación con la corrupción privada, ella es visible cuando la criminalidad económica se sirve de la delincuencia funcional y viceversa. En tal sentido, la corrupción es una modalidad más de la delincuencia económica, siendo el delito de cohecho donde más se manifiesta.

Es así que, en tales contextos fácticos en los que se sitúa la compraventa de las funciones públicas, donde se observa que el particular actúa al amparo de una persona jurídica que se sirve de la criminalidad funcional, a la cual extiende sus tentáculos, instrumentalizando a la Administración con el propósito de alcanzar sus objetivos económicos a favor de su empresa, se puede concluir que, en tales supuestos el cohecho activo, como delito de

corrupción, constituye a la vez, *una manifestación de la criminalidad económica*.

18. Entre los aspectos más relevantes que se extraen de esta investigación, se encuentra que el cohecho activo en muchas ocasiones es utilizado por la delincuencia económica para sus intereses espurios en las relaciones económicas nacionales, con ello se afecta no solo la Administración pública sino también el orden socioeconómico, como bienes jurídicos en riesgo o trastocados con esta conducta, lo que indica la pluriofensividad del bien jurídico tutelado en el cohecho activo.

Empero, esta modalidad de cohecho no se visibiliza en la actual regulación jurídica penal del art. 335 CP, lo que constituye un límite para combatir y sancionar adecuadamente el cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica.

19. El cohecho activo regulado en el art. 335 CP castiga la conducta del particular que promete, ofrece o entrega dádivas a un funcionario o empleado público. Sin embargo, no se castiga al particular cuando soborna a un agente de autoridad o autoridad pública, en tal sentido dichas conductas son impunes, puesto que quedan fuera del ámbito de la tipicidad objetiva, al no contemplarse tales sujetos en el art. 335 CP. Esto constituye un límite al tratamiento jurídico penal del cohecho activo, a efecto que pueda ser sancionado el particular en todos los supuestos que soborne a un funcionario público, por lo que debe extenderse a todos los sujetos nominados en el art. 39 CP.

20. Existe una disparidad en cuanto a las sanciones penales que se imponen a las distintas modalidades de cohecho, no existiendo congruencia entre ellas, violentándose el principio de proporcionalidad de las penas así como el de igualdad, en vista que el funcionario público en el cohecho pasivo propio –art.

330 CP-, es sancionado penalmente con menor rigurosidad –con la pena de prisión que oscila de tres a seis años-, en comparación del particular que realiza el cohecho activo propio, cuya pena se sitúa entre seis y diez años de prisión (art. 335 CP).

Igualmente, el particular en el cohecho activo propio es sancionado con mayor rigurosidad que el particular que soborna a un funcionario público de otro Estado relacionado a una transacción económica internacional –art. 335-ACP-, en vista que la pena de prisión es de dos a cuatro años, sin que exista una justificación del legislador para ese tratamiento punitivo distinto, lo cual debilita el mensaje de prevención con el cual se pretende disuadir al sujeto de realizar prácticas de corrupción.

Esto constituye un límite al tratamiento jurídico penal de la figura del cohecho, puesto que limitar la efectividad de las sanciones que deben aplicarse a los delitos de corrupción, a fin de dar cumplimiento al art. 30.1 de la CNUCC que señala “*Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos*”, no cumpliéndose en el presente caso, puesto que la disparidad de sanciones que se imponen para las modalidades de cohecho, vistas en su conjunto, inciden negativamente para ser consideradas “eficaces” para sancionar la corrupción funcional.

Además, se envía un mensaje negativo a la población así como a la delincuencia económica, ésta última se ve situada en una relación de desigualdad con respecto al tratamiento punitivo que tiene el funcionario, además que el tratamiento punitivo del soborno transnacional es más benevolente, lo que puede situar al delincuente económico a evaluar costos y beneficios frente al riesgo de ser sancionado penalmente, le será más ventajoso cometer un cohecho activo de funcionario extranjero que un

cohecho activo de funcionario nacional, lo que constituyen límites para un tratamiento adecuado al combate a la corrupción, como modalidad de la delincuencia económica.

21. En relación a las penas privativas de libertad que se establecen para el particular empresario que soborna al funcionario, actuando en el marco de las actividades de una persona jurídica, si bien resulta importante aplicar penas de prisión para la persona física, la legislación penal salvadoreña no contempla penas suficientes tendientes a que los fines de prevención especial sean efectivos en la lucha contra futuros actos de corrupción.

Por ejemplo, la persona física puede continuar en el ejercicio de su actividad empresarial y continuar participando en las contrataciones con el sector público o intervenir en transacciones comerciales nacionales de relevancia pública; ello constituye una limitación para que sea efectiva la prevención de futuros actos de corrupción como manifestación de la delincuencia económica, en vista que el empresario puede continuar participando en futuras licitaciones con el sector público.

Lo anterior podría solventarse con reformas al sistema de sanciones penales para la persona física, que incluya la inhabilitación para participar en licitaciones públicas o penas de multas, además se retoma nuevamente la laguna de punibilidad para sancionar penalmente a las personas jurídicas, en vista que no existe un sistema de sanciones penales para aplicárseles, como pudiera ser, la disolución de la empresa o la suspensión de sus actividades por un plazo determinado, o no participar en futuras contrataciones con el sector público, entre otras. Ello constituye restricciones legales que impiden sancionar adecuadamente a las personas jurídicas por la comisión de delito de cohecho activo, por ello, en el apartado de recomendaciones, se señalarán las propuestas correspondientes para desvanecerlas.

22. En El Salvador debe implementarse una política criminal eficiente y eficaz para la lucha del cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica. La CNUCC brinda directrices sobre la política criminal dirigida al combate de la corrupción; así, promueve que los estados parte se planteen reformas al derecho penal y procesal penal encaminadas a prevenir conductas de cohecho tanto de los funcionarios públicos como también de las personas particulares corruptoras; asimismo, que se implementen políticas que apliquen los principios de integridad, independencia, transparencia en las actuaciones públicas, pero también, la obligación de rendir cuentas, tanto del sector público como del sector privado.

Igualmente, los estados deben tener una conducta proactiva, vigilando la efectividad de las medidas administrativas que se aplican en la lucha de la corrupción; observando la cooperación entre organismos nacionales, particularmente, entre los organismos y funcionarios públicos, con respecto de aquellos que deben investigar y procesar delitos, para que se informe cuando existan razones para sospechar que se ha realizado algún delito de corrupción, para lo cual este personal debe estar capacitado y especializado para desempeñar adecuadamente sus funciones, quienes se les debe preservar su independencia en sus funciones; todo ello está dirigido en que disminuya la superposición de los intereses privados en la corrupción gubernamental y se prevenga actos de corrupción.

23. Existen diversas normas extra penales que pretenden la prevención y represión de actos relacionados a la corrupción pública, como modalidad de la delincuencia económica. Particularmente, debe decirse que la Ley de Ética Gubernamental establece un procedimiento administrativo sancionatorio a seguirse en contra de los servidores públicos que cometan actos de corrupción, siempre que no constituya delito, en cuyo caso se debe remitir el

caso a la FGR. Sin embargo, dicha ley no señala si el procedimiento debiera continuar cuando la FGR decide archivar el caso y no ejerce la acción penal, o el supuesto en que la ejerza pero el juez penal dicta sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria a favor del servidor público por el delito relacionado con la corrupción.

La consecuencia de lo anterior, debiera ser el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio de ese servidor público que no fue sancionado penalmente, ante el Tribunal de Ética Gubernamental, a fin que dicho tribunal establezca si merece o no sanción administrativa. Empero lo anterior, no se regula expresamente en la LEG, lo que supone una restricción legal para sancionar conductas relacionadas a posibles actos de corrupción, lo que pudiera evaluarse en una futura reforma.

24. El art. 234.1 de la Constitución salvadoreña establece como regla general el uso de la licitación pública para las contrataciones de la Administración pública, cuya excepcionalidad se da en los casos que se determine por ley; así, en el art. 39 de la LACAP se consigna la licitación pública como la regla general en los procesos de contratación con la Administración. En ese contexto, las personas jurídicas a través de sus representantes empresarios no deben valerse del ofrecimiento de dádivas a los funcionarios de la Administración, involucrados en un procedimiento de contratación administrativa en cuyo caso pueden ser sancionados conforme al art. 158.IV.b) de la LACAP, con la inhabilitación al particular oferente o contratista por el plazo de 4 años para participar en procedimientos de contratación administrativa.

Igualmente, se establece en el art. 25 LACAP, que las personas físicas o jurídicas que cometan el delito de cohecho activo, no podrán contratar ni ofertar con la Administración pública. Sin embargo, no se establece en tal

normativa ni en la legislación penal ni procesal penal, que el juez penal informe a las entidades estatales cuando existan sentencias condenatorias de cohecho activo de personas físicas o jurídicas que hayan sobornado a funcionarios públicos en procesos de contratación con el Estado, ello constituye una limitación a la normativa relacionada que mereciera ser analizada para evaluar una reforma.

25. Finalmente, a partir del análisis realizado con los datos proporcionados por la CSJ y la FGR, a través de las Unidades de Acceso a la Información Pública, con base en la LAIP, se ha constatado que en El Salvador se judicializan con frecuencia procesos penales contra personas particulares, por la supuesta comisión del delito de cohecho activo, donde han ofrecido, prometido o entregado dádivas a funcionarios públicos, para que éstos realicen un acto corrupto en el giro de sus funciones, lo que coadyuva al cumplimiento de la CICC y la CNUCC; pero se visualiza la escasa conclusión de los procesos en una sentencia que determine la culpabilidad o inocencia de una persona acusada de cometer cohecho en cualquiera de sus modalidades.

No obstante, también debe señalarse, que partir de la información proporcionada, la CSJ tiene incompletos sus registros de sentencias que emiten los tribunales, en vista que, en las resoluciones de respuestas que la CSJ proporcionó con base en la LAIP, en una de ellas se aclaró que no se contaban con los registros de todos los tribunales de sentencia del país, y en otra de sus resoluciones de respuesta, expone que la información es “inexistente”. Lo anterior, refleja las deficiencias del resguardo y clasificación de la información que deberían tener generada en la CSJ.

RECOMENDACIONES

A continuación se plantean las recomendaciones de mayor relevancia a las que se arriban en esta investigación, en las que se incluyen en algunas de ellas, propuestas de *lege ferenda*, a fin de desvanecer las limitaciones a la regulación jurídica salvadoreña para sancionar penal y adecuadamente la conducta de cohecho activo como manifestación de la delincuencia económica.

1. A nivel legal, deben efectuarse modificaciones a la regulación actual del art. 335 del Código penal, para que incluya en la descripción de la conducta prohibida, los supuestos fácticos de particulares que sobornen no solo al funcionario y empleado público, sino que se extienda a todos los sujetos señalados en el art. 39 CP, referidos a: la autoridad pública y agente de autoridad; lo anterior en vista que tales sujetos no están comprendidos entre aquellos a quienes se les ofrece o entrega la dádiva o ventaja indebida que señala el art. 335 CP.

Ello también permitirá dar cumplimiento al concepto de funcionario señalado en los tratados internacionales, a fin que en los casos de los particulares que ofrezcan dádivas a autoridades públicas o agentes de autoridad, no queden exentos de responsabilidad penal; y evitar que se repitan casos de corrupción exentos de sanción penal, como sucedió en una de las resoluciones judiciales analizadas, en la que se sobreseyó al autor del cohecho activo debido que la dádiva ofrecida se dirigió a un agente de autoridad.

2. Coincidente con lo anterior, debe modificarse el art. 335 CP en lo relativo a visibilizar la conducta del delincuente económico que persigue como fin el

obtener una ventaja en las actividades económicas o transacciones comerciales nacionales por medio del soborno; por lo tanto, a fin que se añada un *plus* de protección en el cohecho activo del art. 335 CP, que permita reflejar la importancia de los bienes jurídicos afectados, orientado no solo a la protección del riesgo o afectación a la Administración, sino también al orden socioeconómico, y de esa forma, se añade al *disvalor* de resultado, derivando con ello la protección conjunta de tales bienes jurídicos en estos supuestos.

En ese hilo de postulados, y conforme a los límites legales actuales existentes en la legislación penal salvadoreña, en la cual, no se establece un sistema de sanciones penales para la persona jurídica por comisión de delitos, ni se establece como penas accesorias a las personas físicas la inhabilidad para ejercer su actividad profesional u otros tipos de penas como la prohibición de contratar con el sector público; por tanto, tomando en cuenta el derecho penal salvadoreño actual, se propone de *lege ferenda*, que el art. 335 CP se redacte de la siguiente manera:

“COHECHO ACTIVO

Art. 335.- El que por sí o por interpuesta persona, prometiére, ofreciere o entregare a un funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, 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.

Si el hecho fuese con el fin de que se actúe u omita un acto en relación con el ejercicio de sus funciones públicas para conseguir o conservar un contrato,

negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas nacionales o alguna transacción comercial nacional, o la actuación que se pretende del servidor público tiene relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por la Administración pública o municipal, la sanción se aumentará en una tercera parte de la pena máxima señalada en los incisos anteriores.

Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación para ofrecer o contratar con el sector público por un tiempo de cinco a diez años, y la prohibición de realizar actividades de comercio por el mismo período de tiempo”.

La anterior propuesta de *lege ferenda*, tiene que ser coincidente con una propuesta de reforma al sistema de sanciones penales accesorias para la persona física que se establece en el art. 59 del CP, a fin que se establezcan penas accesorias relacionadas a la inhabilitación profesional y de contratar con el sector público.

3. En cuanto a la desproporción de conminación de penas de prisión que el legislador salvadoreño ha regulado en el catálogo de delitos de cohecho pasivo propio, cohecho activo propio y soborno transnacional, dado que las penas que se señalan para las conductas de los arts. 330 y 335-A CP, resultan ínfimas en comparación a la penalidad de la conducta regulada en el art. 335 CP.

Por tanto, debiera considerarse una futura reforma en consonancia a la política criminal de prevención y represión de la corrupción, a fin de examinar y adecuar penas proporcionales a la gravedad de los hechos de corrupción que corresponde a los sujetos activos de tales delitos, a fin que sean simétricos y proporcionales a la conducta realizada, tomándose en consideración tanto el *disvalor* de la acción como el *disvalor* del resultado.

4. Se debe evaluar la posibilidad de incorporar otras penas accesorias a la persona física que realiza el cohecho activo como modalidad de delincuencia económica, para reforzar el cumplimiento a otros fines de la pena, como es en su vertiente preventivo especial para evitar eficazmente la continuidad delictiva.

Para tales efectos, se sugiere de *lege ferenda*, consignar en el tipo penal del art. 335 CP, la pena accesoria de inhabilitación especial a la persona física empresaria, consistente en la prohibición de que la persona física pueda realizar actividades de comercio y/o participar en futuras contrataciones con el Estado, con la finalidad que prevenir la comisión de nuevos delitos en este contexto; consecuente de lo anterior, debe incorporarse tal inhabilitación especial, como pena en el art. 59 CP.

Coincidente con lo anterior, a pesar que se establece la responsabilidad solidaria de la persona jurídica en el delito de cohecho activo -art. 38 CP-, ésta resulta insuficiente para satisfacer las consecuencias penales de la participación de la persona jurídica por delitos de cohecho. Por ello, se considera que se debe incorporar al CP un sistema de sanciones penales eficaces aplicables a las personas jurídicas por los delitos de cohecho activo que cometan, a fin de evitar lagunas de punibilidad para tales entes.

Así, en el art. 335 del CP, se puede modificar su regulación jurídico penal, para que se incluyan sanciones penales a la persona jurídica para evitar la continuidad delictiva, como puede ser la pena de inhabilitación especial consistente en que se le prohíba realizar actividades de comercio y/o participar en futuras contrataciones con el Estado; asimismo, evaluar la incorporación de otras sanciones penales que sean proporcionales a la gravedad del hecho cometido, como son la pena de multa, la disolución de la empresa o la suspensión de sus actividades por un plazo determinado, entre otras.

Para ello también será necesario modificar la parte general del CP, para establecer un sistema de sanciones penales para reprimir a la persona jurídica, por los delitos que se le atribuyan, conforme lo señala el art. 80.3 CPP; no obstante que El Salvador no regula de forma adecuada la responsabilidad penal de la persona jurídica, debe decirse que ello ya está siendo analizado en el país, dado que se encuentra en estudio un proyecto de ley para desarrollar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos, cuyo análisis excedió de las expectativas de esta investigación.

No obstante lo antes señalado, si tales propuestas de *lege ferenda* no resultan factibles a corto o mediano plazo, como alternativa, debiera consignarse en el art. 335 CP, que el juez competente que emite la resolución final del proceso penal, tenga como obligación el establecer en la sentencia condenatoria por los delitos de cohecho activo en el que se involucre un empresario actuando en representación o en nombre de la persona jurídica, que se dará informe a la entidad administrativa correspondiente, de la comisión del cohecho activo, para que siga el procedimiento sancionatorio en contra de la empresa o empresario que cometió el acto de corrupción, conforme a los arts. 25.a), 158.IV.b) y 160 de la LACAP, por cometer el cohecho activo o por suministrar dádivas cuando se trate de supuestos de contratación de obras o servicios en el sector público.

Lo anterior, a fin que, al concluir el procedimiento sancionatorio de la LACAP, se apliquen las sanciones que se consideren pertinentes la persona jurídica, como es la prohibición de que participe en la adquisición de contratos en el sector público cuando haya participado en el cohecho, a fin que no pueda ofertar ni contratar con la Administración pública.

Todo lo anterior, a fin de desvanecer las limitaciones a la regulación jurídico penal y extra penal salvadoreña, en cuanto a la aplicación de sanciones

eficaces para la prevención y represión de conductas de corrupción, como modalidad de la delincuencia económica.

5. En el Código de comercio no se establece sanciones para la persona jurídica por realizar delitos de corrupción que cometan sus representantes, lo que constituye una restricción legal para sancionar adecuadamente estos comportamientos, dado que solo reconoce responsabilidad administrativa y la disolución de la persona jurídica cuando ésta tiene un objeto o causa ilícita.

Por ello se considera conveniente proponer de *lege ferenda* a la normativa comercial, las recomendaciones que de forma atinada ha planteado la UNODC, en el Informe sobre el examen de El Salvador sobre el cumplimiento de la CNUCC, en el período 2010-2015, en relación a que se reforme el Código de comercio en el sentido de dar la facultad al juez para imponer sanciones como es la disolución de la sociedad lícita por delitos de corrupción que ejecutaran sus representantes.

6. Se recomienda que en futuras investigaciones, se realice un estudio de compatibilidad entre dos sistemas penales: el español y el salvadoreño, a fin de verificar la conveniencia de incorporarse como delito en la normativa penal de El Salvador, el tipo penal de corrupción privada o corrupción entre particulares, que se regula en el art. 286 bis del Código penal español.

7. Igualmente debe plantearse el estudio de reformas al Código de trabajo, con el objeto de que los empleados del sector privado, sean protegidos en cuanto a su estabilidad laboral cuando éstos detecten que otros empleados o las autoridades de la empresa en la que laboran, sobornan a funcionarios, a fin que estos denuncien a las autoridades sin temor a que sean cesados de su cargo.

8. Es importante que los operadores jurídicos vinculados al combate del cohecho activo como modalidad de la delincuencia económica tengan el perfil idóneo para cumplir sus funciones y además sean capacitados y sensibilizados en cuanto al tratamiento jurídico penal que merece el fenómeno de la corrupción.

Lo anterior, a efecto que, los fiscales y jueces apliquen correctamente las herramientas legales que tienen a su disposición para dar cumplimiento a los compromisos internacionales en la lucha y sanción de los actos de corrupción que ha adquirido el Estado de El Salvador como suscriptor de la CNUCC; así como también, se pueda dar el tratamiento adecuado de la responsabilidad civil solidaria que se le impone también a las empresas en los delitos de cohecho que señala el art. 38.2 CP, así como la figura del comiso penal y la extinción del dominio de bienes procedentes de actos de corrupción, con el objeto de que se utilicen las herramientas legales existentes para perseguir las ganancias y productos que derivan de actos de corrupción.

En tal sentido, el foco de la cuestión es, que se potencie y apliquen los tratamientos penales, civiles y extrapenales relacionados a la recuperación de los bienes y ganancias ilícitas procedentes de la corrupción.

9. Del resultado de la investigación, se advirtió que, con base en la LAIP, al solicitar información a la CSJ respecto de sentencias emitidas por los tribunales de El Salvador en dos períodos distintos, la CSJ brindó dos respuestas diferentes para la información petitionada, siendo que en la primera se brindó la información numérica de las sentencias emitidas -aunque de forma incompleta-, y en la segunda respuesta, la CSJ expuso que se trataba de información “inexistente” o no generada, cuestión que denota la desactualización de la información que generan en dicha institución.

Por tal razón, se recomienda que se capaciten a los empleados de la Unidad de Acceso a la Información Pública de la CSJ, así como a las jefaturas de la CSJ y los jueces del país, en cuanto al deber que tienen como funcionarios de una institución estatal, de contener el resguardo de la información que generan de forma clasificada y actualizada; ello a fin que, cuando una persona solicite información sobre sentencias a la CSJ, se agoten todos los medios posibles para entregar la información pública peticionada y hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública que le asiste a la población.

10. Igualmente, es importante fomentar una cultura de ética en las empresas, en el que se incluya tanto a los altos directivos de las sociedades o entes jurídicos, así como los empresarios de medio o bajo rango, se les concientice sobre el fenómeno de la corrupción y las consecuencias que derivan del mismo, que se implemente un adecuado programa de cumplimiento en las empresas, cuestión que amerita ser desarrollado en futuras investigaciones.

Así también, el Código de comercio debe establecer el deber de denunciar, prevenir y sancionar los casos de sobornos a funcionarios públicos, exigibles a los empleados de la empresa en todos sus niveles, sujetos a sanciones en caso de incumplimientos. Para tales efectos, es importante que se implementen procedimientos internos dentro de la empresa que permita el cumplimiento de las normativas para que no hayan sobornos a funcionarios públicos, provenientes muchas veces de bienes patrimoniales de la empresa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez García, Francisco Javier y José Luis González Cussac, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), <http://www.tirantonline.com>.

Aoulad B.S. Lucena, Abdeslam Jesús. *Reformas en el Delito de Cohecho tras las modificaciones penales de 2015: El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia* (Madrid: Dykinson, 2018).

Bacigalupo Saggese, Silvina. *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*. Madrid: Centros de estudios Ramón Areces, S.A., 2018.

Bacigalupo Saggese, Silvina et al. *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*. España: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016.

Bacigalupo, Silvina. "Caso del levantamiento del velo de las personas jurídicas". En *Casos que hicieron doctrinal en Derecho penal*, 2º ed. Madrid: La Ley, 2011.

Benito Sánchez, Demelsa, Blanca Ares González, Giorgio D. M. Cerina, José Antonio Fernández Ajenjo, Vanir Fridriczewski, Miguel Ontiveros Alonso, Renato Machado de Souza, Selena Tierno Barrios, Francesco Urbinati. "Veinte años del delito de Corrupción en las transacciones comerciales internacionales". En *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Bolaños Vásquez, Hazel Jazmín. “La responsabilidad de las personas jurídicas en El Salvador”. *En La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*. Pamplona: Aranzandi, 2015.

Bolea Bardon, Carlona. “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”. *En Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson, S. L., 2016. Acceso el 5 de febrero de 2021. <http://www.tirantonline.com>.

Buján Pérez, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 6º ed. Valencia. Tirant lo Blanch, 2019.

Calaza López, Sonia, Fernando Martín Díaz, Ana E. Carrillo del Teso, Ana María Neira Pena, Eduardo A. Fabián Caparros, Omar Gabriel Orsi, María Cristina Fernández González, Juan Carlos Ortiz Pradillo, Vanir Fridriczewski, Agustín Jesús Pérez Cruz, Martín Adán Carrizo González, Castell Nicolás Rodríguez García, María Isabel González Cano, Fernando Rodríguez López, Emmanuel Jiménez Franco, Ana María Rodríguez Tirado, Juan Ignacio Leo Castela, Diana Salazar Méndez, Renato Machado de Souza, Javier Sánchez Bernal y José Ignacio Sánchez Macías. *Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Cárcenas Espitia, Edgar. *El Enriquecimiento Ilícito*. 2da. ed. Bogotá: Web System E.U., 2003.

Carpió Briz, David, Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo Víctor Gómez Martín Carolina Bolea Bardon José Ignacio Gallego Soler Dulce Santana Vega Ujala Joshi Jubert Juan Carlos Hortal Ibarra Silvia Fernández Bautista Javier Cigüela Solas Celia Díaz Morgado Juan Sebastián Vera Sánchez Vicente

Valiente Ivañez Carlos Castellví Monserrat Alejandro Turienzo Fernández Guillermo Ramírez Martín. “Concepto y contexto del derecho penal económico”. En *Manual de Derecho penal económico y de empresa: Parte general y parte especial*, tomo 2. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. Acceso el 10 de abril de 2021. <http://www.tirantonline.com>.

De Ángel Yáñez, Ricardo. “Lealtad en el período precontractual”. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo IV. Derecho privado. Bogotá: Temis, 2010.

De la Mata Barranco, Norberto J., Itziar Casanueva Sanz, Jesús Agustín Pueyo Rodero, Jesús-María Silva Sánchez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Guillermo Portero Lazcano, Alejandro Isidro Torán Muñoz, Idoia Uncilla Galán, José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo, Francisco Javier de León Villalba, Norberto J. de la Mata Barranco, Carmen Adán del Río, José Manuel Gómez Benítez, Carlos Gómez-Jara Díez, José Antonio Choclán Montalvo, Laura Zúñiga Rodríguez. “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. En *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009.

De la Mata Barranco, Norberto J., Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascurain Sánchez y Adán Nieto Martín. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

De la Mata Barranco, Norberto J. *La respuesta a la corrupción pública: Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*. Granada: Comares, 2004.

Diez Ripollés, José Luis. *Derecho penal español: Parte general*, 5º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Echeverría, Marcelo. “Delito de cohecho”. En *Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid: Dykinson, 2019.

Feijoo Sánchez, Bernardo. *Retribución y Prevención General: Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: Montevideo, 2007.

Galán Muñoz, Alfonso. Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. Acceso el 12 de marzo de 2021. <http://www.tirantonline.com>.

García Arán, Mercedes coord., Rafael Rebollo Vargas, Miriam Cugat Mauri, Joan Baucells Lladós, M^a José Rodríguez Puerta, Esther Morón Lerma, M^a Jesús Guardiola Lago y M^a José Cuenca García. *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, (2014). Acceso el 16 de marzo de 2021. <http://www.tirantonline.com>.

Giorgio Dario, María Cerina. *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Gómez Lanz, Javier y Antonio Obregón García. “Teoría general de la pena”. En *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosh, 2005.

González Sierra, Pablo. La imputación penal de las personas jurídicas: Análisis del art. 31 bis CP. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. Acceso el 16 de marzo de 2021. <http://www.tirantonline.com>.

Henao Cardona, Luis Felipe y Calos Guillermo Castro Cuenca, *Compliance: Prevención de la corrupción pública y privada*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020. Acceso el 10 de noviembre de 2020. <http://www.tirantonline.com>.

Itziar Casanueva Sanz, Jesús Agustín Pueyo Rodero, Jesús-María Silva Sánchez, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Guillermo Portero Lazcano, Alejandro Isidro Torán Muñoz, Idoia Uncilla Galán, José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo, Francisco Javier de León Villalba, Norberto J. de la Mata Barranco, Carmen Adán del Río, José Manuel Gómez Benítez, Carlos Gómez-Jara Díez, José Antonio Choclán Montalvo, Laura Zúñiga Rodríguez Olasolo, Héctor, Esperanza Buitrago Díaz y Carmen Suleika Mané Granados Coord., *Respuestas Nacionales e Internacionales al fenómeno de la corrupción: Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

León Alapont, José. *La responsabilidad penal de los partidos políticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Acceso el 10 de febrero de 2021. <http://www.tirantonline.com>.

Juanes Peces, Ángel. "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita", en *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Madrid: ediciones Francis Lefebvre, 2015.

Mapelli Borja y Juan Terradillos. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3º ed. Madrid: Civitas, 1996.

Martínez Osorio, Martín Alexander. *El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Apuntes criminológicos y legales*. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2012.

Mir Puig, Santiago, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín, Carolina Bolea Bardón, José Ignacio Gallego Soler, Dulce Santana Vega, Ujala Joshi Jubert, Juan Carlos Hortal Ibarra, Silvia Fernández Bautista, David Carpio Briz, Javier Cigüela Sola, Celia Díaz Morgado, Juan Sebastián Vera Sánchez, Vicente Valiente Iváñez, Carlos Castellví Monserrat, Alejandro Turienzo Fernández y Guillermo Ramírez Martín. “Actividad económica y corrupción: Corrupción pública: cohecho de particular (arts. 419-427 bis)”. En *Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*, tomo 2, 2º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. Acceso el 28 de noviembre de 2020. <http://www.tirantonline.com>.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. 10ma. ed. Barcelona: Reppertor, 2016.

Mir Puig, Santiago, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín, Carolina Bolea Bardón, José Ignacio Gallego Soler, Dulce Santana Vega, Ujala Joshi Jubert, Juan Carlos Hortal Ibarra, Silvia Fernández Bautista, David Carpio Briz, Celia Díaz Morgado, Juan Sebastián Vera Sánchez, Vicente Valiente Iváñez y Carlos Castellví Monserrat, “Actividad económica y corrupción”. En *Manual de Derecho Penal Económico y de Empresa: Parte general y parte especial*, tomo 2. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

Moreno Carrasco, Francisco y Rueda García, Luis, *Código Penal de El Salvador comentado*. Tomo I, actualización y anotación jurisprudencial por Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Sergio Luis Rivera Márquez, Délmer

Edmundo Rodríguez y Marco Tulio Díaz Castillo, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2004.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte especial*, 2° ed. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2014.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte especial*, 22° ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Navarro Cardoso, Fernando. *El cohecho en consideración al cargo o función*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Acceso el 15 de noviembre de 2020. <http://www.tirantonline.com>.

Nieto Martín, Adán. “La prevención de la corrupción”. En *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. Acceso el 26 de octubre de 2020. <http://www.tirantonline.com>.

Nieto Martín, Adán. *Estudios de Derecho Penal*. Ciudad Real: Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla de la Mancha y Grupo español de la AIDP, 2004.

Portillo, Milton Alexander. “Arts. 80 al 89”. En *Código Procesal Penal Comentado, vol. 1 art. 1 al art. 259* El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2018.

Pozuelo Pérez, Laura “El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos”. En *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005: 1711-1732.

Rodríguez-Drincourt Álvarez, Juan. “Democracia y corrupción pública”. En *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Rodríguez, Raúl Carnevali y Osvaldo Artaza Varela, “La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafío para el Derecho Penal”. En *Los delitos de corrupción: Perspectiva pública y privada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. Acceso el 15 de marzo de 2021. <http://www.tirantonline.com>.

Sáinz-Cantero Caparrós, José Eduardo. “Consideraciones sobre los delitos de cohecho como paradigma de la corrupción pública tras la reforma de junio de 2010”. En *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*. Madrid: Dykinson, 2013: 541–571.

Santana Vega, Dulce. “Art. 286 bis”. En *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. Acceso el 11 de noviembre de 2020. <http://www.tirantonline.com>.

Santana Vega, Dulce, Silvia Fernández Bautista, Víctor Gómez Martín, Santiago Mir Puig, CAROLINA BOLEA BARDÓN, Juan Carlos Hortal Ibarra, Carlos Castellví Monserrat, Sergi Cardenal Montraveta, Celia Díaz Morgado, Juan Sebastián Vera Sánchez, Carlos Mir Puig, David Carpió Briz, Vicente Valiente Ivañez, José Ignacio Gallego Soler, Mirentxu CORCOY BIDASOLO, “art. 74”. En: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Sutherland, Edwin H. *El problema del delito de cuello blanco*. Trad. por Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

Terradillos Basoco, Juan M. "Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política)". En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*. La Habana: Unijuris, 2016: 191-223.

Trejo Escobar, Miguel Alberto. *Curso de Derecho penal salvadoreño: Parte general, vol. I, Nociones fundamentales*. San Salvador: Triple "D", 2002.

Valeije Álvarez, Inma. "Cohecho (arts. 419 y ss.)". En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. Acceso el 10 de marzo de 2021. <http://www.tirantonline.com>.

Valeije Álvarez, Inma. "Antinomias normativas en el sistema de doble vía para la imposición de consecuencias penales a entes colectivos tras la LO 5/2010: La prohibición de contratar en el sector público como punto de referencia. En *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: Propuestas desde el Derecho penal y el Derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. Acceso el 12 de enero de 2021. <http://www.tirantonline.com>.

BIBLIOGRAFÍA HEMEROGRÁFICA

Acale Sánchez, María. "Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política)". En *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*. La Habana: Unijuris, 2016: 224-254.

Acale Sánchez, María. “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español”, *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporáneo*, n.º 3-4, (2014): 25-49.

Cardenal Montreveta, Sergi. “Concepto, modalidades y límites del delito de Cohecho. Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10 (2002).

De la Cuesta Arzamendi, José Luis. “Iniciativas internacionales contra la corrupción”. *Eguzkilo*, n.º 17, (2003): 5-26.

De la Mata Barranco, Norberto J. “Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilo*, n.º 23 (2009): 254 y 255.

Gil Antón, Ana María. “Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código penal”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 6 (2015): 75-96.

Guzmán Dalbora, José Luis. “Esencia y clases del cohecho político”. *Cuadernos de política criminal*, n.º 106 (2012): 223-250.

Melián, Ibiza. “Análisis judicial del delito de cohecho”. *Estudios*, Vol. 7, (2019): 97-107.

Mir Puig, Carlos. “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”. *Diario La Ley*, n.º 7603 (2011): 1-18.

Muñoz Cuesta, Javier. “Delitos de cohecho”. En: *Estudios jurídicos*, 2017.

Oliver C., Guillermo. "Aproximación al delito de cohecho". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 5 (2004): 83-115.

<http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%205/APROXIMACION%20AL%20DELITO%20DE%20COHECHO.pdf>

Otero González, Pilar. "El nuevo delito de cohecho en consideración al cargo o función. Su tipificación conforme a la STS 478/2010", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 105 (2011): 61-86.

Terradillos Basoco, Juan María. "Corrupción, globalización y derecho penal económico", *Derecho PUCP*, n.º 74 (2015): 11-26.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Barroso González, Jorge Luis. Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, n.º 35, (2015): 95-122.

<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/113/108>.

Benito Sánchez, Demelsa. Soborno transnacional. Su tratamiento en el derecho penal español, *Iustitia*, n.º 12 (2014): 11-40.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5979015.pdf>.

Carbajo Cascón, Fernando. "Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial". *Iustitia*. n.º 10 (2012): 281-342.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5978945.pdf>.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis e Isidro Blanco Cordero, “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones internacionales”, *Revista de ciencias penales*, vol. 4 (2002): 9-29. <https://www.ehu.eus>.

De la Cuesta, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Penal México*, n.º 5, (2013): 22. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4969862&orden=0&info=link>

De la Mata Barranco, Norberto J. “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17 (2006): 87. <https://dialnet.unirioja.es/>.

Díez Ripollés, José Luis y Alejandra Gómez-Céspedes. “La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”. *Revista española de investigación criminológica*, nº 6 (2008). www.criminología.net.

Faraldo Cabana, Patricia. “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, *Estudios penales y criminológicos*, n.º 23 (2001-2002): 59-98. <http://hdl.handle.net/10347/4092>.

Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social –FUSADES–, “LACAP: Una herramienta para el desarrollo de un país, no la debilitemos”, *FUSADES*, n.º 125 (2020): 1-7. http://fusades.org/publicaciones/PI_125_LACAP.pdf.

Fundación Nacional para el Desarrollo, FUNDE, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho, FESPAD e Iniciativa Social para la Democracia, ISD, “Informe independiente de sociedad civil de El Salvador al cuestionario correspondiente de la tercera ronda”, 2010, <http://www.repo.funde.org/1008/>

Gadea Benavides, Héctor. “El *foreign corrupt practices act* y la responsabilidad penal de la empresa”, *THĒMIS-Revista de Derecho*, n.º 68 (2016): 153-162. <http://revistas.pucp.edu.pe>.

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*, n.º 18-05, (2016): 1-95. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf>.

Gracia Martín, Luis. “La doctrina de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura”, *Revista Foro FICP*, n.º 2014-2, (2014): 16-78. www.ficp.es.

Gracia Martín, Luis. “La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del derecho”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-18, (2016): 1-131. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

Luzón Cánovas, Alejandro. “La nueva regulación de los delitos de cohecho en el proyecto de 2010 de reforma del Código Penal”. *Estudios jurídicos*, n.º 2010 (2010): 1-43. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4177451>.

Martínez Osorio, Martín Alexander. “La extinción de dominio es constitucional. (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014/107-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional)”. *Revista de Derecho constitucional*,

n.º (2018): 1-35. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/webli/RevCN/REV109SCon4to2018.pdf>.

Molina Méndez, José Carlos. “El constitucionalismo liberal salvadoreño y la garantía del amparo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de El Salvador*, n.º 11 (2015): 49-61. <http://biblioteca.utec.edu.sv:8080/jspui/bitstream/11298/1034/1/112981034.pdf>

Navarro Cardoso, Fernando. “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-25 (2016): 1-40. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-25.pdf>.

Nieto Martín, Adán. “La privatización de la lucha contra la corrupción”. *Cahiers de defense sociale. Pour une politique criminelle humaniste*. 2011-2012. 59-82. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38835.pdf>.

Sánchez Bernal, Javier. “Los delitos de corrupción en el deporte en España, Portugal y Brasil: Similitudes y diferencias”, *Revista de estudios brasileños*, vol. 6, n.º 12, (2019): 13-25. <https://revistas.usal.es/index.php/2386-4540/article/view/reb20196121325/20512>.

Terradillos Basoco, Juan M. “Corrupción política: Consideraciones político-criminales”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 1, (2017): 1-31. www.ejc-reeps.com.

Vielba Escobar, Carlos. “Una aproximación al delito de cohecho”. *Revista Jurídica de Canarias*, n.º 28 (2013): 51-74. <http://www.tirantonline.com>

FUENTES HISTÓRICAS

Código Penal de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Ordinaria, 1826.

Código Penal de la República de El Salvador. El Salvador. Asamblea Constituyente, 1859.

Código Penal de la República de El Salvador. El Salvador: El Supremo Poder Ejecutivo, 1881.

Código Penal de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Nacional, 1904.

Código Penal de la República de El Salvador de 1973. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1973.

Constitución Política de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1841.

Constitución Política de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1864.

Constitución Política de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1883.

Constitución Política de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1886.

Constitución Política de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1939.

Constitución Política de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1945.

Constitución Política de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1950.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Cámara Tercera de lo Penal, San Salvador. *Sentencia confirmatoria parcial de la condena, Referencia: 242-17*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución 1/18: Corrupción y Derechos Humanos*, Bogotá: 2018. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 301-2011*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 6-2016/2-2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 61-2011*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 65-2015*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 146-2014/107-2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 356-2012*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 24-CAS-2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 22CAS2015*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 214C2014*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación. Referencia: 142C2012*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Penal. *Resolución sin lugar a casar sobreseimiento definitivo, Referencia: 341C2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

Sala de lo Penal. *Resolución sin lugar a casar sobreseimiento definitivo, Referencia: 341C2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 176-CAS-2009*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel. *Sentencia Condenatoria, Referencia: 128-2019*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

Tribunal Segundo de Sentencia de San Miguel. *Sentencia Absolutoria, Referencia: 80-2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

FUENTES LEGISLATIVAS

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente de El Salvador, 1983.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Mérida: Organización de las Naciones Unidas, 2003.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2003.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2000.

Convención Interamericana contra la Corrupción. Organización de los Estados Americanos, 1996.

Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-: 1997.

Convenio Penal sobre la Corrupción. Estrasburgo: Consejo de Europa, 1999.

Código Civil de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1859.

Código de Comercio de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970,

Código Procesal Penal de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009.

Código Penal de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998.

Decreto de Creación de Tribunales Especializados en Extinción de Dominio. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2014.

Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998).

Ley de Acceso a la Información Pública de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011.

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública de la República de El Salvador. El Salvador: Presidencia de la República de El Salvador, 2000.

Ley de Ética Gubernamental de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011).

Ley de Probidad de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015.

Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013.

Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública de la República de El Salvador. El Salvador: Presidencia de la República de El Salvador, 2013.

Decreto Legislativo n.º 914 de la República El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2005.

Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1959.

DERECHO COMPARADO

Código Penal de España del Reinado de España. España: Congreso de los Diputados, 1995.

TESIS

Canizalez Ortiz, José Luis. “*Consideraciones político criminales sobre la corrupción en el sector privado de El Salvador*”. Tesis de maestría en Derecho Penal Económico. San Salvador: Universidad de El Salvador, 2020.

González Benítez, Lenin Stalin Vladimir. “*La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador. El caso de España, como parámetro de referencia*”. Tesis de maestría en Derecho Penal Económico, San Salvador: Universidad Internacional de la Rioja, 2020.

Merino Menjívar, Manuel Adrián. “*Análisis constitucional de la acción de extinción de dominio en el ordenamiento jurídico salvadoreño*”. Tesis de maestría en Derecho Constitucional, Antiguo Cuscatlán: Universidad Dr. José Matías Delgado, 2018.

Serrano Romo, Álvaro Alejandro. “*Delito de Cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial del Derecho comparado*”. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla, 2017. <https://idus.us.es/handle/11441/74875>

INSTITUCIONES PÚBLICAS E INTERNACIONALES

Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador, acceso el 10 de diciembre de 2020, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/portal/>

Instituto Universitario de Opinión Pública, “El combate a la corrupción en El Salvador: Evaluando la capacidad del Estado para reducir la corrupción y mejorar la rendición de cuentas”, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”: San Salvador, 2020. 11, Acceso el 14 de abril de 2021. <https://www.wola.org/es/analisis/combate-a-la-corrupcion-en-el-salvador/>.

Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Resolución de respuesta Res. UAIP/201/RR/543/2021(1) del 26/IV/2021* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021).

Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Resolución de respuesta Res. UAIP/164/RR/448/2021(3) del 6/IV/2021*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021.

Oficial de Información de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Resolución de respuesta Res. UAIP/174/RR/60/2018 del 7/II/2019*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

Oficial de Información de la Fiscalía General de la República, *Resolución de respuesta N.º 161-UAIP-FGR-2021 del 8/IV/2021*. El Salvador: Fiscalía General de la República, 2021.

Oficial de Información de la Fiscalía General de la República, *Resolución de respuesta N.º 50-UAIP-FGR-2019 del 12/II/2019*. El Salvador: Fiscalía General de la República, 2019.

Oficial de Información de la Fiscalía General de la República, *Resolución de respuesta N.º 161-UAIP-FGR-2021 del 8/IV/2021*. El Salvador: Fiscalía General de la República, 2021.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Informe sobre el examen de El Salvador. 2010-2015.

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_11_14_El_Salvador_Final_Country_Report.pdf.

Plan Cuscatlán, “Seguridad pública: Plan Cuscatlán”. El Salvador: 2019.

Acceso el 3 de abril de 2021.

https://www.plancuscatlan.com/documentos/plancuscatlan_seguridad.pdf.

Transparency International Secretariat, “¿Un mundo construido sobre sobornos?”. Acceso el 10 de julio de 2020. <https://www.transparency.org>

Transparency International, “What is corruption”?, acceso el 12 de febrero de 2021, <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>