

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



TEMA DE INVESTIGACIÓN:
PROBLEMAS DOGMÁTICOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE
LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO
Y DE ACTIVOS.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

PRESENTADO POR:
LIC. DANIEL ALEXANDER ESTRADA ORDÓÑEZ

DOCENTE ASESOR:
MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ.

SAN SALVADOR, 2021.

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga López
VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval
SECRETARIO GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez López
DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta.
DIRECTOR DE ESCUELA CIENCIAS JURÍDICAS

TRIBUNAL EVALUADOR:

DR. SAUL ERNESTO MORALES
Presidente.

MSC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA
Secretario.

MSC. JUAN JOSE CASTRO GALDÁMEZ
Vocal.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODOPODEROSO.

Por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón, por darme la sabiduría necesaria y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio; esta victoria te pertenece Padre Santo.

A MIS PADRES.

A mi madre Ana Elizabeth Ordóñez, llamada cariñosamente como Betty, por ser mi pilar y un claro ejemplo de lucha, perseverancia, fuerza y valor porque gracias a ella y mi padre he logrado culminar metas profesionales y laborales; a mi papá José Carlos Estrada por ser de gran apoyo para culminar mis estudios superiores, por ser darme palabras de aliento en los momentos de estudio, por sus apoyos incondicionales y todo el amor que siempre me brindan, gracias a ambos, los amo.

A MI ASESOR LIC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDAMEZ.

Por su apoyo y asesoría brindada en lo largo de este trabajo bibliográfico, por darme la orientación adecuada.

A MIS FAMILIARES.

A mis todos mis familiares consanguíneos y por afinidad, por participar directa o indirectamente en mis estudios y ser siempre una luz en el camino.

A MIS AMIGOS.

A mis amigos y amigas que me dieron sus palabras de aliento para salir adelante desde el inicio de la carrera y por ser unos amigos incondicionales, por darme sus muestras de apoyo y siempre dándome su apoyo.

A TODOS.

Demás familiares, amigos y docentes que contribuyeron a mi formación profesional.

Daniel Alexander Estrada Ordóñez.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPÍTULO 1.....	1
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.	1
1.1. Origen de las personas jurídicas.	2
1.1.1. Derecho Romano. Siglos A.C.....	3
1.1.2. Derecho Germánico. Final de la Edad Antigua previa a Edad Media.....	6
1.1.3. Edad Media.....	7
1.1.4. La Revolución Francesa.....	10
1.1.5. Napoleón y el retorno a la libertad.	12
1.2. Antecedentes Históricos de la Responsabilidad Jurídica.....	14
1.2.1 Etapa antes del Advenimiento de Cristo: Corea, India, Antigua Roma y Grecia.	14
1.2.2. Derecho Romano Clásico.	17
1.2.3. Antecedentes Históricos de la Edad Media: Derecho Canónico, Glosadores y Post Glosadores.....	19
1.2.3.1. Glosadores.....	20
1.2.3.2. Derecho Canónico.	22
1.2.3.3. Posglosadores.....	26
1.2.4. Giro conceptual a partir finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX.	27
1.2.4.1. Teoría de la ficción.....	28
1.2.5. Antecedentes de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Alemania: Teoría de la Personalidad Real de la Asociación.....	30
1.2.5.1. Teoría de la Realidad o Personalidad Real de la Asociación de Von Gierke. ...	32
1.2.6. Antecedentes Históricos Recientes: Siglo XX hasta la actualidad.	34
1.3. Antecedentes Históricos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en El Salvador.....	37
CAPÍTULO 2.....	40

FUNDAMENTOS DÓGMATICOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.	40
2.1. Generalidades de la responsabilidad de las personas jurídicas.	40
2.1.1. Definición de Persona Jurídica.	40
2.1.2. Fundamentos del principio societas delinquere non potest.	42
2.1.3. Fundamentos dogmáticos sobre la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas.	44
2.1.4. Necesidad político-criminal de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.	45
2.1.5. Capacidad de acción de la persona jurídica.	50
2.1.6. Capacidad de culpabilidad de la persona jurídica.	53
2.1.6.1. Sanción penal sin culpabilidad.	54
2.1.6.2 Culpabilidad de organización.	55
2.1.6.3 Culpabilidad de la propia persona jurídica.	57
2.1.6.4. Capacidad de pena de la persona jurídica.	59
2.1.7. Delitos y penas atribuibles a las personas jurídicas.	60
2.1.8. Fundamento dogmático de la cláusula de actuar por otro.	61
CAPÍTULO 3	66
ASPECTOS GENERALES DEL LAVADO DE DINERO.	66
3.1. Evolución Histórica del Lavado de Dinero y Activos.	66
3.1.1. El lavado su existencia previa al dinero.	67
3.1.2. La aparición del Narcotráfico.	71
3.1.3. Vinculación del lavado de dinero con otras actividades criminales.	74
3.1.4. El Estado, los bancos y los paraísos fiscales.	76
3.2. Definición de lavado de dinero y activo.	84
3.3. Diferencia entre el termino lavado de dinero y blanqueo de capitales.	87
3.4. Características del Blanqueo de Capitales.	92
3.4.1. Carácter Internacional o Globalizado del Lavado.	92
3.4.2. Tendencia hacia la Profesionalización o Profesionalismo del Blanqueo de Capitales.	93
3.4.4. Conducta autónoma.	95

3.5.1. Colocación.....	99
3.5.3. Integración.....	102
3.6. Lavado de Dinero: Delito Pluriofensivo o Unifensivo.	104
3.6.4. Libre competencia como bien jurídico del delito lavado de dinero.....	113
3.6.5. La estabilidad y solidez del sistema financiero como bien jurídico del lavado de dinero y activos.....	116
3.6.6. El tráfico lícito de bienes como bien jurídico del delito de lavado de dinero y activos.....	117
3.7. Lavado de dinero y activos: ¿Un delito pluriofensivo o unifensivo?.....	121
3.8.1. Definición de bienes.	123
3.8.2.1. Amplitud.	126
3.8.2.2. Que sea evaluable económicamente.....	126
3.8.2.3. Que pueda ser objeto de derecho.....	127
3.8.2.4. Que se susceptible de tráfico mercantil lícito.	127
3.9. El delito previo en el delito de lavado de dinero y activos: concepto de delito y principio de accesoriadad limitada.....	132
3.9.1. Fórmulas para legislar el delito previo.	137
3.9.1.1. Sistema Amplio o Numerus Apertus.	137
3.9.1.2. Sistema Intermedio.	137
3.9.1.3. Sistema Restringido o de Catálogo o Numerus Clausus.....	138
3.9.1.4. Sistema Mixto.	138
3.9.1.5. Sistema sui generis: el sistema salvadoreño.....	139
3.9.2. Grado de comisión del delito previo.....	140
3.9.3. Delito previo cometido en el extranjero.....	143
3.9.4. ¿Qué delitos pueden cometer las personas jurídicas?	147
3.10. Obligaciones legales para los sujetos obligados establecidos en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos.....	148
3.10.1. Brindar información que les requiere la Unidad Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República.	152
3.10.2. Reportar las diligencias u operaciones financieras sospechosas y/o que superen el umbral de la LCLDA.....	153
3.10.3. Nombrar y capacitar a un oficial de cumplimiento.	157

3.10.4. Las demás responsabilidades que determine la LCLDA, el reglamento de la LCLDA, así como el instructivo de la UIF les determinen.....	157
CAPÍTULO 4.....	159
ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL DELITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVO.....	159
4.1. Conducta jurídicamente penal relevante.....	161
4.2. Injusto Penal: Tipicidad.....	167
4.3. Antijuricidad.	169
4.3.1. Antijuricidad formal y antijuricidad material.....	169
4.3.2. Bien jurídico.....	173
4.3.3. Causas de Justificación.....	174
4.4. Culpabilidad.	175
4.5. Autoría y Participación: Actuar por otro.	179
CAPÍTULO 5.....	184
MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.	184
5.1. Modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro.....	185
5.1.1. Modelo de responsabilidad vicarial.....	187
5.1.2. La acción del empleado.....	189
5.1.3. Propósito de beneficio para la persona jurídica.....	190
5.1.4. Fundamento de la pena.....	191
5.1.5. Situación jurídica de los sujetos individuales vinculados al delito.....	191
5.1.6. Ventajas.....	192
5.1.7. Desventajas.	193
5.1.8. Principal problema del modelo y una posible solución.	194
5.2. Modelo de responsabilidad penal por defecto de organización.....	195
5.2.1. Posiciones doctrinales relacionadas al hecho de conexión en el defecto de organización.....	197
5.2.2. Defecto de organización: hecho de conexión y culpabilidad propia de la persona jurídica.....	199
5.2.3 Defecto de organización: hecho y culpabilidad propia de la persona jurídica...200	
5.2.4. Defecto de organización como hecho propio o injusto de la persona jurídica. .201	

5.2.5. Culpabilidad propia de la persona jurídica.....	203
5.2.6. Situación jurídica de los sujetos individuales vinculados al delito.	204
5.2.7. Ventajas y desventajas de este modelo.	204
5.3. Modelo constructivista de autorresponsabilidad de las personas jurídicas.	205
5.3.1. La persona jurídica como ciudadano corporativo fiel al derecho.	208
5.3.2. Capacidad de organización.	210
5.3.3. Imputabilidad de la persona jurídica.	212
5.3.4. Culpabilidad Empresarial.	215
5.3.6. Situación jurídica de las personas individuales en el modelo constructivista. ..	218
5.3.7. Ventajas y desventajas.	218
5.3.8. Principal problema del modelo y una posible solución.	219
5.4. Regulaciones de la Responsabilidad Penal en el derecho comparado: Unión Europea.....	220
5.5. Toma de postura frente a los modelos de responsabilidad penal para las personas jurídicas en El Salvador.	223
5.6. Responsabilidad jurídica de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero.	225
5.7. Casos que hacen necesaria la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Baterías Récord y Caso CEL- ENEL.	229
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	235
CONCLUSIONES.	235
RECOMENDACIONES.	243
BIBLIOGRAFÍA.	246
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.	246
ÍNDICE DE REVISTAS ACÁDEMICAS Y PROFESIONALES.	250
ÍNDICE DE TESIS.	253
ÍNDICE DE DOCUMENTOS PRESENTADOS EN CONFERENCIAS, PONENCIAS O CONGRESOS.	253
ÍNDICE CONSTITUCIONAL, LEGISLATIVO Y REGLAMENTARIO.	253
ÍNDICE DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y NORMATIVA EXTRANJERA.	254
ÍNDICE JURISPRUDENCIA.	255

OTRAS FUENTES.	255
-----------------------------	-----

ABREVIATURAS.

- | | |
|--|-------------------------|
| ✓ Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas: | CICAD. |
| ✓ Constitución de la República de El Salvador: | Cn. |
| ✓ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: | Convención de Mérida. |
| ✓ Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional: | Convención de Palermo. |
| ✓ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas: | Convención de Viena. |
| ✓ Corte Suprema de Justicia: | CSJ. |
| ✓ Estados Unidos de América: | EE.UU. |
| ✓ Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas: | LRARD. |
| ✓ Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos: | LCLDA. |
| ✓ Fiscalía General de la República: | FGR. |
| ✓ Grupo de Acción Financiera Internacional: | GAFI. |
| ✓ Hábeas Corpus: | HC. |
| ✓ Organización de Estados Americanos: | OEA. |
| ✓ Organización de Naciones Unidas: | ONU. |
| ✓ Organismos de Recuperación de Activos: | ORA. |
| ✓ Policía Nacional Civil: | PNC. |
| ✓ Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas: | Convenio de Nueva York. |
| ✓ Unidad de Investigación Financiera: | UIF. |

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación dogmático-jurídico versa sobre el tema *Problemas Dogmáticos Jurídicos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Delito de Lavado de Dinero y de Activos*, como requisito para obtener el título académico de Maestro en Derecho Penal Económico, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de la Universidad de El Salvador.

El primer Capítulo se denomina *Evolución Histórica de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, que comprende un esbozo de la evolución en las etapas históricas de la humanidad de este importante tema, comprendiendo primero, las etapas cronológicas de surgimiento de la persona jurídica con el objeto de conocer las raíces más profundas en torno a la creación del concepto de la persona jurídica que hoy en día se conoce, esto se da con el surgimiento del derecho canónico, con el nacimiento de las *universitas*, que son las primeras denominaciones de entes colectivos con personalidad propia, siendo el génesis de las personas jurídicas, posteriormente en el derecho germánico, surgen las asociaciones con personalidad jurídica propia, como las “*genossenschaft*”; luego toma mayor auge en la edad media, pero como el Estado estaba representado en un soberano o Rey, este era en ese momento quien autorizaba los entes colectivos conocidos como corporaciones de oficio; prontamente, en la Revolución Francesa se proclama el principio de la libertad de asociación, pero a la misma vez, en esta etapa en Francia el 17 de junio de 1791, se promulgó la *ley le chapellier*, que prohibió toda agrupación, toda asociación profesional; llegando hasta la era contemporánea con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, declaración adoptada por las Naciones Unidas, proclamada el 10 de diciembre de 1948 en su Art. 20, en el que el que declara el siguiente principio: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas*”, principio que se encuentra consagrado en la actual Constitución de El Salvador de 1983, en su Artículo 7 Cn.

En este Capítulo Uno, también se consigna sobre el origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se parte desde el derecho canónico clásico con el surgimiento de la reparación civil, en donde se establece la separación de la responsabilidad penal y civil, aunque no existe un origen como tal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, establecen que esta dio paso a la consideración de las responsabilidad de los entes colectivos, al crearse la idea de la existencia de responsabilidad colectiva de los entes conocidos como *municipios*; posteriormente en la Edad Media se propugnó la teoría de la ficción de Savigny con lo que se les adjudica una teoría propia a las personas jurídicas y se fortalecería el dogma *societas delinquere non potest* (las sociedades no delinquen), siendo estas etapas denominadas como el derecho canónico y los glosadores; luego, surge la etapa denominada los posglosadores (etapa del siglo XV hasta casi el siglo XVIII), que reconocerían la capacidad delictiva de los entes colectivos, específicamente de los municipios, posición que llegó a Alemania logrando incluir una verdadera capacidad delictiva para las personas jurídicas en los códigos penales alemanes; en El Salvador históricamente la legislación penal se ha encaminado a negar la capacidad delictiva de las personas jurídicas por disposición de ley, adoptando desde el Código Penal de 1974 la figura del actuar por otro, recogido actualmente en el vigente Código Penal en su Art. 38, pero que este es un eslabón intermedio entre la no regulación y la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que nuestro ordenamiento jurídico penal se asienta sobre el principio de *societas delinquere non potest*, principio que actualmente resulta insuficiente por adolecer de altos márgenes de impunidad frente a los nuevos retos de la criminalidad económica, en la que mayormente se encuentran involucradas personas jurídicas, ya que solo se castiga a la conducta humana, dejando de lado los entes colectivos.

Por otro lado, en el Capítulo Dos denominado *Fundamentos Dogmáticos Generales de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, en el que se establecen los elementos que sustentan la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante, el desarrollo capitular tomará como punto de partida el establecimiento de los fundamentos del *societas delinquere non potest*, esto con el propósito de verificar cuáles han sido los argumentos que la doctrina clásica ha sostenido sobre la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas – *incapacidad de acción, culpabilidad y pena-*; así como la necesidad jurídico criminal de responsabilizar a la persona jurídica, a la vez expresando en este capitulado el fundamento dogmático de la persona de actuar por otro.

En el Capítulo Tres, denominado *Aspectos Generales del Lavado de Dinero*, se explica cada uno de los aspectos generales del delito objeto de estudio de la presente investigación, empezando desde la evolución histórica del lavado de dinero, que de manera general, se puede decir que cuya expresión, fue utilizada por primera vez judicialmente en el año 1982 en los Estados Unidos de América (EE.UU.), el término de Lavado de Dinero y Activos, bien parece ser que fue introducido en el asunto Watergate de 1970 por parte de la policía y los medios norteamericanos; posteriormente, en este capitulado se menciona la definición de lavado de dinero y activos; la diferencia de los términos lavado de dinero y blanqueo de capitales; se expresan las características del blanqueo de capitales, siendo las siguientes: carácter internacional, profesionalismo y conducta autónoma; se expresan en qué consisten cada una de las etapas del lavado de dinero: colocación, estratificación e integración; asimismo, se expresa si esta trata de un delito uniofensivo o pluriofensivo, por ser un ilícito que tutela el *tráfico lícito de los capitales* que circulan en el mercado, se puede decir que el lavado de dinero es un delito uniofensivo; así pues, las formas de formular el delito previo y especial mención de la forma en que lo regula el legislador

salvadoreño el delito previo encontrado en el Art. 4 Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos (LCLDA), al ser un sistema *sui generis*, ya que se ha optado por una combinación de los sistemas, amplio con el restringido; y por el último, en este Capítulo se hace del análisis cuando el delito previo del lavado de dinero es cometido en el extranjero y el supuesto que los bienes son obtenidos en territorio extranjero.

El Capítulo Cuatro denominado *Análisis desde la teoría del delito de La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Delito de Lavado de Dinero y Activo*, en el que se hace un estudio de la teoría del delito desde una concepción *finalista*, a la luz del tema objeto de estudio de la presente investigación que es la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero y activos, sobre esta concepción está construido el ordenamiento jurídico penal salvadoreño, siendo esta una de las bases de la teoría del delito el ya mencionado principio *societas delinquere non potest* o *las sociedades no delinquen*; así también, dentro de dicho Capítulo que esta teoría del delito está construida sobre la imputación de persona humana, no de la persona jurídica, sin embargo se expresa en este capitulado lo que la doctrina ha mencionado respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A continuación, en el Capítulo Cinco, denominado *Modelos de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, se hace una exposición de los diversos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que han sido identificados y estudiados por la doctrina, a fin de resolver el problema de la imputación penal de las personas jurídicas, siendo estos los siguientes: **a) modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro**, que encuentra su máxima expresión en el modelo de responsabilidad vicarial de origen anglosajón; **b) modelo de responsabilidad por defecto de organización**, este visto de desde dos perspectivas, la

primera que parte de un hecho de conexión y que establece una culpabilidad propia para la persona jurídica, y desde la perspectiva del establecimiento del injusto y culpabilidad propia de la persona jurídica; y c) *el modelo constructivista de responsabilidad penal*, que hace una analogía con un sistema humano, utilizando conceptos abstractos con el fin de abarcar los principales conceptos subjetivos de la finalista teoría del delito, especialmente el referido a la Culpabilidad de la Persona Jurídica, este último modelo creado para ser implementado en sistemas penales sobre la base del principio las sociedad no delinque, siendo para el caso, El Salvador, donde está prohibida la responsabilidad objetiva, es decir responsabilidad carente de dolo o culpa, Art. 4 CPP; finalmente se expresa que modelo puede ser adoptado en nuestro país, por medio de un decreto legislativo donde se regule la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con especial énfasis en el delito de lavado de dinero y activos.

Es necesario también expresar en esta introducción, la *metodología utilizada*, en la presente investigación se utilizó un *método inductivo* (lógico), ya que ha realizado un proceso intelectual racional lógico ascendente que se parte de casos particulares para llegar a principios y reglas generales. A la vez se utilizará un *método analógico y comparativo*, ya que se comparó lo particular con lo particular, semejanza y diferencia entre dos términos como lo es el término lavado de dinero y activos y blanqueo de capitales, que vienen a ser sinónimos, pero son distintos. En cuanto a las *técnicas e instrumentos de investigación utilizados*, con el objeto de obtener resultados confiables, fidedignos y obtenidos directamente de la realidad en relación a responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero y activos, se ha aplicado un *Análisis de documentos*, que se refiere al estudio profundo de todo aquel documento que contenía datos de interés sobre el tema a desarrollar por el suscrito investigador; estos pueden ser leyes, jurisprudencia, libros, revistas u otros.

Se hace mención también en esta introducción que en la presente investigación se plantearon los objetivos siguientes: *Objetivo General*, que es: Realizar un estudio bibliográfico-documental sobre los problemas dogmáticos jurídicos de tipicidad sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero y activos. Como *Objetivos Específicos*: **a)** Explicar el enfoque dogmático e histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y del delito de lavado de dinero; **b)** Expresar los principales fundamentos doctrinarios de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas; **c)** Describir los principales aspectos generales doctrinarios del delito de lavado de dinero y activos e **d)** Identificar los elementos dogmáticos jurídicos necesarios para la exigencia de la responsabilidad penal en las personas jurídicas en los delitos de delincuencia económica, entre ellos el delito de lavado de dinero y activos. Los cuales se han cumplido, ya que se podrá analizar y evidenciar en los diversos capítulos y los principales aportes que se han alcanzado los objetivos antes expresados.

Finalizando el presente trabajo de investigación con las principales conclusiones y recomendaciones obtenidas del desarrollo y análisis del presente tema de investigación; por último se sistematiza la bibliografía utilizada a la largo de la presente tesis, conteniendo un índice bibliográfico, legislativo, jurisprudencia y fuentes históricas utilizadas que contiene los libros, revistas judiciales, consultas a páginas web, jurisprudencia, leyes nacionales e instrumentos internacionales que fueron citados, valorados -que por ser más de ciento veinte fuentes de información, se omite hacer mención de las mismas, pero que pueden aparecer expresadas al final del presente informe- utilizadas a lo largo de la presente tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero y activos.

CAPÍTULO 1

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

En este apartado se hacen aproximaciones sobre el surgimiento de la responsabilidad penal en las personas jurídicas, se presentan los acontecimientos históricos más importantes de la antigua cultura jurídica europea, con el objeto de conocer las raíces más profundas en torno a la creación del concepto de la persona jurídica que hoy en día se conoce, en razón que se ha logrado establecer que será a partir de ésta que durante los años posteriores el Derecho Penal clásico inician e intensifican los debates a favor y objeciones en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La creación y fundamentación de los conceptos de “*responsabilidad penal*” y “*persona jurídica*” han tenido lugar en diferentes momentos históricos, cada uno de los contextos que se retomarán han ocasionado una evolución gradual en el tratamiento de ambos conceptos, por lo que, en el presente trabajo de investigación se establecerá por separado la evolución histórica de cada uno de ellos. El aporte más importante e influyente se ubicará en la denominación de persona ficta que se adjudica a algunos colectivos. La creación del concepto de persona jurídica corresponde al derecho canónico con motivo de explicar la naturaleza de éstas y su capacidad frente a las sanciones espirituales que imponían las *universitas*¹, que son los colectivos más importantes de la época vinculados a la iglesia.

¹ Nombre abstracto formado sobre el adjetivo UNIVERSUS-A-UM ("todo", "entero", "universal"), derivado a la vez de UNUS-A-UM ("uno"). En el latín medieval UNIVERSITAS se empleó originariamente para designar cualquier comunidad o corporación considerada en su aspecto colectivo. Cuando se usaba en su sentido moderno denotando un cuerpo dedicado a la enseñanza y a la educación requería la adición de un complemento para redondear su significado “*Universitas Magistrorum Et*

No obstante que, en el derecho canónico se configuran todos los elementos de las personas jurídicas, es con la teoría de la ficción de Savigny que éstas cuentan con una teoría propia que es la de ser entes ficticios o una ficción jurídica, lo que fortalecería el dogma *societas delinquere non potest* en toda Europa, y que aún se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño.

Finalmente, y no menos importante es que a partir del siglo XIX, la influencia del derecho anglosajón, la particular experiencia alemana con la teoría de la personalidad real de Otto Von Guierke, y los posteriores aportes del Derecho Penal Económico, la gran importancia adjudicada al tema en las últimas décadas por la organizaciones internacionales mediante sugerencias a los países miembros, ha logrado que con más intensidad se hable de una posible y verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actualidad, debilitando la locución latina *societas deliquere non potest*.

1.1. Origen de las personas jurídicas.

En primer orden, se establece el origen de las personas jurídicas, para luego establecer la evolución histórica de la responsabilidad de las personas jurídicas, ya que esta última deriva del origen de la persona ficta. El origen del concepto “persona jurídica” como categoría jurídica normativa es fruto de una larga evolución en la historia del derecho, por lo que a continuación se establece un breve recorrido del mismo.

Scholarium”. “Significado del término Universitas”, Universidad de Sevilla, accesado el 23 de junio de 2020, véase https://personal.us.es/alporu/historia/universitas_termino.htm.

1.1.1. Derecho Romano. Siglos A.C.

En el derecho romano se la tomaba a la persona jurídica en el sentido etimológico, o sea, como sinónimo de “hombre”. Es sugestivo que el código Justiniano incluya a los esclavos dentro de la parte dedicada a las personas y que, además, no haya base textual para excluir a los esclavos de los seres que se califican como tales. Con relación a este punto Juan Carlos Palmero explica que los romanos lograron concebir la idea de unidad o universalidad sobre la base de formular una abstracción emanada de la realidad. Los *collegii* y las *universalitatis* pudieron alcanzar una conceptualización autonómica respecto de sus integrantes, pese a lo cual entre los romanos el tema de la personalidad no mereció un estudio detenido².

Los romanos comprendieron las ventajas de crear entes que actuaran en la esfera jurídica, a la par del hombre. Hasta el final de la República, las colectividades vivieron en Roma, sin que el Estado desconfiara de ellas y pensara en reglamentarlas. Los colegios de los sacerdotes y artesanos eran numerosos, no usaban de personalidad jurídica y tenían como única exigencia, no contravenir las disposiciones de orden público.

En consecuencia, es posible que *la persona jurídica* apareció antes en el campo del Derecho Público y dentro de él, haya sido el Estado la primera, cuya manifestación patrimonial fue el “*aerarium*” (erario) quien el Imperio se opuso al “*fiscus cesaris*” (Fisco del Emperador César), fortuna personal del Emperador, para terminar fusionados. La personalidad del Estado fue atribuida después a algunas colectividades de Derecho Público fundadas por el Imperio Romano, como las unidades, municipios, colonias.

² **Juan Carlos Palmero**, *Personalidad, Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario*, (Huerta Grande, 1992), 183, 4.

En la época de César, las colectividades de Derecho Privado, adquirieron una importancia política tal, que luego de haber sido suprimidas, fue creado un régimen que subsistió hasta la Revolución Francesa. Una ley “*Julia de Collegiis*”³, atribuida a Augusto, prohibió la formación de cualquier colectividad, sin autorización del Senado o del Príncipe. Pero desde el momento en que había obtenido esa autorización desde que era lícita, la colectividad recibía personalidad.

Los romanos concibieron *la persona jurídica*, no como una realidad, sino como una emanación del Estado. Gayo afirmó “*ad exemplum rei publicae*”, las colectividades pueden poseer bienes comunes, una caja común y ser administradas por un síndico. La *persona jurídica* fue considerada como una prolongación del Estado. Se comprende mejor esta concepción de la personalidad porque las colectividades son objetivos desinteresados, perseguían en Roma fines religiosos o sociales, que eran en gran parte los mismos del Estado Romano⁴.

En el Bajo Imperio⁵, el concepto de persona jurídica, se idealiza más aún, con el apareamiento de las “Fundaciones”. Al adquirir la Iglesia una importancia capital,

³ La llamada Ley de Julia de Colegios, dictada en los años 40 y 44 A.C. por el Cónsul romano Luis Julio César que ordenó la disolución de los colegios entonces existentes, con excepción de los de más antigua y noble tradición, a los que califica de *antiquitus constitutae*, haciendo referencia, sin duda, a las primitivas asociaciones de carácter auténticamente religioso, como los *collegia cultorum* o profesional, como los gremios o cuerpos de artes y oficios, que vemos actuar desde los primeros tiempos de la vida de Roma. A las organizaciones con posteridad se requería de una autorización del estado, que debía ser conferido por el senado, cuando fueran constituidas en Roma, el cual se atribuyó la función de control de la vida de esas asociaciones; las constituidas en territorio provincial, la autorización debía ser otorgada por los gobernadores de las respectivas provincias senatoriales, o por el príncipe cuando se tratara de provincias imperiales. Cf. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/lex-julia-de-collegiis/lex-julia-de-collegiis.htm>, accesado 23 de febrero de 2021.

⁴ **Luis Fernando del Pozo**, *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital* (Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010), 87.

⁵ El Bajo Imperio Romano es el período histórico que se extiende desde el ascenso de Diocleciano al poder en 284 D.C. hasta el fin del Imperio romano de Occidente en 476 D.C. Se caracteriza por un deterioro de las instituciones romanas, especialmente en la figura del Emperador, por lo que se cae en una ingobernabilidad por las deficientes gestiones de los emperadores de la época y su trabajo en conjunto con el Senado. Cf. “*Bajo Imperio Romano*”, https://www.tesorillo.com/roma/bajo_imperio_frame.htm, accesado 23 de febrero de 2021.

las asociaciones religiosas vieron ampliar su capacidad: aceptaron legados, prerrogativa que les fue negada durante mucho tiempo a las Personas Jurídicas. Aparecieron agrupaciones con fines piadosos, las “*piae causae*” (obras piadosas), que guardaban semejanza con la Iglesia, ya que el fin perseguido era idéntico, pero se distinguían en el sentido de que tenían una autonomía, una personalidad jurídica. Nuestras modernas fundaciones tienen su origen en esa “*piae causae*” del Bajo Imperio⁶.

Los romanos no consideraron las sociedades de fin lucrativo, más que desde el ángulo del contrato que une a los socios y de la responsabilidad en que estos últimos incurren respecto a terceros. Los fines egoístas de los socios estaban demasiado alejados de las preocupaciones del Estado, para que pensara en otorgar a las sociedades una personalidad que tenía su fuente en el Estado mismo.

Únicamente, las sociedades que por razón de la relación con el Estado y el papel público que representaban, se beneficiaron con esa personalidad, y fueron las “*societates de publicanos*”, que arrendaban el producto de los impuestos, de las minas y de las salinas.

La capacidad fundamental de las Personas Jurídicas en Roma fue patrimonial: adquirieron por medio de sus esclavos o bien por las personas libres que las representaban.

Las Personas Jurídicas, tuvieron capacidad para conceder la libertad a sus esclavos, y ejercieron la posesión y la usucapio⁷. Se gobernaron por medio de estatutos,

⁶ Fernando del Pozo, Luis, *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, 88.

⁷ La *usucapio* o *prescripción adquisitiva* es un modo de adquirir derechos reales como el dominio (propiedad) por el transcurso de un determinado tiempo fijado en la ley, y con motivo de ejercer la posesión (poder de hecho) sobre el bien en cuestión. *Vid.* <https://www.conceptosjuridicos.com/ar/usucapion/>, accesado en fecha accesado 23 de febrero de 2021. El artículo 2249 del Código Civil salvadoreño establece tres requisitos para adquirir algún bien por prescripción extraordinaria, siendo las

“*lex collegii*”, que las organizaba por lo común a semejanza del Estado. No respondieron por los delitos de sus representantes y terminaban: por voluntad de sus componentes, por el retiro de la autorización, por la desaparición de todos sus miembros y por haber cumplido el objeto para el cual habían sido creadas.

1.1.2. Derecho Germánico. Final de la Edad Antigua previa a Edad Media.

En el Derecho Germánico afirman algunos tratadistas, que, si bien en este Derecho, se conoció una gran variedad de asociaciones, no tuvo fuerza de abstracción suficiente, para conseguir un ente distinto de los individuos asociados.

Otros, por el contrario, afirman que el Derecho Germánico consideró las asociaciones con personalidad jurídica propia, como el tipo de “*genossenschaft*”⁸, que era una asociación de individuos, reunidos para alcanzar un fin común de variada índole, económico o moral, según los casos. En cuanto a las fundaciones, los germanos no les reconocieron personalidad jurídica.

siguientes: 1ª Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; 2ª Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio y 3ª Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: a) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción y b) Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo. El art. 2250 de dicho cuerpo legal agrega, el lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de treinta años. Cf. **Código Civil de El Salvador**, (Asamblea Legislativa, El Salvador), Arts. 2249 y 2250.

⁸ El término “*genossenschaft*” en español significa Sociedad cooperativa, cf. <https://www.linguee.es/aleman-espanol/traduccion/genossenschaft.html>.

1.1.3. Edad Media.

En la época de la Edad Media pareciera que es cuando recién comienza la necesidad de construir la diferencia entre el hombre y la responsabilidad de los entes colectivos. Siendo en la Edad Media donde se plantea fundamentalmente la cuestión de las Personas Jurídicas. En la segunda mitad de este período histórico, la doctrina teoriza sobre los problemas de las personas sociales, pues el gran desenvolvimiento de la vida corporativa –gremios, cofradías, hermandades- el influjo de la Iglesia y el debilitamiento del poder real, colocaron el asunto en primer plano.

La Iglesia continuó beneficiándose de la personalidad que adquirió durante el Bajo Imperio; gracias a ella, el concepto deducido en Roma, se conservó en la Edad Media.

Es por ello, que lo mismo que los romanos, los juristas de la antigua Francia, consideraron la personalidad cual una emanación del Estado. Las colectividades no fueron ilícitas más que en la medida que el Rey las autorizó. La idea que procedió al otorgamiento de los privilegios, -personalidad jurídica- fue la del interés público. Por el bien público fueron autorizadas las Corporaciones de Oficios; las mismas aseguraron por sí, la vigilancia de sus miembros -su propia policía- y era mucho más eficaz que el poder real, el que se limitó a una misión de inspección⁹.

Se reprochó a la organización corporativa, el haber frenado el desarrollo económico. Es cierto que, en vísperas de la Revolución Francesa, en presencia del poder real debilitado, las corporaciones se opusieron a un liberalismo que parecía necesario, pero es de hacer notar, que el sistema corporativo presidió durante varios

⁹ **Luis Fernando del Pozo**, *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, 89.

siglos y con felicidad la organización económica, al asegurar grandes garantías a los productos fabricados y cualidades técnicas ciertas a los miembros de la profesión.

Los glosadores y los canonistas reconocieron personalidad jurídica de las asociaciones, pero unos y otros, discreparon en diversos puntos, sobre todo en materia de responsabilidad. Los posglosadores adoptado una mezcla de ideas romanas, germánicas y de los canonistas¹⁰. Hay que resaltar, que fue el Derecho Canónico el que construye la teoría jurídica de la fundación (*corpues mysticum*).

El español Federico de Castro y Bravo¹¹ explica que fue el italiano Sinibaldo de Fieschi quien procuró una reacción y enfatizó la diferencia entre el hombre con alma y cuerpo y las corporaciones, tipificando a la persona jurídica como persona ficta. Etcheverry¹² sostiene que la noción de persona ficta creada por Sinibaldo Fieschi, nace del derecho canónico y reemplaza a las ideas romanas de *corpora* y *universitates*.

El citado autor italiano, más conocido como el Papa Inocencio IV, en su obra “*Comentarios*” construye el concepto de persona ficta, reconociendo esta categoría a las *universitates* y a los *collegii*. El concepto de persona ficta o persona moral fue desarrollado en el derecho continental europeo por Hugo Grocio en “*De iure naturae et gentium*”, que luego fuera desarrollada por Puffendorf, y que tendía a sostener una concepción organicista de la persona jurídica señalando que la persona moral era una realidad que al igual que el hombre tiene su propia sustancia. Así, mientras en las personas físicas hay un cuerpo natural en las personas jurídicas hay un cuerpo moral. Esta posición sirvió de fundamento para el desarrollo de una nueva formulación que dio nacimiento a la concepción “*morfológica*” y sustancialista de la persona jurídica.

¹⁰ *Ibíd*em, 90.

¹¹ **Federico de Castro y Bravo**, *Persona Jurídica* (Madrid, Civitas, 1994),138.

¹² **Raúl Etcheverry**, *Óp. cit.*, 51.

El autor alemán Puffendorf¹³ consideraba que los seres morales estaban constituidos por diferentes clases, las personas morales físicas y las personas morales compuestas. Estas últimas eran aquellas constituidas por varios hombres que tenían una misma finalidad. En esta línea, el pandectismo alemán admitía que la noción de persona moral estaba limitada a la *universitas* y el *collegium* porque ellos al tener una voluntad colectiva constituían un *corpus*. Esta doctrina tuvo su punto culminante en la elaboración de Otto Von Gierke quien se basó en el componente sociológico o fáctico de la personalidad. La doctrina moderna se apartó del concepto de persona moral y siguió la línea media que marcó Federico Von Savigny¹⁴. Este autor sostuvo con absoluta lucidez que el concepto jurídico no aprendía la esencia del sujeto y la referencia a la moralidad llevaba a un orden de ideas distinto que el jurídico. Por ello, el autor alemán entiende que las personas jurídicas son seres ficticios y con capacidad artificial admitiendo dos clases: *una con existencia necesaria*, como las ciudades y el Estado, y otras, como las corporaciones y *las fundaciones* que requerían de la autorización estatal. Federico de Castro y Bravo insiste en que Savigny no quiso crear una categoría lógico jurídica ni una realidad ontológica y que su mérito estuvo en caracterizar a la persona jurídica como distinta de los miembros y con un patrimonio totalmente separado que tiene su propio fin.

Puede decirse, que al finalizar la Edad Media, la teoría de la Persona Jurídica se presenta a causa de su complejo origen, como una mezcla de los más opuestos principios y construcciones que, pugnando por prevalecer, originaron perpetuas contradicciones e incongruencias, germen de las disputas que habían de dividir más tarde la ciencia jurídica¹⁵.

¹³ **Federico de Castro y Bravo**, *Óp. cit.*, 166.

¹⁴ *Ibíd.*, 173.

¹⁵ **Francisco Junyent Bas**, “Personas Jurídicas Privadas” (Ponencia, XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil), 5-6.

1.1.4. La Revolución Francesa¹⁶.

En los dos primeros tercios del siglo XVIII, las doctrinas legalistas del concepto del Derecho y las filosóficas de los enciclopedistas, dieron al traste con el principio corporativo de la Edad Media, oponiendo a él, uno esencialmente individualista. Esta reacción tendió a romper con el feudalismo religioso y civil que se apoyaba en las corporaciones para mantenerse autónomo del poder central del Estado.

La Revolución Francesa recogió en su legislación, la tendencia individualista, y aniquiló los organismos intermedios entre el Estado y el individuo. La Revolución Francesa se jactó de haber proclamado el hermoso principio de la “*libertad de asociación*”, como uno de los derechos del hombre, pero suprimió la personalidad jurídica de las colectividades. Esta autonomía dio lugar a situaciones muy ambiguas.

En nombre de la “*libertad*” desapareció la Personalidad Jurídica y en primer término la de las congregaciones. Estas poseían grandes riquezas que el Estado apetecía; los filósofos criticaron la acumulación de los bienes que quedaba fuera de la libre circulación.

¹⁶ La Revolución Industrial comienza en Inglaterra en 1760 y desde allí se extendió a otros países de Europa occidental y a Estados Unidos de América, hasta 1840. La revolución industrial supuso el paso de una economía rural, basada fundamentalmente en la agricultura, pero también caracterizada el predominio del comercio y de la producción manual de bienes, a una economía urbana, industrializada y mecanizada. Entre las características de esta etapa histórica son las siguientes: a) Evolución en los medios de transporte: aparición de los barcos y ferrocarriles a vapor; b) Expansión del comercio gracias a los nuevos medios de transporte; c) Multiplicación de la riqueza, aumento del PIB; c) Ascenso de la burguesía industrial, clase compuesta por los dueños de los medios de producción; d) Migraciones del campo a la ciudad: crecimiento de la población urbana; e) Aparición de una nueva clase social: el proletariado, constituida por los obreros y trabajadores; f) Adelantos en la medicina e higiene, consecuente aumento de la población; g) Deterioro ambiental, degradación del paisaje y destrucción de la tierra; h) Creación del concepto de producción en serie y masificación del consumo; e i) Desarrollo y expansión del capitalismo. Cf. “Significado de Revolución Industrial”, <https://www.significados.com/revolucion-industrial/>.

El Estado secuestró bienes de las comunidades eclesiásticas y seculares, de las corporaciones de oficio, incluso de los hospitales y hospicios, y pasaron a formar parte de su patrimonio. La convención fue incapaz de administrar las obras asistenciales, motivo por el cual, suspendió la ejecución de la última medida, y el Directorio resucitó a la vida jurídica a los hospitales, restituyéndoles sus derechos.

En cuanto al principio de la “*libertad de asociación*”, la doctrina tantas veces ha firmado en forma gloriosa por los Revolucionarios, fue ampliamente moderado. Pasó con la libertad de asociación como con la libertad de pensamiento. Los miembros de las congregaciones fueron obligados a separarse, pero, sobre todo, en nombre de la “libertad” el 17 de junio de 1791, se promulgó la *ley le chapellier*, que prohibió toda agrupación, toda asociación profesional; no se contentó con alcanzar a las corporaciones, sino que comprendió a las agrupaciones sindicales y a las asociaciones de socorro mutuos. La ley de Chapellier¹⁷, indica claramente el sentido de tal prohibición: dejar al individuo solo frente al Estado¹⁸.

En nombre del principio de la libertad de comercio y de industria, la Revolución dejó, en primer lugar, que subsistieran las sociedades con fin lucrativo, pero a consecuencia de escándalos financieros, la Convención resolvió la supresión de las sociedades de capitales. El Directorio derogó esa disposición al devolverles a las sociedades de comercio su plena libertad.

¹⁷ Isaac Le Chapelier fue un abogado que había presidido la sesión del 4 de agosto de 1789 en la Asamblea Nacional en la que se decretó la abolición del feudalismo, y había participado en la creación del Club de los Amigos de la Constitución, llamado de los Jacobinos), promulgada en Francia el 14 de junio de 1791, en plena Revolución Francesa, instaura la libertad de empresa y proscribía las asociaciones y corporaciones, e igualmente las asociaciones de campesinos y obreros. Se trató del triunfo del liberalismo económico y del individualismo, y no sólo por la abolición de uno de los pilares del sistema productivo del Antiguo Régimen, sino, porque, también prohibía que los empresarios, comerciantes, obreros o artesanos pudieran asociarse y establecer normas comunes. La Ley Le Chapelier fue derogada el 25 de mayo de 1864 por la Ley Ollivier que abolía el delito de asociación. Cf. “Ley de Chapelier”, cf. https://www.notinet.com.co/serverfiles/load_file_ju_ntnt.php?id=2191.

¹⁸ **Fernando del Pozo**, Luis, *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, 90.

Por otro lado, las trascendentes reformas efectuadas al ordenamiento mercantil en Francia en el año 1867 constituyeron el punto de partida para el predominio exclusivo de las sociedades anónimas en el mundo de los negocios, y fue la ley francesa de sociedades del 24 de julio de 1867 la que eliminó la autorización estatal para la constitución de estas compañías.

1.1.5. Napoleón y el retorno a la libertad.

El Imperio Francés fue el triste escenario de las luchas que contra las asociaciones que desató Napoleón. El Código Penal de 1810 (Art. 291) suprimió casi enteramente la libertad de asociación y se mantuvo la vigencia de la Ley de *Le Chapellier*¹⁹, con respecto a las agrupaciones profesionales y obreras.

Se llegó al siguiente sistema: a) Las asociaciones de más de veinte personas, debían ser autorizadas; a falta de autorización, no solamente eran ilícitas, sino que sus miembros incurrían en sanciones penales; b) las asociaciones, aunque autorizadas, no tenían personalidad jurídica; y c) las asociaciones, para obtener su personalidad jurídica, debían ser objeto de una segunda autorización, resultante de un decreto del Consejo del Estado, en el que se les reconocía un fin de utilidad pública.

El sistema napoleónico detuvo el progreso de las asociaciones del siglo XIX. Fue aplicado con extremo rigor contra los sindicatos profesionales, que no pudieron constituirse más que con el riesgo del encarcelamiento de sus dirigentes. La Revolución de 1848 no tuvo consecuencias y la tolerancia del Gobierno no se manifestó sino a

¹⁹ El Art. 3 de dicha Ley establecía: “Queda prohibido a todas las corporaciones administrativas o municipales cualquier solicitud o petición en nombre de un estado o profesión y darles respuesta alguna; igualmente se les ordena declarar nulas las deliberaciones que podrían haber sido tomadas de este modo y vigilar cuidadosamente para que no se les dé curso ni ejecución”. *cf.* <http://revista.lamardeonuba.es/la-ley-le-chapelier/>.

partir del Imperio Liberal. Cuando los sindicatos fueron autorizados en Francia por la Ley de 21 de marzo de 1884, tenían detrás de sí un largo pasado de luchas clandestinas contra el poder político; de ahí el malestar que todavía sufre el orden social. La Ley anteriormente señalada, permitió a los sindicatos profesionales constituirse libremente sin autorización; les confirió al mismo tiempo e ipso facto la personalidad jurídica. La nueva libertad de asociación, fue proclamada en Francia, se puede decir, hasta el 1º de julio de 1901, fecha en que se derogó el Art. 291 del Código Penal de 1810. Sin embargo, subsistió un criterio exacerbado para las congregaciones religiosas, cuya existencia y licitud fueron subordinadas al Parlamento²⁰.

El régimen de las sociedades de fin lucrativo fue mantenido, pero para librarse de la autorización gubernamental, exigida para las sociedades anónimas, los fundadores de las sociedades utilizaron otra forma de sociedad por acciones, la “*comandita por acciones*” que se constituía libremente. Esta libertad condujo a escándalos financieros. El legislador, sin someter la sociedad en comandita por acciones a la autorización, reglamentó la necesidad su constitución y funcionamiento. Posteriormente abandonó la necesidad de la autorización, primeramente, para las sociedades anónimas que tuvieran un capital inferior a veinte millones de francos, y luego para todas las sociedades anónimas, al mismo tiempo que reglamentaba su constitución y funcionamiento.

A partir del nacimiento de la sociedad por acciones y de la teoría *Savignyana* aparece entonces el debate entre los partidarios de la teoría de la realidad jurídica de las personas colectivas y los defensores de la teoría de la ficción. Los defensores de la teoría de la realidad jurídica, si bien admitieron que no se podía realizar un símil con el ser humano, ya que, siempre se trataba de un concepto lógico jurídico, afirmaron que

²⁰ **Fernando del Pozo**, Luis, *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, 91-92.

el elemento normativo debe reconocer una realidad o sustrato sociológico que de fundamento al nacimiento de la personalidad. Por el contrario, los defensores de la teoría de la ficción se inclinaron por dar preeminencia exclusivamente al elemento normativo y puntualizaron que como recurso técnico la personalidad no requiere de sustrato de ninguna naturaleza y que es el legislador quien define la personalidad. Ambas posiciones mantienen, aun en la actualidad, el debate sobre la configuración del concepto de persona jurídica y las condiciones para el otorgamiento de la personalidad.

Llegando a la etapa contemporánea, postguerra, que por medio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²¹, declaración adoptada por las Naciones Unidas, proclamada el 10 de diciembre de 1948, en su Art. 20 el siguiente principio: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”*, la que da el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de la cual el Estado de El Salvador, principio que se encuentra consagrado en la actual Constitución de 1983²², en el Artículo 7 Cn., en el que establece: *“Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. No podrá limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación”*.

1.2. Antecedentes Históricos de la Responsabilidad Jurídica.

1.2.1 Etapa antes del Advenimiento de Cristo: Corea, India, Antigua Roma y Grecia.

En este apartado de este Capitulado, es hacer un esfuerzo teórico por tratar de lograr una aproximación al surgimiento y creación conceptual de responsabilidad penal

²¹ **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (Estados Unidos de América, Organización de los Estados Unidos de América, 1948).

²² **Constitución de la República de El Salvador** (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983).

y personas jurídica²³, pero tenemos un primer origen que es el surgimiento de la sociedad que hoy en día conocemos, como único medio para identificar los temas medulares que conforman la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que posteriormente han sido objeto de innumerables debates teóricos, lógicamente la inexistencia del concepto de persona jurídica hace difícil profundizar.

En ese sentido, cuando la sociedad comenzó a organizarse en *gens*²⁴ (familias) algunas reglas de conducta fueron impuestas, si fuese desobedecida por uno de sus miembros toda la comunidad sería castigada, esto se vio en la Antigua Roma, al igual que sucedió durante la creación del código babilónico de Hammurabi²⁵ (siglo XXIII a. C.). En Corea, un país fuertemente influenciado por el sistema legal de China dictatorial, llegó el castigo colectivo a través del Código Ming, en el que las familias eran castigadas por los delitos de traición o de política. Otro ejemplo es el Código de Manu²⁶ (siglo XIII a. C.), implementado en la India, donde el castigo se ha convertido

²³ Por medio de la construcción conceptual del concepto persona jurídica, es posible verificar los contenidos propios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en razón que su creación terminológica encierra aproximaciones adoptadas por el derecho penal clásico, para negar la responsabilidad penal desde la óptica y fundamento de las categorías del delito de acción, culpabilidad y capacidad de pena.

²⁴ **Guillén, José, Vrbs Roma, Vida y costumbre de los romanos. I: La vida privada, Sígueme; (Salamanca, 2004), 115-118.** Gens es un vocablo que deriva de raíces latinas, la cual puede ser traducida en nuestro idioma como “*familia*”. La entrada gens hace referencia a un gremio u organización social que convivía en la época de la Antigua Roma; donde cada gens estaba formado por un determinado grupo de individuos, que manifestaban que provenían de un antepasado mítico en común, que le otorgaba el nombre a la denominada gens, o sea el *nomen gentilicium*; las “*gens*” eran regidas por un líder, que generalmente lo adquiriría el hombre con mayor edad del grupo, al cual se le denominaba “*el pater*”, esta institución precedió al Estado-ciudad.

²⁵ El Código de Hammurabi es conjunto de leyes de la historia más antiguo encontrado. En él Hammurabi enumera las leyes que ha recibido del dios Marduk para fomentar el bienestar entre las gentes y la jerarquización de la sociedad. *Cfr.* [https:// thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/HisArtLit/01/hammurabi.htm](https://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/HisArtLit/01/hammurabi.htm). Fecha de consulta: 8:20 del 31/3/2020.

²⁶ El Código de Manú, escrito hacia el año 200 a. C., pero que, según la leyenda, fue dictado por Suayambú, regenerador de la humanidad después del diluvio. Este salvador del mundo y primer rey de la India estableció leyes teocráticas y elaboró una cronología de la creación, que él mismo había recibido de Brahma, creador del universo. El Código de Manú resume un conjunto de normas para llevar una vida justa y alcanzar la felicidad. *Cfr.* <https://letrujil.files.wordpress.com/2011/09/primeras-manifestaciones-del-derecho-escrito.pdf>. Fecha y hora de consulta: 10:31 del 31/3/2020.

en una marca de carácter religioso, que podría aplicarse incluso a los descendientes de los criminales que aún no han nacido. Tan pronto, la responsabilidad penal familiar se ha convertido en los supuestos para la actual penalización de la entidad colectiva.

En el periodo de la Antigua Roma inicialmente debido a su característica de conveniencia no han adoptado el concepto convencional de la personalidad de la persona jurídica. Con el advenimiento del imperio parece variar, sin profundidad, los derechos y obligaciones entre la sociedad (*universitas*, municipales y colegial) y los individuos que formaban parte de este (*singuli*). Además, el Derecho Romano no concibió una regla de responsabilidad penal del ente colectivo (*societas delinquere non potest*).

En cuanto a la imputación penal griego se dividió en dos períodos: en primer lugar, admitir la responsabilidad penal a la persona colectiva con las sanciones colectivas, a grupos familiares o clanes (siglo VII a. C.)²⁷. En ese momento todavía había en la ciudad las organizaciones colectivas sociales y religiosas llamadas *tiasos*, similar a los sindicatos de hoy, que fueron sancionados por los delitos corporativos. En el segundo, más individualista, que surjan del desarrollo económico, sólo admitió la responsabilidad penal de las personas físicas, excepto en los delitos políticos y religiosos de la época en que las sanciones colectivas que van desde la privación de derechos a la muerte colectiva.

²⁷**Jardel De Freitas Soare**, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un estudio de Derecho Comparado entre Argentina y Brasil*. Vid. en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?Codigo=5472563>.

1.2.2. Derecho Romano Clásico.

Por otro lado, manifestar que un suceso histórico que tuvo origen en el derecho romano clásico²⁸, es la aparición de la reparación civil por daños causados a terceros, es importante mencionar que en este momento no existe una diferenciación entre el concepto de responsabilidad penal y responsabilidad civil, el resultado se fundó en la única idea de la imposición de una pena sobre la base de la ejecución de un ilícito que cause daño a otros, al respecto de esto Corral Talciani señala que *“Es en el derecho romano donde surgen las primeras reglas de reparación civil de los daños causados a otros. En un primer momento, no hay una clara distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil”*. De manera que puede considerarse para entonces como el antecedente más antiguo dirigido a desarrollar el concepto de responsabilidad penal, aunque todavía difuso²⁹.

Por otra parte, en relación a la admisión de la capacidad delictiva de las personas jurídicas en el derecho romano clásico solo ha sido bibliográficamente posible encontrar una aproximación que consistía en la de ejercer la acción de dolo contra el municipio, acción que claramente adolece de indeterminaciones conceptuales que el lenguaje hoy en día delata, sin embargo era posible reclamar por la conducta de los administradores o recaudadores de impuestos por el lucro ilegítimo obtenido en nombre del municipio, al respecto Bacigalupo Saggese³⁰ expone *“Al igual que la mayoría de*

²⁸ Su vigencia se extiende desde la fundación de Roma (según la tradición, el 21 de abril de 753 a. C.) hasta mediados del siglo VI d.C., época en la que tuvo lugar la labor compiladora del emperador Justiniano I, que desde el Renacimiento se conoció con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*. El *Corpus* destaca por su complejidad jurídica y por su profunda influencia en la ciencia del derecho y suele considerarse el texto legal más influyente de la historia de la humanidad. Cf. <https://lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/derechoromano/item/2926-derecho-romano-29-epoca-clasica-del-derecho>. Fecha y hora de consulta: 10:24 del 31/3/2020.

²⁹ **Hernán Corral Talciani**, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial jurídica de Chile, 2004, *vid.* <https://filosofosinsentido.files.wordpress.com/2013/07/2176.pdf>. 79

³⁰ **Silvina Bacigalupo Saggese**, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un estudio sobre el derecho penal* (1997). Cf. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4345>. 19. Sin embargo de la gran incidencia del derecho romano en la cultura jurídica, el concepto de persona jurídica únicamente era

los ordenamientos jurídicos antiguos en el derecho romano no sé conocía, en principio, la figura de la persona jurídica [...] En la práctica, la corporación más importante era el municipio”.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto histórico del derecho romano clásico resulta lógicamente impreciso y limitado, Bacigalupo Saggese agrega, que como consecuencia directa de no existir una conceptualización de responsabilidad penal y de persona jurídica³¹ fundamentada teóricamente como tal, el derecho romano tiene como único destinatario de responsabilidades a la persona natural, un derecho romano clásico en otras palabras individualista, pero que sin embargo, pese a lo anterior los romanistas clásicos realizaron un importante aporte en lo relativo a la separación conceptual entre responsabilidad colectiva y responsabilidad individual.

Todo lo anterior, solo será considerado como las aproximaciones iniciales más profundas del importante avance y evolución que va a presentar el tema en el transcurso de la edad media³², en razón que posteriormente se han retomado las cuestiones antes descritas para la unificación y armonización de los elementos que conforman los conceptos en mención.

posible relacionarlo al Municipio, es decir, la ciudad de la provincia, lo que era el colectivo o corporación más relevante en toda Roma.

³¹ El derecho romano contiene sobre su historia la inexistencia terminológica de persona jurídica, lo más cercano a los entonces denominados entes colectivos era el municipio. La persona humana era destinataria de toda responsabilidad en búsqueda de sus fines. El aporte más importante del derecho romano fue el de evidenciar la diferencia entre la responsabilidad individual y la responsabilidad colectiva.

³² **Hirsch Hans**, Joachim; *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*; (Ciudad de México, Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1993), 1099–1124. 1102. Para Hirsh: “La concepción de que solo el hombre podría ser penalmente capaz en la comprensión del derecho penal europeo-continental, no es tan obvia como se to afirma muchas veces. El principio frecuentemente mencionado *societas delinquere non potest* era probablemente acertado para el derecho romano, al que todavía le eran absolutamente extraños el concepto de corporación como tal, y en particular también el concepto de persona jurídica. Sin embargo, el cuadro se modificó en la edad media”

1.2.3. Antecedentes Históricos de la Edad Media: Derecho Canónico, Glosadores y Post Glosadores.

Específicamente en la tercera etapa de la Edad Media, conocida como *Baja Edad Media*, que se comprende desde los inicios del siglo XII hasta mediados del siglo XV, las aproximaciones relacionadas a la responsabilidad penal de las personas jurídica transitan sobre tres momentos históricos cuyos aportes de manera inicial se ubican en la ardua interpretación depositada al tema por los jurisconsultos boloñeses, los que por ser la glosa o exégesis textual la forma en que se manifestó su actividad científica a la hora de estudiar el derecho romano Justiniano son mejor conocidos como *glosadores*.

Los *canonistas* que produjeron el aporte más concreto redireccionando el ámbito conceptual indeterminado que predominaba hasta entonces en torno a lo que hoy en día conocemos como personas jurídicas. Lo anterior fue posible mediante fundamentos creados a partir de las necesidades prácticas de las *universitas*, los colectivos más importantes de la época frente a las sanciones espirituales que podrían imponérsele a las colectividades en los que la Iglesia ejercía un control social y cultural. Posteriormente, todo lo anterior fue retomado para la configuración de la teoría de la ficción de Savigny con lo que se les adjudica una teoría propia a las personas jurídicas y se fortalecería el dogma *societas delinquere non potest*, lo que hará posible verificar temas sometidos debates en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actualidad.

Finalmente, los *postglosadores*³³ que reconocerían la capacidad delictiva de los entes colectivos, específicamente de los municipios, posición que llegó a Alemania logrando incluir una verdadera capacidad delictiva para las personas jurídicas en los

³³ Los *postglosadores* siguen estudiando el derecho romano, pero a diferencia de los glosadores que solo buscaban hacerlo más comprensible y buscaban aplicarlo a los casos prácticos de la época. *Crf.* <https://todosloshechos.es/que-son-los-glosadores-y-postglosadores>. Fecha de consulta: 31/3/2020.

códigos penales alemanes, lo que por cuestiones de carácter ideológicas de las cuales existen escasas referencias bibliográficas posteriormente fueron derogados y se regularon únicamente sanciones en el derecho contravencional como se conocen en la actualidad.

1.2.3.1. Glosadores.

Como punto de partida se ha tomado al Derecho Romano Clásico por presentar los primeros avistamientos, aunque difusos en el tratamiento de ambos conceptos, por la importante influencia espiritual que este momento histórico adquirió y al mismo tiempo ejerció en la historia jurídica europea. Estos antecedentes históricos son de difícil abordaje, algunos datan entre los siglos XII y XVII como lo son específicamente los suscitados en la tercera etapa de la edad media por las instituciones boloñesas mejor conocidos como glosadores³⁴, en los que se observa aun con poca profundidad los conceptos antes mencionados, y por consiguiente imprecisiones en los temas que han sido debatidos en torno a lo que conocemos hoy como responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La aproximación histórica en la etapa de los glosadores a que se debe hacer énfasis transita en la permanente interpretación que depositaron estas instituciones a las corporaciones mediante la glosa o exégesis textual, forma en que se desarrolló la

³⁴ La Escuela de Boloña, también conocida como la escuela de los jurisconsultos boloñeses o escuela de los Glosadores por ser la glosa o exégesis textual la forma en que se manifestó su actividad científica a la hora de estudiar el derecho romano justiniano, fue fundada en los postreros años del siglo xi d. C. hasta el siglo XIII por el eminente jurista Irnerio; por lo que trajo consigo el olvidado derecho romano, tras la caída del Imperio Romano de Occidente, su trabajo consistía en hacer síntesis y averiguación del contenido jurídico del derecho romano, de las fuentes, para traducir el trabajo en glosas que eran anotaciones que el jurista agregaba a su ejemplar del texto con la intención de que fueran conservadas, copiadas y difundidas. Al igual que los escolásticos, los glosadores efectuaron una labor de razonamiento lógico (Aristóteles). *Crf.* <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/glosadores-escuela-de-los/glosadores-escuela-de-los.htm>. Fecha y hora de consulta: 12:00 del 31/3/2020.

actividad científica de esta época, para estudiar el derecho romano sobre la base de las influencias que el pensamiento romano clásico ejercía en todo el continente europeo³⁵.

En ese sentido, Blanch Nogués expone que no fue ajeno al estudio de los glosadores una fusión de la materia romana bajo la influencia espiritual de la edad media, ni tampoco el pensamiento germánico que ofreció a los glosadores la reflexión que las corporaciones relevantes de la época las *universitas* poseían un carácter omnicomprendivo, es decir que éstas podrían tener todas las capacidades de las personas naturales³⁶.

Para Bacigalupo Saggese el aporte de las instituciones boloñesas consiste en la ardua labor interpretativa que estos depositan a las *corporaciones*, no obstante, al depositar interés desde la óptica de los planteamientos del derecho romano se manifiesta la consecuencia de cargar con los mismos vacíos reflexivos con los que cargaba el derecho romano clásico, logrando de manera limitada únicamente aproximarse a que las *universitas* podrían comprender la totalidad de elementos que la persona humana. Sin embargo, en este contexto tampoco ha sido posible ubicar la creación del concepto de persona jurídica³⁷.

³⁵ **Hirsch**, *La cuestión de la responsabilidad...* *Op. Cit.* 1102. Para Hirsh “Los glosadores comenzaron a ocuparse más detenidamente del problema de si son posibles acciones penales contra agrupaciones de personas de esa clase. A ello se agregaron los canonistas, que elaboraron el concepto de *universitas*, para la Iglesia, como algo no idéntico a sus miembros y plantearon la cuestión de si la *universitas* podía ser excomulgada”.

³⁶ **José María Blanch Nogués**, *Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano*, (Librería-editorial dykinson; 2007), 50.

³⁷ **Silvina Bacigalupo Saggese**, *La responsabilidad penal...*, *Op. Cit.*, p. 21.

1.2.3.2. Derecho Canónico.

A continuación, la aproximación histórica más influyente en la construcción y configuración de la conceptualización que en la actualidad se conoce de personas jurídicas, y que posteriormente sería retomada para la fundamentación de la teoría de la ficción de Savigny.

Sin embargo, el tema ha sido observado con más interés y por lo tanto se le ha depositado más interpretación desde la creación por derecho canónico del concepto de *persona ficta*, el más amplio hasta entonces, el cual se crea para solucionar aspectos vinculados a la posibilidad de imponer sanciones espirituales entre los dos colectivos más relevantes de la época, como consecuencia de la importancia que simbolizaban para la iglesia, por ser estos colectivos por medio de los que se ejercía control social y cultural, principalmente por medio de las llamadas *universitas*, por lo que el derecho canónico ha finalizado concluir que los *colectivos* carecían de espíritu y no podían ser sometidas a sanciones espirituales como la excomunión, y únicamente eran destinadas a las personas naturales cuyo espíritu es una característica propia que Dios les ha dado a los seres humanos, con la que hace posible al ser humano materializar conductas que pueden generar un resultado lesivo o no³⁸.

Es al derecho canónico a quien se debe que en el siglo XIII surgiera la locución *Societas delinquere non potest*³⁹, atribuida a Sinibaldo De Fieschi (Inocencio IV). Sin embargo, tal locución en modo alguno surgió con el carácter de principio general que hoy se le atribuye. Más aún, ni tan siquiera el sentido original de la expresión iba

³⁸ En relación a la capacidad delictiva, si se traduce todo lo anterior a los planteamientos actuales, se podría sostener con certeza, que el derecho penal clásico en relación a las categorías del delito acción, culpabilidad y capacidad de pena, negaría rotundamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortaleciendo el dogma decir *societas delinquere non poteste* por carecer de facultades volitivas naturalmente vinculadas solo a los seres humanos.

³⁹ Entendida como imposibilidad de imponer el castigo de excomunión a las corporaciones.

referido a la corporación tal como hoy, en nuestros días, y a partir del S. XIX, se la conoce, ni mucho menos el propio Sinibaldo De Fieschi llegó a negar con carácter global la aptitud jurídica de la persona ficta para responder penalmente por sus actos. Como señala Martínez Blanco⁴⁰, la intencionalidad de este canonista no era la de elaborar una teoría abstracta acerca del concepto o naturaleza de la persona jurídica, sino tan solo la de apuntar una solución práctica para que se respetaran los derechos de esa colectividad como si de derechos de una persona se tratase.

Por ello, a pesar de que la *universitas*⁴¹, considerada ya como una persona ficticia⁴², no tenía capacidad activa ni pasiva dentro de una conducta criminal (impossibile es, quod universitas delinquat) Sinibaldo De Fieschi sí entendía su capacidad de responsabilidad en el supuesto de que esta conducta, cometida por el administrador, hubiera sido realizada por solicitud de los miembros del colectivo.

Como señalara Souto Paz, la persona jurídica es una creación del derecho y en su formulación ha jugado un papel decisivo la doctrina canónica medieval. Por ello, podemos concluir que la doctrina canónica es la verdadera precursora del actual concepto de persona jurídica, pues aunque la denominación como tal surge con la pandectística alemana⁴³ de la Escuela Histórica del Derecho, ya Ruffini indicó que la

⁴⁰ **Blanco Martínez**, en Derecho Canónico, Editorial DM, (Murcia, 1995), 55.

⁴¹ La palabra *universitas* se empleó originariamente para designar cualquier comunidad o corporación considerada en su aspecto colectivo, también se denominaban *universitas* a un conjunto de poblaciones o de barrios que estaban unidos por intereses comunes bajo una misma representación jurídica; de esta locución latina surge la palabra universidad, que en un sentido más moderno, haciendo alusión a un ente dedicado a la enseñanza y a la educación, en ese entonces era necesaria la adición de un complemento para terminar su significado, por ejemplo “*Universitas Magistrorum Et Scholarium*”. Crf. <https://conceptodefinicion.de/universitas>. Fecha y hora de consulta: 12:10 del 31/3/2020.

⁴² Sinibaldo indicaba que cuando una de estas colectividades intervenía en una causa debía “fingirse” que se trataba de una persona; Blanco Martínez, *Óp. Cit.*

⁴³ La pandectística o pandectismo fue una doctrina jurídica europea posterior al humanismo jurídico y anterior a la codificación, que alcanzó su apogeo en Alemania en el siglo XIX. Vid. Rafael Bernand, *La Pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno*, <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/14051>, fecha de consulta: 1/4/2021.

teoría de la ficción de Savigny era coincidente con la doctrina formulada por Sinibaldo de Fieschi.

En este mismo sentido Martínez Blanco⁴⁴ afirma que es la doctrina alemana del pandectismo la que introduce la denominación de persona jurídica y se pregunta sobre la naturaleza para dilucidar si tenía una base o sustrato persona o real según estuviera constituida por un conjunto de personas o cosas, o más bien habría que considerarse como una mera ficción del legislador, de tal forma que Ruffini advirtió que esta teoría de la ficción coincidía con la doctrina elaborada por Sinibaldo de Fieschi. Por tanto, es a este último a quien se considera el autor que hace la diferencia por primera vez, al conjunto de personas de la persona resultante de esta agrupación.

El derecho canónico crea un concepto amplio que acogería a los colectivos más relevantes de la época, es decir, las corporaciones y las *universitas*, denominando ambas como Persona Ficta (personas ficticias), los factores que dieron origen a la configuración se vinculan nada menos que a cuestiones sobre la capacidad delictiva y posibles sanciones espirituales que las corporaciones podrían tener frente a las *universitas*, como lo señala Pérez Arias *“Era importante poder resolver cuestiones como la capacidad delictiva en general de una corporación, la posibilidad de imponer censuras espirituales y la excomunión frente a la universitas [...] a ello es posible agregar que esta teoría de los canonistas también lleva en su seno el origen del dogma societatis delinquere non potest que permitía excluir la posibilidad de excomunión de las corporaciones”*⁴⁵.

⁴⁴ **Blanco Martínez**, en Derecho Canónico, *Óp. Cit.*-

⁴⁵ **Jacinto Pérez Arias**, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas* (Murcia, Universidad de Murcia, 2013), 63-64. Arias sobre las necesidades de las Instituciones: “Inocencio IV elaboró esta teoría, porque consideraba a la corporación como “un ser sin cuerpo” y, por lo tanto, como incapaz de acción.

En aquel contexto histórico se ha concluido que las corporaciones carecían de espíritu y conciencia, por lo tanto, no podían ser sometidas a censuras espirituales, y que únicamente las sanciones como la excomunión eran destinadas única y exclusivamente a las personas naturales, cuyo espíritu es una característica propia que Dios les ha otorgado.

Con buen acuerdo en este momento histórico se origina la configuración terminológica y conceptualización⁴⁶ que en la actualidad se conoce de persona jurídica, lo anterior como se ha sostenido se debe en gran medida a diversas circunstancias en la búsqueda de dar respuesta a otros colectivos diferentes a las *universitas*⁴⁷. La ciencia jurídica canónica re direccionó el pensamiento jurídico europeo en relación a lo que predominó a lo largo de muchos siglos, en palabras de Bruno Salinas “*Fueron los decretalistas los creadores de la persona jurídica moderna, a la que, en su última fase, dotaron de una teoría sobre su naturaleza jurídica que, ampliada, daría lugar a la teoría de la ficción [...] con todo, y aun en este periodo se encuentran todos los elementos de las personas jurídicas modernas no hubo un esfuerzo de sistematización de los mismos tarea que se realizaría tan solo en los siglos XVII y XVIII*”⁴⁸.

⁴⁶**Nougués, Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano, Óp. Cit.** Las indeterminaciones conceptuales como se ha presentado a través de las breves referencias son por un lado las del derecho romano clásico, que no logro superar por medio de la corporación más importante en su época *el municipio*. Así mismo las reflexiones de los Glosadores sobre las *corporaciones* que no lograron un avance significativo teórico que abriera nuevos horizontes a la ya conocida inexistente conceptualización.

⁴⁷ Las *universitas*, son un resultado jurídico y por consecuencia algo distinto de los *singuli* (persona), que en consecuencia la conforma: es un ser que carece de cuerpo y que sólo posee en el mundo jurídico capacidad por medio de una ficción que se otorga, esta característica es la que aleja una posible.

⁴⁸ **Santiago Bueno Salinas**, “La noción de persona jurídica en el derecho canónico: Su evolución desde inocencio iv hasta el c.i.c. de 1983”; *Revista Collectània sant pacia*, no. 33, (Barcelona, Facultad de Teología, Universidad de Barcelona, 1985), 148. Salinas sostiene que el derecho romano conoció la existencia de las corporaciones con capacidad de goce, pero no existió un nombre genérico que las abarcara a todas ellas, quizá las más generales; *corpora* y *universitas*.

1.2.3.3. Posglosadores.

La escuela de los posglosadores⁴⁹ se le ubica desde el siglo XV al XVII, sus más destacados representantes fueron Bartola Sassoferrato y Balbo de Ubaldis. El aporte que se adjudica a los posglosadores tiene su origen en cuestiones vinculadas a la capacidad delictiva de las corporaciones, sostenida y aceptada por éstas Instituciones Italianas mediante su propia glosa o interpretación, Bartolus sostenía que en el caso de los *delicta propria* de la *universita*, ésta es autor y sus miembros serían coautores o instigadores, y en el caso de los *delicta impropia* de la *universitas*, ésta sería coautor o instigador, mientras que el autor sería su representante⁵⁰. En concreto esta posición lograría tener gran influencia en la Cultura Jurídica Alemana, mediante la concepción decisiva de Bartolus con lo que se lograría ejercer acciones punitivas contra los municipios, es decir los colectivos más importantes de la época en el contexto alemán.

Posteriormente, la tendencia sobre la capacidad penal de las corporaciones sostenida por estas instituciones italianas y aplicadas en Alemania decaería, lo que significaría un acomodamiento de las objeciones en contra de la capacidad delictiva de las personas jurídica.

Las objeciones en relación a la nula capacidad delictiva de los colectivos más importantes de la época, los municipios, tiene su fundamento inicialmente en aspectos

⁴⁹ Posglosadores o conciliadores, tratan de realizar una tarea de orden práctico. Abordaron los textos romanos con mayor libertad, no se proponían explicar la letra sino indagar la razón de ser de es ley. La escuela se desarrolla desde el siglo XIII al XV por Cino de Pistoia. Siendo su principal exponente Bartoleo de Saxoferrato (1313 - 1357) es el que principio de la personalidad jurídica para el extranjero, porque estos No estaban protegidos y Saxoferrato dijo que "*los bienes de una persona, Siguen el lugar donde esta*". Cfr. <https://www.monografias.com/trabajos14/interpretacion/interpretacion.shtml>, acceso el 1/4/2020.

⁵⁰ **Silvina Bacigalupo Saggese, La Responsabilidad Penal, Óp. Cit., 28.** Sobre Bartolus De Sassoferrato "(Bartolo de Saxoferrato), (1314-1357), quien fundamentaba la capacidad delictiva de la *universitas* con una *fictio iuris* [...] Según la opinión de Bartolus en el caso de los *delicta propria* de la *universitas* ésta es autor y sus miembros serían coautores o instigadores y en el caso de los *delicta impropia* de la *universitas* ésta sería coautor o instigador, mientras que el autor sería su representante.

de carácter político y del ejercicio ilegítimo de poder por parte de minorías que se veían afectadas con dicha punición penal, logrando con ello un retroceso en la regulación penal y capacidad delictiva de los municipios, Hirsh: sostiene que “*casi todos los manuales habían reconocido la punibilidad de personas jurídicas. Pero recién a partir del comienzo del siglo XIX, la mayoría se expresa en contra de ello, y solo desde entonces desapareció la punibilidad de las personas jurídicas de los códigos penales*⁵¹”.

En ese sentido, es posible señalar que el debilitamiento de la capacidad delictiva sostenida y expandida a Alemania por las Instituciones Italianas, solo tendrá su decaimiento con la Intensificación a las objeciones en contra de la capacidad acción delictiva de las personas jurídicas, objeción que se fundamentaran teórica y jurídicamente mediante la teoría de la ficción de Savigny, fortaleciendo el dogma *societas delinquere non potest*.

1.2.4. Giro conceptual a partir finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX.

Para Bacigalupo Saggese los motivos para que los canonistas iniciaran por dotar de una teoría a los colectivos más importantes de su época han sido específicamente los de explicar la capacidad delictiva y posibilidad de imponer sanciones a éstas. La creación de persona ficta adjudicada a los Canonistas va a tener una importante influencia en la teoría de la ficción de Savigny, teoría que sin duda acompañará hasta en la actualidad a las personas jurídicas. De todo ello resulta evidente que existe una estrecha relación entre la teoría de la ficción del siglo XIX⁵², y la elaborada por los canonistas, la cual está vinculada a la nula capacidad de acción de éstas.

⁵¹ **Hirsch**, *La cuestión de la responsabilidad*, Óp. Cit., 1102.

⁵² **Silvina Bacigalupo Saggese**, *La Responsabilidad Penal*, Óp. Cit., 35, 36.

1.2.4.1. Teoría de la ficción.

La Teoría de la Ficción de Savigny sostiene el concepto de persona jurídica como una creación del derecho, es decir una ficción jurídica, por lo tanto, niega la capacidad de acción de las personas jurídicas, fundamento que ha sido sostenido en la actualidad, Fernández Creuhet sostiene que “*Dentro de las complejidades del pensamiento jurídico de Savigny se encuentran [...] la representación [...] sobre los conceptos jurídicos fundamentales, como por ejemplo, la capacidad de obrar de la persona jurídica*”⁵³. Durante los siglos posteriores, la teoría de la ficción complementó y sistematizó todos los elementos de la persona jurídica, por lo que la cultura jurídica europea adoptó todos sus planeamientos, dentro de cuales a la persona jurídica no es posible reconocerle capacidades de acción y facultades por ser únicas y exclusivas de los seres humanos.

Para Besabé Serrano “*La teoría de la ficción*”⁵⁴, tiene, en síntesis, la calificación de la persona jurídica como ficta, imaginaria o irreal, consistente a un proceso de adaptación del derecho a la realidad cambiante de la sociedad. Sin embargo, de dichas descripciones, la teoría mencionada no desconoce que el elemento fundamental de la persona ficta es el patrimonio y que por tal motivo tiene sustrato real. Lo que niega es la posibilidad de facultades volitivas autónomas, propias de los seres humanos⁵⁵.

De tal manera que para la teoría de la ficción desde la óptica del principio de culpabilidad y posteriormente con el principio de personalidad de la pena, viene a

⁵³ **Ricardo García Manrique**, “Radbruch y el valor de la seguridad jurídica”, *Anuario de filosofía del derecho*; número 21 (2004), 261–286. Cfr. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217071.pdf>.

⁵⁴ **Felipe González Vicent**, “La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto Von Gierke”; *Anuario de filosofía del derecho*; número 16; 1971; 1–76. Cfr. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2062314.pdf>.

⁵⁵ **Basabe Serrano**, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas* (Ecuador, Corporación Editora nacional-Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2003), 19.

concretizar la imposibilidad de responsabilizar penalmente a una persona jurídica⁵⁶. Martínez Pardo sostiene “*Savigny y su teoría de la ficción, estableció que la persona jurídica era una mera ficción a la que no podía atribuirse una voluntad susceptible de ser examinada conforme al principio de culpabilidad, defendiendo que los verdaderos y únicos responsables del delito son las personas físicas que se encuentran tras la persona jurídica. La aparición de la idea del principio de personalidad de las penas, contribuyó a que en esta época se volviera a la posición de la negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”⁵⁷.

La teoría de la ficción tiene diversos enfoques en relación a la persona jurídica, por ejemplo, la de ser de una creación meramente con derechos subjetivos, entendiendo entonces que la persona jurídica tiene capacidad legal, pero no de actuar y obrar; al respecto Paliero expone “*la teoría de la ficción excluye, por tanto, la responsabilidad de las agrupaciones por razones muy similares a las que permiten excluir a las personas físicas incapaces*”⁵⁸; en ese sentido, cualquiera de los enfoques de la teoría de la ficción en relación a la acción y voluntad de las personas jurídicas nos darán como resultado inmediato la negación rotunda de que las personas jurídicas puedan tener capacidad delictiva, fortaleciendo el dogma *societas delinquere non potest*, y logrando el debilitamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como tal.

Por esencia, las cuestiones que niegan desde la óptica de las categorías del delito de acción, culpabilidad y capacidad de pena en el derecho penal clásico, están vinculadas indudablemente a las mismas que configuraron y con las que dieron origen al concepto de persona jurídica, lo que se traduce a la negación total de las capacidades

⁵⁶ Históricamente con más fundamentos se ha sostenido que la persona jurídica no puede ser responsable penalmente, en consecuencia, de que no puede cometer delitos por sí misma, lo que se refleja en la expresión latina: “*societas delinquere non potest*”.

⁵⁷ **Vicente Martínez Pardo**, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2011), 62.

⁵⁸ **José Hurtado Pozo**, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada* (Valencia, tirant lo Blanch, 2001), 53.

volitivas de las personas jurídicas por ser únicas y exclusivas de los seres humanos, influenciadas por orígenes inminentemente individualistas, dirigidos al hombre como único sujeto con capacidad de obrar en el ámbito social, con lo que el dogmatismo ha logrado reducir, minimizar y negar durante muchos siglos la posibilidad de responsabilizar y sancionar penalmente a las personas jurídicas, y fortaleciendo con todo lo antes descrito el principio *societas delinquere non potest*.

1.2.5. Antecedentes de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Alemania: Teoría de la Personalidad Real de la Asociación.

En Alemania, hasta finales del Siglo XVIII, se había admitido la capacidad delictiva de las personas jurídicas sobre la base de los fundamentos y criterios de las Instituciones Posglosadoras, que llegaron por medio del pensamiento de Bartola y que significaron un debilitamiento importante y fundamental del principio *societas delinquere non potest*⁵⁹. Para importantes autores como Hirsh era verificable la existencia de procesos en los cuales se sancionaba penalmente a ciudades, municipios y gremios, hasta a mediados del siglo antes relacionado, situación que solo fue posible con la aplicación de los criterios que habrían llegado por medio de instituciones posglosadoras⁶⁰.

Posteriormente, la capacidad delictiva de las personas jurídicas es desacreditada y excluida de los códigos penales Alemanes, lo que se debe en gran medida a un trabajo que data de 1793, literatura adjudicada a un pequeño escritor llamado Erlangen Malblanc, en el que se reiteraban únicamente las antiguas objeciones sobre la naturaleza del delito y de la pena, haciendo inadmisibles sanciones para las

⁵⁹ **Louis Jürgen** y Martín Wassmer, *Sistemas penales comparados* (Alemania, 2010), *crf.* <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/275/265>. 203-252..

⁶⁰ **Hirsch**, *La cuestión de la responsabilidad*, *Óp. Cit.*, 1102.

asociaciones, por lo que fue muy criticada en la medida que carecía de nuevas reflexiones desde el punto de vista científico. Para Hirsh, el verdadero fundamento del cambio producido en ese entonces se advierte en otra cosa, en el hecho de que los procesos en contra de corporaciones se habían hecho cada vez menos frecuentes, porque el poder de los señores se había afirmado con más fuerza, y de allí que medidas de tanto peso como la condena de municipios enteros o de otras agrupaciones de persona ya no fuera necesaria.

Los planteamientos que fundamentan la capacidad delictiva de personas jurídicas en Alemania una vez más lograra un importante y nuevo punto de partida frente a las objeciones dominantes en aquel contexto, fundadas en gran medida por la teoría de la ficción⁶¹, por lo que éstas tuvieron que ser relativizadas nuevamente, debido a que Otto Von Gierke desarrollo y presento con mayor precisión la teoría de la persona real de la asociación “*Fue para entonces que la admisión de la capacidad de delinquir que se deriva de esta teoría, se impuso en el derecho civil y más tarde también en el contravencional [...] algunos Penalistas de renombre, como Franz Von List y Max Ernst Mayer se manifestaron en su favor*”⁶². En suma, las aproximaciones anteriormente descritas hacen posible concluir con certeza que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una idea aislada al desarrollo teórico y práctico del derecho.

⁶¹ Para Bacigalupo “*La teoría dominante de la persona jurídica en la primera mitad del siglo XIX, es decir a la teoría de la ficción de Savigny, tiene sus orígenes desde principios de la edad media en la dogmática del Derecho romano y canónico. Sin embargo, a pesar de tan remotos orígenes, su cuestionamiento no surge hasta el siglo XIX*”. **Saggese Bacigalupo**, *La responsabilidad penal*, Óp. Cit., 35.

⁶² **Vicent González**, *La teoría del derecho*, Óp. Cit., 6. Para González elevarse a la esfera supraindividual de la creación jurídica, es preciso que el individuo se convierta con sus convicciones en órgano de la comunidad, es decir, que no se exprese a sí mismo, sino que se haga instrumento de la vida colectiva.

1.2.5.1. Teoría de la Realidad o Personalidad Real de la Asociación de Von Gierke.

Otto Von Gierke, presentó en una importante ponencia, las innovadoras reflexiones sobre la teoría de la ficción, e hizo conocer su propia teoría en relación al tema, denominándola: *Teoría de la personalidad real de la asociación*⁶³. Esa teoría, sin duda alguna constituyó una nueva fundamentación en contraposición a la doctrina dominante, logrando así afirmar una vez más la responsabilidad penal de la persona jurídica y que su importancia no era una cuestión que se encontraba fuera de los márgenes interpretativos de los teóricos de la época.

En la realidad social y cultural, es posible verificar elementos análogos existenciales tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas, como por ejemplo la búsqueda de fines económicos que constituyen y forman parte de objetivos vitales idénticos en ambos sujetos, en cualquier sociedad. Por su parte, Otto Von Gierke señala que al coincidir la finalidad social de estos sujetos, el resultado es que van a ocasionar los mismos efectos, sean estos útiles o lesivos⁶⁴.

Los alemanes sobre la base de la teoría de la personalidad real de la asociación, consideran que las personas jurídicas es un genuino ente existente, aunque de diferente naturaleza del humano; en ese sentido, se comparó a la persona jurídica con los organismos biológicos, la persona jurídica tenía cerebro lo que estaría representado por su gobierno, sistema nervioso, por medio de los actos de comunicación, y las células obviamente los individuos; concluyendo que éstas cuentan con voluntad distinta a la de sus miembros particulares cuyas voluntades no pueden coincidir, que cada uno debía de responder por sus actos, y que una verdadera ficción es aplicar

⁶³ **Hirsch**, *La cuestión de la responsabilidad*, *Óp. Cit.*, 1103. Para Hirsh, su punto de partida sobre la personalidad del ser humano no difiere prácticamente de la concepción sostenida por los romanistas, pero toma en consideración también la realidad de la vida social.

⁶⁴ **Silvina Bacigalupo Saggese**, *La responsabilidad penal*, *Óp. Cit.*, 52.

sanciones penales a los sujetos que están tras la persona jurídica que no ha cometido delito, y viceversa, en síntesis configuran la oposición más fuerte hasta entonces conocida en relación a los planteamientos de la teoría de la ficción de Savigny sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶⁵, ocasionando una fuerte tendencia en la sociedad jurídica europea de la época.

En razón de la desaparición de la pena para las asociaciones a fines del siglo XVIII, la configuración de la teoría de la asociación, desde el punto de vista científico, significó que el interés reflexivo relacionado a su reconocimiento nunca desapareciera, sino al contrario hace cada vez más firme la posibilidad de considerar y proclamar el hecho de que para el legislador exista una necesidad práctica para la punibilidad de las personas jurídicas, por lo que con más claridad se plantea como el aporte más grande de la teoría de la personalidad real de la asociación y con claridad observar los tres temas medulares al debatir sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas adoptados por el derecho penal clásico, es decir que no son capaces de acción, que es imposible sostener la concurrencia de culpabilidad y por consiguiente su inviabilidad de verificar los fines para la aplicación de penas⁶⁶.

De lo anterior, se ha planteado una aproximación que traduce el aporte fundamental ocasionado por la teoría de la personalidad real de la asociación, es decir la que tuvo lugar en 1966, en la que el tribunal constitucional federal en Alemania no expresó oposiciones constitucionales en sus decisiones, por lo que fue entendido que el legislador alemán no estaba limitado o impedido para introducir la responsabilidad

⁶⁵ *Ibid.*, 50. Bacigalupo sostiene la teoría de la personalidad real de la asociación o teoría orgánica, es la oposición a la teoría de la ficción de Savigny y las demás teorías desarrolladas a partir de aquella.

⁶⁶ **Hirsch**, *La cuestión de la responsabilidad penal*, *Óp. Cit.*, 104-105. En aquel contexto se sostuvo en relación a la capacidad de acción según Hirsch como uno de los principales argumentos: “La falta de una verdadera capacidad de acción propia; se trata solo de la imputación de acciones naturales de otros, y esto no alcanza para un hecho punible.

penal directa de las personas jurídicas como habría sido regulada hasta finales del siglo XVIII.

1.2.6. Antecedentes Históricos Recientes: Siglo XX hasta la actualidad.

La necesidad práctica y los nuevos desafíos del derecho penal económico ante los altos márgenes de criminalidad económica y de impunidad hacen posible re direccionar lo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en ese sentido Dannecker expone “*Uno de los debates de mayor actualidad en la necesaria adaptación del Derecho penal a los nuevos retos de la criminalidad económica es el concerniente a la penalidad de las personas jurídicas y corporaciones*”⁶⁷.

Las empresas son el principal agente económico de la sociedad; la libertad con que se manejan las compañías, es en la mayoría de casos el resultado de la intensión de alcanzar por muchos países un crecimiento económico óptimo, con lo que las normas de control de estos entes colectivos son permisivas en gran medida.

Las personas jurídicas en la actualidad, se han vuelto el medio ideal para la comisión de delitos, originando así la denominada criminalidad empresarial, la que atenta contra bienes jurídicos diversos en las sociedades⁶⁸, para lo que en la actualidad ha dejado de ser un hecho invisible a la luz de muchas sociedades.

Lo que permite retomar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en esa línea de pensamiento Díaz Cortez expone “*La vinculación entre el derecho penal*

⁶⁷Gerhard Dannecker, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista penal*, no. 7 (2001), 40. Vid. en <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal>. En este caso el autor, expresa que el Derecho penal contra las personas físicas ha sido completado en un gran número de países industrializados con un derecho penal contra las personas jurídicas.

⁶⁸Silvina Bacigalupo Saggese, “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del código penal de 2006”; *Estudios de derecho judicial*; No.115, (2007), 199–234; Véase <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=169189>.

económico y la responsabilidad de las agrupaciones es consecuencia de la colectivización de la vida económica y social. La sociedad postmoderna caracterizada por el consumismo, la industrialización, la preeminencia de medios de comunicación y de masas ha cambiado la forma de criminalidad violenta clásica por una criminalidad de carácter económico, financiera, empresarial, organizada y de alcance internacional. La realidad criminológica con características de organización, transnacionalidad, corporativismo, connotación social y económica conlleva a que la mayoría de los delitos contra el orden económico sean cometidos con ayuda de la empresa”⁶⁹.

El resurgimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puede adjudicarse a los países de tradición jurídica anglosajona, sin duda alguna con mucho menos apegos a la dogmática jurídica. Por otra parte, como se ha podido observar en los apartados anteriores, los países de tradición jurídica continental estuvieron más dedicados a los debates y objeciones planteadas por la dogmática jurídica del derecho penal clásico por lo que sus reformas tomarían más tiempo. En ese sentido, expone Hirsh que expresa el derecho penal alemán vigente, y también el de la mayoría de los demás Estados, a diferencia del derecho penal de los países anglosajones, no conoce la punibilidad de las asociaciones de personas, es decir, de personas jurídicas y demás agrupaciones de personas organizadas en forma de corporación; sin embargo, se puede percibir una fuerte tendencia, proveniente del derecho penal económico⁷⁰ y ambiental, a prever la punibilidad de empresas económicas como corporación⁷¹.

⁶⁹ **Lina Mariola Díaz Cortés**, *Societas delinquere potest: hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico*, (2006), 86; *crf.* <http://gredos.usal.es/xmlui/handle/10366/18509>. p. 86.

⁷⁰ **Miguel Bajo Fernández**, “El derecho penal económico: un estudio de derecho positivo español”; *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, no. 1, (España, 1973), 91–141. Para Fernández la expresión derecho penal económico hace referencia a una materia que va tomando paulatinamente carta de naturaleza desde principio de siglo hasta nuestros días. Hoy es una expresión comúnmente utilizada en la doctrina y en la legislación de gran parte de los países europeos.

⁷¹ **Hirsch**, *La cuestión de la responsabilidad penal*, *Óp. Cit.*, 1100-1101. Para Hirsh, se hace referencia al significativo papel que tales empresas asumen en la vida social de hoy, y al aumento de los casos en

La evolución que se desencadena en relación al gran margen de libertades otorgadas a las personas jurídicas durante muchos años, se interrelaciona a fenómenos de naturaleza sociales trascendentes.

En ese sentido, la enorme globalización y el incremento exponencial de las empresas a nivel nacional e internacional, ofreciendo que los entes colectivos tuvieran un real y enorme margen de actividad criminal, lo que resultaría en muchos casos imposible atribuir responsabilidad al individuo propiamente, como consecuencias de los siguientes fenómenos a que la persona jurídica se organiza de tal modo que impide la depuración de responsabilidades: Irresponsabilidad individual organizada; o bien, por las dificultades de la atribución de responsabilidad penal en estructuras organizadas, Irresponsabilidad individual estructural. Para Adán Nieto Martín “*El poder de las corporaciones es hoy en todo el mundo mucho mayor que hace dos décadas. Existen gigantes empresariales cuyo volumen de negocios es mayor que el Producto Interior Bruto de muchos países y que además gracias a la globalización puede escoger el ordenamiento más favorable a sus intereses*”⁷².

El nuevo punto de partida de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un origen en los modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En el caso de Estados Unidos, se introdujo concretamente con *New York Central and Hudson River Railroad Company v. United States*, en 1909. Y en el caso del Reino Unido, las exigencias de la responsabilidad son

los cuales la empresa en su conjunto aparece como el verdadero autor [...] quienes propician la punibilidad de las asociaciones se remiten criminal, en el ámbito del derecho contravencional, las sanciones punitivas contra personas jurídicas están legalmente reconocidas, sea en la ley alemana de contravenciones, sea en el derecho sancionatorio de la Comunidad Europea.

⁷² **Adán Nieto Martín**, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la lo 5/2010*; n.d. 48. Esta autor, estableció que en Estados Unidos la responsabilidad penal de las personas jurídicas nace como una forma más de lucha contra el abuso de poder de los gigantes corporativos, que van apareciendo tras la guerra civil y la construcción del ferrocarril.

incluso anterior pues se puede citar a *RV Great North of England RlyCo*, en 1846: primeros casos donde se reconoce la responsabilidad penal respecto de un ente moral⁷³.

El tratamiento de países de cultura jurídica anglosajona que han apostado por un criterio *práctico y preventivo*⁷⁴, como ya se viene advirtiendo desde un principio, la existencia de diferencias fundamentales entre los países del *Common Law*, y aquellos de tradición jurídica continental son que la base de la tendencia anglosajona admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde hace varios siglos como característica particular.

Sin embargo, en los últimos años, esta postura tan radical a la luz del dogmatismo ha generado una transición que ha implementado sistemas de imputación en gran medida influenciados por criterios individualistas, y que mediante sus propias experiencias se han ido alejando de la intervención del elemento humano.

1.3. Antecedentes Históricos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en El Salvador.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas nunca ha existido en el desarrollo y evolución que el derecho penal salvadoreño ha experimentado hasta en la actualidad, el proceso se inició con la Constitución de 1824, época en la cual El Salvador aun formaba parte de la federación centroamericana.

Por el contrario, en El Salvador históricamente la legislación penal se ha encaminado a negar la capacidad delictiva de las personas jurídicas por disposición de

⁷³Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español* (E-book, Lex Nova; 2010),16.

⁷⁴ El surgimiento de políticas criminales preventivas ha permitido que durante el siglo XX se diera paso a la responsabilidad penal empresarial, en función de la necesidad de frenar y disminuir la criminalidad empresarial.

ley, adoptando desde el Código Penal de 1974 la figura del actuar por otro⁷⁵. En ese sentido, en la mayoría de los casos se suele afirmar que hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador se traduce únicamente al desarrollo de la figura del actuar por otro del Artículo 38 del Código Penal, lo que resulta extralimitado e impreciso, sobre todo si lo que se pretende es profundizar en las cuestiones actuales prácticas que constituyen verdaderamente el tema en cuestión.

Sin embargo, lo que si resulta apropiado de aclarar es que la figura del actuar por otro del Artículo 38 del Código Penal vigente, adoptado por la legislación penal salvadoreña desde 1974, tiene como principio fundamental el dogma “*societas delinquere non potest*”, por medio del cual el derecho penal clásico ha rechazado durante muchos siglos la capacidad delictiva de las personas jurídicas, pero que paradójicamente ha sido el que ha motivado a muchos teóricos a seguir armonizando los elementos de la persona jurídica y fundamentando contra el dogmatismo la posibilidad real de sancionar penalmente a los entes colectivos.

Paradójicamente, las mismas objeciones que durante muchos años se han planteado contra responsabilidad penal de las personas jurídicas en base al dogma “*societas deliquere non potest*”, son las que han logrado que en la actualidad el tema adquiera cada vez más interés, al menos en lo que corresponde al ámbito internacional, logrando por medio de la fundamentación y con base en las necesidades actuales, un debilitando al principio que encierra el artículo 38 del Código Penal aún vigente en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño.

⁷⁵ El Derecho Penal Económico y sus fundamentos en general, aunado a la gran evolución jurisprudencial en cada país sobre la materia en particular, han, logrando plasmar en el ordenamiento delitos de insolvencia punible; delitos contra el mercado bursátil, figuras de indudable trascendencia en su concepción dogmática y jurisprudencial. Es por eso que la criminalidad de las empresas comenzó a ser percibida y reconocida por la doctrina y los legisladores como una realidad patente y amenazante para la estabilidad político-criminal.

Todo lo anterior, no significa que en El Salvador no existen hoy en día razones prácticas suficientes para que los legisladores dejar sin efecto el principio “*societas delinquere non potest*”, adoptado por el ordenamiento jurídico penal salvadoreño desde 1974 por medio de la figura del actuar por otro, regulada en el Art. 38 del Código Penal⁷⁶, actualmente insuficiente por adolecer de altos márgenes de impunidad frente a los nuevos retos de la criminalidad económica, en la que mayormente se encuentran involucradas personas jurídicas y las personas que la conforman utilizan como medio de ocultación estos entes colectivos para materializar conductas delictivas que trascienden en el ámbito económico, generando daños lesivos en la sociedad y en la actividad misma del estado.

⁷⁶ El desarrollo que en El Salvador se puede experimentar en los próximos años en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, está vinculado a la adopción de instrumentos de las Organizaciones Internacionales, encaminados a combatir el crimen organizado y la corrupción en el sector público.

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS DÓGMATICOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

2.1. Generalidades de la responsabilidad de las personas jurídicas.

A continuación, se realizará el desarrollo de los fundamentos dogmático-jurídicos que sustentan la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante, el desarrollo capitular tomará como punto de partida la generalidades que se va entender por persona jurídica, para luego al establecimiento de los fundamentos del *societas delinquere non potest*, esto con el propósito de verificar cuales han sido los argumentos que la doctrina clásica ha sostenido sobre la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas –*incapacidad de acción, culpabilidad y pena*– y luego contrastar con la antesis que pretendemos sostener a través de esta investigación, exponiendo los fundamentos dogmáticos que sostiene la doctrina moderna del derecho penal en cuanto a la posibilidad de sancionar penalmente los hechos ilícitos en los que se ven involucrados los entes colectivos, señalando los delitos que pueden ser atribuibles a las personas jurídicas y por consiguiente las penas con especial énfasis al caso de la legislación española; asimismo, se desarrollará brevemente la figura del actuar en lugar de otro, estableciendo el alcance y señalando algunas limitaciones de la figura.

2.1.1. Definición de Persona Jurídica.

Según la RAE⁷⁷, una persona jurídica se define como: “*Institución dotada de personalidad propia e independiente y plena capacidad para el cumplimiento de sus*

⁷⁷ Real Academia Española.

finés, creada por las leyes o conforme a lo establecido en las mismas". Normalmente, estas organizaciones son creadas para realizar una actividad y conseguir ciertos objetivos. Una organización de este tipo debe contar con un reconocimiento legal para poder ser declarada como persona jurídica, a esto se le conoce como personalidad jurídica⁷⁸. Se encuentran regulada la definición de persona jurídica en el Código Civil salvadoreño, Libro Primero, Título I (De las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio), en el que se define de la siguiente manera: "*Son personas jurídicas las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente*"⁷⁹.

Las personas jurídicas pueden ser organizaciones con o sin fines de lucro. Además, pueden tratar de alcanzar un fin común a todos los componentes de la misma o bien poseer un determinado patrimonio con una finalidad concreta.

Son personas jurídicas:

1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Estas se encuentran reguladas en el Art. 540 ordinal 1º del Código Civil al mencionar: "*Corporaciones y fundaciones de utilidad pública*".

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Estas se encuentran reguladas en el Art. 540 ordinal 2º del Código Civil al mencionar: "*Asociaciones de interés particular*"⁸⁰.

⁷⁸ Véase <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=169189>. Fecha de consulta: 10/12/2021.

⁷⁹ **Código Civil de El Salvador** (Órgano Ejecutivo, Gaceta Oficial, 1859), Art. 52 inciso 2º.

⁸⁰ *Ibid.*, Art. 540 CC.

Las personas jurídicas poseen una serie de atributos propios y diferenciados a los de las personas físicas que componen estas organizaciones.

Estos **atributos propios** de las personas jurídicas son:

- ✓ Razón o denominación social.
- ✓ Domicilio (artículo 57 del Código Civil).
- ✓ Nacionalidad (artículo 54 del Código Civil).
- ✓ Un domicilio.
- ✓ Patrimonio.
- ✓ Capacidad y responsabilidad para tener bienes, obligaciones y derechos.

2.1.2. Fundamentos del principio *societas delinquere non potest*.

Hasta hace pocas décadas, la doctrina del derecho penal ha negado la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y probablemente con justa razón; pues, si se toma como punto de partida que los pilares fundamentales que conforman la teoría del delito tales como acción, culpabilidad y pena son precisamente en relación al comportamiento de personas físicas, es lógico que estos conceptos no logren adaptarse a la persona jurídica por su naturaleza misma; en ese sentido, intentar atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas a través de la perspectiva tradicional de la teoría del delito resulta imposible y fácilmente se concluye que lo más razonable es adoptar la postura del *societas delinquere non potest*⁸¹

En relación al planteamiento de García Aran, es conveniente conocer cuáles son los pilares básicos que sustentan el principio *societas delinquere non potest*, así: en

⁸¹ **Pedro Dónaies Sánchez**, “Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado; Derecho y cambio social”, Revista N° 31, (2013), 24-51. Véase <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5490744.pdf>.

primer lugar establece que las personas jurídicas no tienen capacidad de *acción*, en el sentido jurídico-penal del término, esto implica la existencia de un comportamiento físico, situación que no concurre en la persona jurídica por su naturaleza de ser ficticia⁸²; en segundo lugar se refiere a las reglas de *autoría y participación*, en el sentido que no es posible aplicarla ya que las actividades ejecutivas se encuentran separadas individualmente de las actividades resolutorias; en tercer lugar plantea que en la persona jurídica no posee *capacidad de culpabilidad*, pues visto desde cualquier concepto de culpabilidad este se refiere a una imputación subjetiva de hechos por autores individuales ya sea con dolo o culpa, bien bajo su capacidad de libre decisión o motivado frente a las normas; y por último no es posible legitimar los *finés clásicos de las penas* pues la retribución toma como punto de partida la culpabilidad y en ese sentido la prevención es ejercida sobre sujetos físicos ya que la intimidación o la resocialización son dirigidas al psiquis de estos sujetos, situación que no puede concurrir en la persona jurídica⁸³.

En esa misma línea de ideas, Tiedemann sostiene que los obstáculos dogmáticos tradicionales para adoptar plenamente la criminalidad de las Personas Jurídicas se originan en el contenido de las nociones fundamentales de la doctrina penal: la *capacidad de acción*, la *capacidad de culpabilidad* y la *capacidad de pena*, pues en el caso de la acción ésta siempre está ligada en derecho penal al comportamiento humano y la culpabilidad o culpa constituye un reproche ético o moral humano que estaría excluido en el caso de las personas jurídicas. Estas no podrían ser,

⁸² **Luiz Regis Prado**, “La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño”; *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 6 (2000), 273-303. Vid. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_62.pdf Expone que Savigny afirma que las personas jurídicas tienen existencia ficticia, irreal o de pura abstracción debido a un privilegio lícito de la autoridad soberana; siendo, por tanto, incapaces de delinquir (carecen de voluntad y de acción).

⁸³ **Mercedes García Arán**, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Coruña, Universidad de Coruña, 1998), 45-56, véase <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10722/CC%2045%20art%204.pdf?sequence=1>

además, las destinatarias o sujetos pasivos de penas criminales con finalidad a la vez preventiva como retributiva⁸⁴.

Por otro lado, Paliero al referirse a la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas expresa que existe en la doctrina la tesis de la irresponsabilidad la cual se compone por dos aspectos; por un lado es por la teoría de la ficción de Savigny mediante la cual establece que la persona jurídica únicamente puede ser considerada portadora de derechos a través de una ficción creada por el derecho positivo, no obstante, a la persona jurídica no se le puede tratar como a la persona física, pues estos entes tienen capacidad legal pero no capacidad de actuar. Por otro lado expresa que el segundo argumento que sostiene la tesis de la irresponsabilidad se encuentra dado por el principio de humanidad que en términos prácticos plantea que el derecho penal ha sido creado para el hombre para un sujeto pensante, con inteligencia creadora y previsor, y con la facultad de determinarse libremente⁸⁵.

2.1.3. Fundamentos dogmáticos sobre la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas.

La doctrina moderna del derecho penal ha hecho grandes esfuerzos por adaptar las categorías fundamentales del delito a la persona jurídica, es por eso que corresponde verificar si es posible responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, estableciendo cuales los fundamentos que lo sustentan; en ese sentido, en los siguientes apartados se desarrollará los fundamentos con los que la doctrina penal ha logrado

⁸⁴ **Klaus Tiedemann**, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Anuario de Derecho Penal*, vol. 96, (1997); 97-125. Cf. en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf.

⁸⁵ **Carlo Enrico Paliero**, *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano*, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, (2001), 47-74; vid. en [http://perso.unifr.ch/derecho penal/assets/files/anuario/an_1996_05.pdf](http://perso.unifr.ch/derecho%20penal/assets/files/anuario/an_1996_05.pdf).

establecer la punibilidad de las personas jurídicas, tomando como punto de partida el componente político-criminal que establece la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas como resultado del surgimiento de diversos factores de la realidad y posteriormente el componente dogmático que desarrolla la posibilidad de atribuir a la persona jurídica capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y la capacidad de pena mediante las construcciones doctrinales.

2.1.4. Necesidad político-criminal de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.

Las transformaciones de la realidad jurídica son generadas a partir de las necesidades que surgen producto de la ausencia de normas jurídicas que protejan determinados bienes jurídicos que se ven en riesgo de ser transgredidos, en la presente investigación como el fin de evitar entrar crear personas ficticias con el fin de realizar la limpieza de dinero de procedencia ilícita como lo protege el lavado de dinero. Para nadie es un secreto el gran poder que ejercen las personas jurídicas y el impacto negativo que pueden llegar a ocasionar en cualquier lugar del mundo, pero nos llegamos a la interrogante ¿por qué es necesario responsabilizar penalmente las personas jurídicas? para dar respuesta a esta pregunta señalaremos algunos factores que inciden para considerar necesario llevar a cabo un cambio de paradigma mediante el cual sea posible incluir sanciones penales contra personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos⁸⁶.

Las legislaciones como la de El Salvador que adoptan el principio *societas delinquere non potest*, persiguen como autores de los hechos ilícitos cometidos a través

⁸⁶ **Gerhard Dannecker**, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista penal*, n.º 7,(2001), 40-54, *vid.* en <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/97/92>.

de personas jurídicas a las personas individuales que la representan a través de la figura jurídica del actuar por otro, al respecto Danneker señala que a menudo en las empresas⁸⁷ se propicia el encubrimiento de responsabilidades y de comportamientos ilícitos realizados por los sujetos individuales, que actúan en nombre y representación de la persona jurídica, por la razón que en algunas empresas no se logra identificar una línea jerárquica –que haga posible identificar quien toma las decisiones– sino una estructura empresarial funcional diferenciada en las que se produce una división entre las funciones estratégicas y operativas, de modo que se crea el peligro de una irresponsabilidad individual estructural, por lo que a menudo las investigaciones para intentar atribuir responsabilidades penales a los individuos resultan un fracaso.

Ante tales circunstancias, nace la necesidad de adaptar las normas jurídicas a esta clase de situaciones, de modo que el carácter imperativo de la norma jurídica no se vea afectado por la ausencia de consecuencias jurídicas.

En ese sentido, Danneker expone una idea fundamental que complementa el argumento sobre la necesidad de sanciones penales para las personas jurídicas “*cuando hechos materialmente injustos permanecen sin pena, al derecho le abandona su carácter de institución social necesaria y se corre el peligro de que las categorías fundamentales de la justicia y de la injusticia se tambaleen. Cuando existe un comportamiento merecedor de pena, es competencia del derecho penal evidenciar que no son los autores sino las víctimas las que tienen la razón*”⁸⁸. Este planteamiento es bastante acertado ya que cuando existe un hecho que puede catalogarse como delito es necesario la intervención efectiva del derecho penal, de lo contrario se podría correrse

⁸⁷ Es conveniente aclarar que el término “*empresa*” entendido como agente económico y social, es utilizado mayormente por los autores para hacer referencia a la persona jurídica.

⁸⁸ **Gerhard Dannecker**, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Op. Cit. 54.

el riesgo que el derecho se vuelva obsoleto y por consiguiente que los bienes jurídicos afectados no encuentren un asidero legal que los proteja.

La criminalidad empresarial y el crimen organizado es otro factor que incide en la necesidad de introducir en los ordenamientos sanciones penales contra las personas jurídicas. Así lo expone Zúñiga Rodríguez⁸⁹ apuntando que en los últimos tiempos la empresa ha sido el instrumento utilizado por la criminalidad organizada para la realización de actividades ilícitas como el lavado de dinero, lo que demanda la necesidad de responsabilizar penalmente a la empresa, pues los Estados que no son capaces de hacerlo corren el riesgo de no ser capaces de cubrir las necesidades de sus ciudadanos, y que la criminalidad organizada tome mayor ponderación.

Es conveniente señalar que actualmente los temas de mayor interés en política criminal son, por ejemplo, la criminalidad económica, el lavado de dinero, la responsabilidad por productos defectuosos, la protección penal del medio ambiente, que con normalidad son directamente relacionados a conductas colectivas; en ese sentido, se puede afirmar que existe una influencia real por parte de las personas jurídicas que conlleva a tenerlas en el primer plano de la política criminal, debido a que si se recurre al derecho penal tradicional para resolver estos problemas con seguridad, se encontrará en el camino muchos obstáculos que haga posible identificar a los sujetos individuales dentro de la persona jurídica⁹⁰.

Se estima, que uno de primeros factores a tomar en cuenta para la punibilidad de las personas jurídicas es la incorporación de una política criminal que aborde

⁸⁹ **Laura Zúñiga Rodríguez**, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el anteproyecto de Código Penal peruano de 2009* (Lima, Anuario de Derecho Penal, 2009), 153-181; *vid.* en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_08.pdf.

⁹⁰ **Günter Heine**, *La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales; Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (1997), 19-45; *vid.* en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf.

mecanismos de solución a los problemas que se suscitan en la actualidad como los señalados por el autor; de modo que, si se traza esa línea, se encontrará a las personas jurídicas como posibles sujetos activos de delitos relacionados con la criminalidad económica, el lavado de dinero, los delitos ambientales, u otros que la propia actividad de las empresas pueda dar lugar.

Las personas jurídicas se constituyen como los principales actores en las economías por lo que no puede negarse la capacidad que tienen de ejercer derechos y contraer obligaciones del mismo modo que las personas físicas; en ese sentido no existe razón para que las Personas Jurídicas no sean consideradas sujetos capaces de ser vinculados a obligaciones jurídico penales al igual que las personas físicas, se trata pues de generar una igualdad en los derechos y deberes y con ello atacar los factores que generan la criminalidad de la empresa en los delitos económicos⁹¹, evitar las dificultades de imputación jurídico-penal y de identificación de los verdaderos responsables en las empresas con estructuras empresariales que son complejas, así como, prevenir la criminalidad de empresa⁹² y la criminalidad organizada⁹³.

Como se ha señalado en la presente investigación, son muchos los factores que inciden para responsabilizar penalmente a los entes colectivos en los ordenamientos jurídicos, un factor importante que se señala son los resultados negativos de la implementación del principio *societas delinquere non potest*, al no ser tomada la

⁹¹ Entiéndase por *Delitos Económicos*, -en el sentido más amplio-, todas, las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella”. Véase: Bernd Schünemann, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 41, n.º 2, (1988), 529–558, véase <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46331.pdf>.529.

⁹² Entiéndase por *Criminalidad de Empresa*, “como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa -o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa-“ *Ibíd.* 533

⁹³ **Miguel Ángel Boldova Pasamar**, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación Española”, *Estudios penales y criminológicos*, XXXIII (2013), 219-263, Cf. <https://zagan.unizar.es/record/32178/>.

persona jurídica como sujeto activo del delito, se busca responsabilizar penalmente a los sujetos individuales que la representan o actúan en su nombre, dando lugar al problema de la individualización de responsabilidades en las personas jurídicas que se conforman por estructuras grandes y complejas. Por otro lado, la denominada criminalidad económica, el crimen organizado que toman como instrumento de sus actividades a la persona jurídica y por supuesto, la necesidad de vincular a la persona jurídica como sujeto penalmente responsable en igualdad de condiciones que los sujetos individuales, por ser la persona jurídica el actor más importante en las economías mundiales.

El Salvador es un país en el que concurren estos factores, que inciden en la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y por tanto, aplicarles verdaderas sanciones penales. En primer lugar tenemos que el Código Penal salvadoreño en su Art. 38 establece la figura del actuar por otro⁹⁴, mediante la cual la persecución penal se centra en los sujetos individuales que representan o actúan en nombre de la persona jurídica, por los delitos cometidos en beneficio de ésta, no obstante, es necesario advertir que esto puede dar lugar al problema de la individualización de responsabilidades por la distribución de roles que existen en las actuales personas jurídicas, ya que cuentan con estructuras complejas y por consiguiente, esto trae como resultado la impunidad.

Por otro lado, tenemos el crimen organizado que utiliza a personas jurídicas como instrumento que le permita realizar delitos como el lavado de dinero, siendo a partir de estos factores de criminalidad, que surge también para el caso de El Salvador, la necesidad de incluir una política criminal que rompa el paradigma que las sociedades no pueden cometer delitos y dar paso a la inclusión de la responsabilidad penal para las personas jurídicas en su ordenamiento jurídico.

⁹⁴ **Código Penal de El Salvador.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997, Art. 38 CP.

2.1.5. Capacidad de acción de la persona jurídica.

La necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, por los hechos ilícitos cometidos a través de éstas, ha motivado a la doctrina del derecho penal a realizar grandes esfuerzos encaminados a producir un contenido dogmático, que permita compatibilizar o conciliar con las categorías fundamentales del derecho penal –*creadas para personas físicas*–, sobre la existencia de la responsabilidad penal para las personas jurídicas; en ese sentido, corresponde en este apartado exponer las ideas sobre la capacidad de acción en relación a la persona jurídica como tal.

Por otra parte, ciertamente el principal argumento de los que consideran la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas es porque consideran que no concurre en ella la capacidad de acción⁹⁵. La situación de irresponsabilidad se debe a la teoría de la ficción de Savigny que considera a la Persona Jurídica como una ficción creada por el Estado. A esta tesis se opone la teoría de la realidad de Gierke quien expone acerca de la persona jurídica que ésta no es una ficción creada por el Legislador, sino un ente real, que es independiente de los sujetos que la componen, ya que de la misma forma que un sujeto físico la persona jurídica actúa como el sujeto individual –aunque mediante procedimientos diferentes–, y por lo mismo, puede actuar mal, delinquir y en consecuencia ser sancionada⁹⁶.

En ese sentido, Lampe expone que las personas jurídicas son incapaces de acción en cuanto el concepto de acción está definido como un comportamiento de un ser individual o humano; sin embargo, fuera de la perspectiva individual también existe un concepto de acción propio de la persona jurídica, mediante el cual se vuelve posible exigirle responsabilidad penal, lo que afirma que el tema de la responsabilidad penal

⁹⁵ **Hirsch**, *La cuestión de la responsabilidad*, *Óp. Cit.*, 71

⁹⁶ **Regis Prado**, *La cuestión de la responsabilidad*, *Óp. Cit.*, 34

de las personas jurídicas no es un problema ontológico, sino un simple problema de definición (Briccola)⁹⁷.

Siguiendo esa línea de pensamiento, el profesor Zugaldía Espinar, sostiene que las personas jurídicas son capaces de acción en cuanto que son destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas. De ello, se deduce que, al mismo tiempo, pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar acciones (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que "*se expresan*" a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son al mismo tiempo, jurídica, sociológica y criminológicamente, "*acciones de la propia persona jurídica*" y expresión de su específico obrar corporativo⁹⁸.

Por lo anterior, se estima que este planteamiento es muy acertado por cuanto que las personas jurídicas, evidentemente al situarse como un actor dominante en las sociedades, deben dirigirse hacia éstas una diversidad de normas jurídicas de naturaleza tributaria, administrativa, de derecho común u otras, que efectivamente son capaces de producir en la persona jurídica los efectos que la norma presupone, de modo que, no resulta errado pensar que también puede suscitar la posibilidad de transgredir dichas normas, en ese sentido, se puede sostener la posibilidad de que concurra la capacidad de acción en la persona jurídica.

La capacidad de actuación de una persona jurídica es consecuencia de su posición como sujeto autónomo de la realidad social y de que, puede ser destinataria de las normas penales. El ilícito imputable no depende solamente de la capacidad de actuación de la persona jurídica, no requiere necesariamente de una actuación como

⁹⁷ **José Miguel Zugaldía Espinar**, *Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español* (Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2010), 47-73; *vid.* en www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf.

⁹⁸ **Zugaldía Espinar**, *Ibidem*, 4.

tal, puede ser igualmente ocasionado a través de un deficiente sistema que promueve, posibilita o permite perjuicios a terceros o bienes jurídicos protegidos. El elemento fundamental radica entonces en la causa de un resultado antijurídico⁹⁹; por lo tanto, no es necesariamente preciso basar la capacidad de actuación en la imputación de un comportamiento de los sujetos individuales que actúan como agentes de las empresas.

El sector de la doctrina que acepta la concurrencia de la capacidad de acción en las personas jurídicas se encuentra separado en dos grupos, el primero, encabezado por la postura de Jakobs¹⁰⁰ quien sostiene que tanto para la acción como para la culpabilidad son iguales las formas dogmáticas tanto en la persona física como en la persona jurídica, en cuanto a que en la persona física sucede mediante un proceso de su mente y cuerpo, en la persona jurídica se traslada a sus estatutos y órgano¹⁰¹, y por otro lado, el segundo grupo, entre los que podemos mencionar a Zugaldía Espinar, Tiedemann, o Gómez-Jara Diez, que consideran la necesidad de crear nuevas categorías jurídicas que sean exclusivas para las personas jurídicas.

Desde la perspectiva de la creación de nuevas categorías propias para las personas jurídicas, se sostiene que la capacidad de acción concurre en la persona jurídica, en primer orden, por ser éstas destinatarias de normas jurídicas y en segundo supuesto, por ser capaces de producir los efectos exigidos por las normas; de ello se deduce, por tanto, que pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar

⁹⁹ **Dannecker**, *Reflexiones sobre la responsabilidad*, *Óp. Cit.*, 17.

¹⁰⁰ Teoría frecuentemente criticada por muchos autores entre ellos Morrillas Cuevas, Gracia Martín, entre otros, por su postura respecto a la capacidad de acción y culpabilidad en relación a la persona jurídica por su débil proyección penal.

¹⁰¹ **Lorenzo Morillas Cueva**, "La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Anuales de Derecho*; vol. 29, (2011), 1-33; vid. en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/download/153501/135381>.

acciones que se ponen de manifiesto a través del actuar de sus órganos y representantes, pero que es al mismo tiempo el actuar del ente colectivo¹⁰².

La capacidad de acción de las personas jurídicas no puede abordarse desde la perspectiva del concepto tradicional de acción, debido a que, tal concepto incorpora elementos que la persona jurídica adolece por su naturaleza misma; en ese sentido, se estima que es necesario la creación de un concepto de capacidad de acción exclusivo para la persona jurídica que reúna válidamente sus elementos y naturaleza; no obstante, a partir de los aportes expuestos en los apartados anteriores, las personas jurídicas pueden ser consideradas sujetos con capacidad de acción, por un lado, por el desarrollo y trascendencia que tiene como tal la persona jurídica en las sociedades, y por otro lado, que resultado del papel que desarrolla en las sociedades son indudablemente destinatarias de normas jurídicas, capaces de producir los efectos que la norma presupone; por lo que existe la posibilidad de infringir dichas normas a través de cualquier decisión adoptada por los órganos de administración de la persona jurídica o de otro sujeto que tenga la facultad de representar sus intereses, estableciendo como premisa que los actos de los órganos de administración o representación deben entenderse que son los mismos de la persona jurídica, en cuanto exista una relación de interés a favor ésta.

2.1.6. Capacidad de culpabilidad de la persona jurídica.

Los argumentos dogmáticos sobre la capacidad de acción de las personas jurídicas conllevan necesariamente a la discusión sobre su capacidad de culpabilidad, al respecto señala Hirsch *“Con relación a la cuestión de la culpabilidad, en el derecho penal se trata de la reprochabilidad personal del hecho, más precisamente: de la*

¹⁰² **Rebeca Elizabeth Contreras López**, “Actualidad penal: una vez más sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, N.º 7, (2003), 1-9; vid. en <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/7/rcontreras7.pdf>.

*capacidad personal de motivarse conforme a la norma durante la comisión del hecho*¹⁰³”. Si se admite la existencia de la capacidad de acción de las personas jurídicas, se debe entonces determinar si concurre en ella la culpabilidad, por ello, en este apartado nos referiremos específicamente a los intentos doctrinarios que, sobre esto se está hablando.

Es importante mencionar que, son muchos los intentos de la doctrina por dar solución al problema de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas; en ese sentido, se distinguen dos líneas de pensamiento al respecto: a) La idea sobre la cual se plantea la conservación del concepto de culpabilidad tradicional, y a partir de esto se ofrece como solución la construcción de un concepto nuevo de culpabilidad que sea únicamente válido para las personas jurídicas. b) La idea sobre la cual se sostiene la construcción de un nuevo concepto de culpabilidad que sea válidamente aplicable a las personas naturales y a las personas jurídicas. En ese sentido, se expondrán en los siguientes apartados algunos planteamientos mediante los cuales se pretende fundamentar la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas

2.1.6.1. Sanción penal sin culpabilidad.

El primer planteamiento que se aborda es la propuesta de Schünemann¹⁰⁴ quien parte del razonamiento que las personas jurídicas carecen de capacidad de culpabilidad;

¹⁰³ Hirsch, *La cuestión de la responsabilidad*; *Óp. Cit.*, 1108.

¹⁰⁴ Juan Luis Modolell González y José Ignacio Gallego Soler, *Empresa y Derecho Penal* (Caracas: Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, 2004), 64. Explican con mayor detalle: para Schünemann la aplicación de una medida penal a la propia persona jurídica, según los siguientes argumentos: el fin de la pena como retribución de la culpabilidad se basa en una concepción retributiva, lo cual imposibilitaría la imposición de penas al margen de la culpabilidad. Sin embargo, agrega este autor, el Derecho penal moderno ha dado un giro hacia un Derecho Penal preventivo, por lo cual la admisibilidad jurídica de una sanción se mide en razón de su correspondencia con la determinación del fin del Derecho penal (protección de bienes jurídicos), es decir, conforme a su utilidad preventiva. Recurre entonces al llamado principio de estado de necesidad de prevención.

no obstante, considera que esto no es una dificultad insuperable para aplicarles sanciones penal, ya que éstas pueden aplicarse mediante la elaboración de un nuevo principio de legitimación fundado en un “*Estado de necesidad del bien jurídico*” establecido bajo dos presupuestos basados en principios de Justicia: i) La existencia de una situación de necesidad, que consiste en que debe existir una amenaza real de lesión sobre un bien jurídico el cual no puede ser protegido por las medidas existentes; y ii) La aplicación de una medida de necesidad idónea, que presupone la aplicación de una multa económica contra la Empresa¹⁰⁵, la cual mediante su aplicación tenga un efecto que contribuya al fortalecimiento de la eficiencia de prevención de carácter especial dentro de la empresa, lo que específicamente sería un eficiente control interno que evite el surgimiento de una nueva situación de criminalidad¹⁰⁶.

2.1.6.2 Culpabilidad de organización.

Una segunda opción, para fundamentar la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas es la propuesta elaborada por Tiedemann, basada en lo se conoce como “*Defecto de Organización*” de la persona jurídica, que toma como punto el reconocimiento de la capacidad de acción por cuanto son destinatarias de normas jurídicas¹⁰⁷, debiendo entenderse que la acción de la persona jurídica debe ser realizada

¹⁰⁵ **Hirsch**, *La cuestión de la responsabilidad*, *Óp. Cit.*, 1009 Al respecto expone: “La imposición de sanciones punitivas sin culpabilidad constituiría, en definitiva, materialmente, un cuerpo extraño en el derecho penal. Este quedaría desnaturalizado, en esa medida, convirtiéndose en un mero derecho de responsabilidad”.

¹⁰⁶ **Silvana Bacigalupo Saggese**, *La responsabilidad penal...*, *Óp. Cit.*, 126

¹⁰⁷ Este planteamiento surge como resultado la reforma del § 30 OWiG (Ordnungswidrigkeitengesetz) por medio de la 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität de 1986 (2. Ley de lucha contra la criminalidad económica), que introdujo como sanción la multa aplicable a una empresa, suprimiendo la hasta entonces vigente calificación de "consecuencia accesoria" (Nebenfolge), se reabrió la discusión sobre la naturaleza jurídica de tal sanción a una persona jurídica y, por lo tanto, se plantearon nuevamente las cuestiones fundamentales en torno a este tema. (Extraído de *Ibíd.* 192)

por uno de sus órganos (evidentemente conformado por sujetos individuales) en su nombre y beneficio, aunque esto signifique la imputación del hecho de otro.

Es por ello, que se establece que la persona jurídica es responsable penalmente por los delitos cometidos por los sujetos individuales vinculados a ésta, en razón que la comisión del delito ha sido resultado de que la persona jurídica no ha tomado las medidas necesarias de cuidado que son indispensables para garantizar el desarrollo lícito del ejercicio de sus actividades¹⁰⁸.

El principio de imputación que se utiliza en este concepto de culpabilidad no es una novedad en el derecho penal, pues utiliza el mismo de la fundamentación dogmática de la punibilidad de supuestos de *actio libera in causa*; es decir, que realmente la sanción no se aplica por el hecho individual, sino por la falta de cuidado que debió tener lo que hubiese permitido evitar el ilícito¹⁰⁹.

En palabras del profesor Zugaldía Espinar interpreta esta teoría en el sentido que *“el objeto de imputación es el hecho típico de conexión o de referencia de la persona física y que la persona jurídica será culpable siempre que -a través de sus órganos o sus representantes- haya omitido tomar las medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad de empresa (se trataría de la infracción del deber de evitar que la actividad de empresa se concrete en la realización de hechos delictivos)”*¹¹⁰.

En razón de lo mencionado anteriormente, como se puede observar el planteamiento se asienta en la línea de pensamiento planteada por Tiedemann, en el

¹⁰⁸ **Silvana Bacigalupo Saggese**, *La responsabilidad penal...*, *Óp. Cit.*, 193-194.

¹⁰⁹ *Ibíd.* 199

¹¹⁰ **Zugaldía Espinar**, *Aproximación teórica y práctica...*, *Óp. Cit.*, 6.

sentido que, la culpabilidad de persona jurídica está dada por la omisión de medidas necesarias que garanticen la licitud de sus actividades.

Por ello, en síntesis se concluye que la culpabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización, se fundamenta en la omisión a deberes de control, vigilancia y cuidado, que ésta debe crear desde su nacimiento a la vida jurídica, para evitar la producción de hechos ilícitos desde el seno de su organización, por parte de los sujetos individuales que la conforman; de tal manera que, si la persona jurídica no se organiza correctamente y se produce un delito desde su interior, ésta puede ser responsable penalmente y su culpabilidad estaría generada a partir de una defectuosa o deficiente organización. A partir de esta conclusión, relacionada al defecto de organización, se puede establecer la concurrencia de capacidad de culpabilidad en la persona jurídica.

2.1.6.3 Culpabilidad de la propia persona jurídica.

El doctrinante Hirsch, al referirse a la cuestión de la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica toma como punto de partida aceptar que concurre en ésta la capacidad de acción, dado que, las acciones realizadas por los organismos – *compuestos por sujetos individuales*– de la empresa son al mismo tiempo, las propias acciones de la empresa¹¹¹.

En razón de lo expresado anteriormente, Hirsch critica las propuestas que buscan cambiar el contenido ético-social del concepto de culpabilidad por el *de "interés público"* –en alusión al estado de necesidad del bien jurídico propuesto por

¹¹¹ **Hirsch**, *La cuestión de la responsabilidad...*, *Óp. Cit.*, 87.

Schünemann— pues tales propuestas no le parecen idóneas, ya que la imposición de sanciones sin culpabilidad serían un cuerpo extraño para el Derecho penal¹¹².

Bajo esa premisa, Hirsch recomienda que para tratar el tema se debe analizar la realidad social con mayor detalle, y observar el concepto de culpabilidad es frecuentemente usado sobre las personas jurídicas, por lo que, para demostrar esta situación expone algunos ejemplos; se refiere a la culpabilidad de una empresa que producto de su actividad genera sustancias tóxicas y que ésta por descuido vierte tales sustancias en un río, y consecuencia de eso ha causado la muerte de los peces y ha puesto en riesgo el agua potable que se suministra; por otro lado, recuerda la culpabilidad de una empresa alemana “IG-Farben” en la que se dio la explotación y muerte de trabajadores. Por otro lado, expone que la palabra culpabilidad es utilizada también en relación a la conducta de Estados cuando se intenta determinar en un conflicto armado cuál de las partes fue la culpable del surgimiento de la guerra¹¹³.

Expone que esos ejemplos demuestran que la culpabilidad de ningún modo significa, algo éticamente indiferente; ya que, al realizarse el reproche de culpabilidad, a la persona jurídica se le aplica plenamente un parámetro moral, por lo tanto, en ese sentido, es indudablemente posible corroborar paralelos de culpabilidad con las personas físicas.

Finalmente cabe expresar en este apartado, que se concluye que la propuesta de Hirsch sobre la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, se verifica a través de la culpabilidad que recae sobre el órgano de la persona jurídica que ejecutó el hecho ilícito; se trata pues, de la culpabilidad del órgano como hecho de conexión. Hirsch exige también en la verificación de esa culpabilidad, se determine que el hecho ilícito pudo haber sido evitado por parte la persona jurídica. El resultado de esa culpabilidad

¹¹² **Silvana Bacigalupo Saggese**, *La responsabilidad penal...*, *Op. Cit.*, 102.

¹¹³ **Hirsch**, *La cuestión de la responsabilidad...*, *Óp. Cit.*, 94.

es la determinación de una Responsabilidad Colectiva por el hecho de la persona jurídica¹¹⁴.

2.1.6.4. Capacidad de pena de la persona jurídica.

Ante la interrogante, sobre la posibilidad que las personas jurídicas puedan ser afectadas a través de una pena o si éstas pueden percibir el mal que se ocasiona a través de una pena, ha sido ampliamente debatido, mayormente la doctrina se inclina por rechazar la eficacia de los fines de la pena sobre las personas jurídicas, ya que únicamente el ser humano es quien responde por sus actos y quien puede discernir el sentido de la pena visto como un mal merecido¹¹⁵.

La capacidad de pena de la persona jurídica será siempre negada, si se resiste la posibilidad de realizarles reproches morales y si también se niega que éstas pueden ser destinatarias de las normas jurídicas penales; pero si, por el contrario, se admite la posibilidad de la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica, la idea de retribución también ha de manifestarse.

Al respecto Tiedemann, expone que en lo que referente a los fines de prevención de la pena, son menos los problemas que surgen que en relación a la retribución, afirma que esto es verdadero y más aún en relación los fines de prevención de la pena que se dirige a los miembros de la empresa, ya que según él éstos han de sentirse intimidados por la condena penal de la empresa y/o se reforzará en ellos su mentalidad de obediencia a las normas jurídicas (esto sería la prevención general), por lo que, la condena penal pone de manifiesto que la norma jurídica infringida se dirige a la empresa y que la infracción merece un reproche social.

¹¹⁴ **Silvana Bacigalupo Saggese**, *La responsabilidad penal*, *Óp. Cit.*, 110.

¹¹⁵ **Dannecker**, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal*, *Óp. Cit.*, 69.

Por otro lado, en relación a la prevención especial, se vería reflejada cuando la empresa que ha sido condenada causaría un efecto de intimidación sobre ésta lo que generaría que ésta no vuelva a reincidir en la comisión del delito¹¹⁶. En el mismo sentido, Danneker afirma que se pueden verificar los fines de la pena a una persona jurídica especialmente en atención a la prevención general, ya que los efectos que resultan para otras personas jurídicas pueden equipararse con los que resultan frente a otras personas particulares, por medio de la imposición de una pena de multa a éstos. Asimismo, si se inicia con los fines preventivo-especiales, se puede afirmar la utilidad de los fines de la pena en cuanto a las personas jurídicas, pues, una persona jurídica a la que se le ha impuesto una pena se detendrá antes que una persona física, sancionada de volver a violar las normas jurídicas¹¹⁷.

2.1.7. Delitos y penas atribuibles a las personas jurídicas.

Luego que, han sido expuestos los fundamentos dogmáticos señalados por la doctrina penal, para atribuir a las personas jurídicas responsabilidad penal a través de los esfuerzos por adaptar las categorías del delito (capacidad de acción, de culpabilidad y de pena) a las personas jurídicas, es conveniente exponer los delitos que la doctrina señala pueden ser atribuidos a dichos entes.

En este apartado, mencionar sobre los delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas, Danneker expone que, en principio, las personas jurídicas pueden violentar cualquier ley de carácter penal en cuanto estos entes lesionen algún bien jurídico protegido y sea comprobada su culpabilidad. Afirma además que, no es correcto restringir la responsabilidad penal de las personas jurídicas únicamente a los delitos económicos, ya que cabe la posibilidad que éstos cometan delitos tales como

¹¹⁶ Tiedemann, *Responsabilidad penal...*; *Óp. Cit.*, p. 67.

¹¹⁷ Danneker, *Reflexiones sobre la responsabilidad penal...*; *Óp. Cit.*, p. 36.

lesiones, muertes o difamaciones como resultado de la ausencia de sistemas de vigilancia o controles en la organización de la persona jurídica, en ese sentido, se plantea que el elemento determinante ha de ser valorar si la lesión del bien jurídico es atribuible como delito a la persona jurídica.

La práctica de los países angloamericanos evidencia que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos en casi todos los delitos, si se parte de esa primicia es posible renunciar al requisito previsto en el derecho penal francés de disponer expresamente para cada delito la punibilidad de las empresas, en razón que esto puede dar lugar a lagunas de punibilidad¹¹⁸, por lo tanto, inútil para los fines de un derecho penal eficaz.

2.1.8. Fundamento dogmático de la cláusula de actuar por otro.

En la actualidad, mayoritariamente la doctrina penal, se inclina por reconocer que la cláusula del “*Actuar en lugar de otro*” surgió con motivo de ocultar los vacíos de punibilidad que resultan en los delitos especiales que son ejecutados por los representantes tanto de personas jurídicas, como de personas naturales, (inclusive aun cuando no posean propiamente una relación de representación esto en relación a la representación voluntaria). No obstante, realmente la razón de ser de la cláusula del actuar por otro es que, surgió como repuesta a los vacíos de punibilidad que resultan por la negación de Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y, en este sentido, se declina por el actuar de los órganos y representantes de dichas personas jurídicas¹¹⁹.

Este problema de punibilidad surgió por primera vez, en la Jurisprudencia Alemana, específicamente, en la Sentencia dictada por el Preußisches Obertribunal

¹¹⁸ *Ibíd*, 27.

¹¹⁹ **Percy García Caveró**, *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro*; 2002, 103-140; ver en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned...2002-95040/Documento.pdf>.

(Tribunal Superior de Prusia) con fecha 9 de noviembre de 1874, mediante la cual resolvió un caso por el delito de Bancarrota Simple según lo dispuesto en esa época por el 283-2 del RStGB (Código Penal Alemán). El caso sucedió por la acusación del delito a un miembro del consejo de administración de una sociedad cooperativa que había suspendido sus pagos, en razón de una mala organización de los libros de comercio de la persona jurídica.

El problema de imputación de responsabilidad que surgió fue que la conducta descrita en el tipo penal de Bancarrota regulado en el 283-2 del RStGB, únicamente podía ser ejecutada por “*el deudor*” y dicha cualidad especial recaía sobre la Persona Jurídica, y no sobre su Órgano de Administración. Posteriormente mediante una Sentencia dictada en primera instancia que obligó ampliar el concepto de “*deudor*” para poder incluir al miembro del Consejo de Administración de la Cooperativa, el Tribunal Supremo Prusiano decidió Absolver al imputado bajo la fundamentación que en el delito de Bancarrota únicamente puede ser sujeto activo del delito “*el deudor*” que haya suspendido sus pagos, y en ese caso dicha calidad no la ostentaba el Administrador de la Cooperativa.

Al respecto, García Caveró expone que, no obstante, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo Prusiano de entonces, 283-2 del RStGB sobre el concepto “deudor”, la solución que se dio resultó ser insatisfactoria desde el punto de vista de la política-criminal, es decir, de la persecución y efectiva sanción por la realización de conductas antijurídicas¹²⁰.

¹²⁰ *Ibid.* Este problema de impunidad generó que se buscarán herramientas que permitirán dar una solución al problema por parte del Legislador Alemán; fue entonces que el 10 de febrero de 1877 surge la promulgación de la Ordenanza Concursal Alemana llamada “KO”, en la que se tipifican los delitos concursales e incorporando también una cláusula mediante la cual se ampliaba los destinatarios de algunos tipos penales. No obstante, a esta nueva ley especial rápidamente surgieron problemas ya que si bien es cierto se habían incluido algunos delitos concursales, no era aplicable a todos delitos concursales

Por ello, se presentaba de esta manera un intolerable vacío de punibilidad, ya que era imposible sancionar a la persona jurídica, por carecer de capacidad delictiva, y por el otro lado, tampoco era posible sancionar al sujeto individual -miembro del consejo de administración de la persona jurídica- por no concurrir en él la cualidad que el tipo penal exigía lo que concluye en una situación de impunidad. Debido a los problemas resultantes de la figura del *actuar por otro*, la doctrina penal ha intentado dar solución mediante la formulación de criterios de interpretación, siendo los siguientes:

a. La interpretación fáctica de los conceptos extrapenales del tipo: los autores que sostienen esta posición, plantean que los elementos normativos del tipo, que generan problema para el actuar en lugar de otro, se debían interpretar de conformidad con un punto de vista fáctico-naturalístico en sentido penal. Así, por ejemplo, un representante de un empresario aparecía como un empresario fáctico. Bajo este modo, al sujeto individual que actuaba se le podía hacer directamente responsable como autor, debido a la posibilidad de afirmar la tipicidad total frente a ella.

b. Apelación a la teoría del destinatario de la norma: a partir de esta posición se sostiene que los representantes legales de las personas jurídicas eran destinatarios de la norma, en reemplazo de sus representados incapaces de acción. Cabe mencionar que este intento de solución también es rechazado por quienes sostienen que todos los sujetos son destinatarios de todas las normas, pero lo realmente decisivo es en quiénes se concreta la norma especial como un deber de acción. En este sentido se afirma que del tenor literal de los tipos penales resulta inequívoco, sin embargo, que las acciones de quienes actúan en lugar de las personas idóneas quedan excluidas de la amenaza penal.

y en razón de ello se volvieron a presentar casos en los que los representantes de las personas jurídicas fueron absueltas.

c. Un principio general de Derecho como solución: quienes defienden ese planteamiento sostienen que en las cláusulas particulares del actuar en lugar de otro se evidencia un principio general de derecho, mediante el cual, son penalmente responsables los órganos o representantes legales cuando actúan en lugar del sujeto idóneo¹²¹.

La cláusula del actuar en lugar de otro, como se mencionó anteriormente ha sido la herramienta mediante la cual se ha intentado solucionar el problema de los delitos cometidos bajo el seno de las personas jurídicas, propiamente encaminado a resolver aspectos propios de los delitos especiales.

En ese sentido, el actuar por otro tiene como punto de partida la negación de la responsabilidad penal para los entes colectivos, atribuyendo dicha responsabilidad a determinadas personas naturales que realizan funciones relevantes de gestión y administración al interior de la Persona Jurídica¹²², lo que significa que es la acción individual la que resulta penalmente relevante para la aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro, de ahí que surgen los problemas como límites a la referida figura¹²³. Ciertamente debe realizarse el análisis de la figura del actuar en lugar de otro, desde el contexto de los llamados Delitos Especiales, ya que es ahí donde surgen una serie de limitantes a su aplicación eficaz en cuanto a las exigencias de tipicidad que

¹²¹ **Susana Escobar Vélez** y otros, “El actuar en lugar de otro en el código penal colombiano: Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3”, *Cuadernos de Investigación*, n.º 44 (2012), véase en <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/view/1358>.

¹²² Así, por ejemplo, en el Código Penal Salvadoreños en el Art. 38 “*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 concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare*”.

¹²³ **Nelly Salvo Ilabel**, “Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno” (Tesis Doctoral; Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2015), 54.

surgen para la determinación de responsabilidades por estar íntimamente relacionado al principio de legalidad.

CAPÍTULO 3

ASPECTOS GENERALES DEL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS.

3.1. Evolución Histórica del Lavado de Dinero y Activos.

Hoy en día el lavado o reciclaje de dinero es percibido por la comunidad internacional como uno de los principales problemas, frente al cual la actividad criminal ocupa la atención de todas las autoridades relacionadas con el tema. Los países son conscientes de la difícil situación de establecer un criterio uniforme, precisamente porque las realidades de cada nación son diversas, así como los distintos modos que tienen de realizar el delito. Dentro de este contexto, puede hacerse algunas precisiones conceptuales del delito que estudiamos. Sin embargo, como expresaba Meincke, que desde los orígenes del derecho penal se sabe que la criminalidad trae aparejada beneficios económicos y en la actualidad observamos que la criminalidad es fuente de ingentes cantidades de dinero¹²⁴.

En otras palabras, la acción de blanquear dinero no es novedosa, ya que el beneficio económico de los delitos demanda ser utilizado en los mercados legales; lo que sí resulta novedoso es la conceptualización del lavado de dinero, que nace cuando los analistas detectan que se trata de un problema en sí mismo y comienzan a separarlo y distinguirlo de los delitos que le dan origen, dándole un tratamiento independiente.

La mayoría de los delitos económicos nacionales o globales existen desde los orígenes mismos del capitalismo, en algunos casos, de la sociedad misma. Pero quizá nunca como ahora han dejado de ser excrescencias o vicios periféricos del sistema para

¹²⁴ **María José Meincke**, “Blanqueo de Capitales. Desde la represión del delito a la Prevención”, en revista *Prudentia Juris* nro. 57, véase <http://www.eldial.com/home/prudentia/pru57/02.asp>.

convertirse en piezas constitutivas y básicas del funcionamiento de lo que puede denominarse, sin temor a la exageración, el capitalismo criminal¹²⁵.

3.1.1. El lavado su existencia previa al dinero.

No se conoce a ciencia cierta cuándo se utilizó por primera vez, alguna forma de dinero. Se sabe que el dinero nació de la necesidad de solventar los inconvenientes del trueque y que muy variados objetos fueron utilizados como medio de cambio¹²⁶. La acuñación de la moneda metálica se inició hacia el año 580 A.C. por los aqueos en Grecia, quienes las hacían de plata gruesa, acuñadas por una sola cara, sin epígrafe. Tenían dos sellos parecidos, parte hendidos y, parte en relieve, muy calculados para impedir la falsificación que ya hacían aplicando hojas delgadas de plata a una placa de metal inferior.

Los delitos con el dinero, tanto falsificación como lavado no son delitos nuevos, señala Uribe¹²⁷, han existido, paradójicamente, desde antes que existiera el dinero como lo conocemos hoy. No obstante, en 1529, cabe señalar el primer antecedente de vinculación Crimen y Dinero, el rey Francisco I de Francia, al pagar 12 millones de escudos como rescate por sus hijos tomados como rehenes en España, debió esperar 4 meses, mientras los secuestradores contaban el dinero y comprobaban la autenticidad de las monedas, de las cuales rechazaron 40.000, por considerar que no cumplían los requisitos exigidos. El inicio de la piratería y de las guaridas de sus practicantes, es más antiguo aún.

¹²⁵ **Julio Sevares**, *El Capitalismo Criminal: Gobiernos, bancos y empresas en las redes del delito global* (Buenos Aires, Grupo Editorial Norma, 2003), 13.

¹²⁶ **Bruno M. Tondini**, *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos* (Buenos Aires, Centros de Estudios Internacionales, 2012), 1. Vid. www.caei.com.

¹²⁷ **Rodolfo Uribe**, *Cambio de paradigmas sobre el lavado de activos*; artículo publicado vid. en [www.cicad.oas.org/oid/NEW/Information/EIObservador/EIObservador2_2003/Historia Lavado.doc](http://www.cicad.oas.org/oid/NEW/Information/EIObservador/EIObservador2_2003/Historia_Lavado.doc).

Por otro lado, en el año 67 A.C., Pompeyo¹²⁸ emprendió una expedición contra los piratas del Mediterráneo que privaban de víveres a Roma. Cilici era entonces, la guarida tradicional de los piratas. Cabe señalar como ejemplo también la historia de la Orden de los Pobres Caballeros de Cristo del Templo de Salomón, mejor conocidos como los Templarios o Caballeros del Templar, tuvieron su origen en un pequeño grupo de nueve caballeros seculares que formaron una Orden después de la primera cruzada en el año de 1118. La Orden fue creada bajo el mandato de proteger a los peregrinos cristianos que iban a Tierra Santa. El Papa Inocente II eximió a la orden de responder a las leyes de hombre.

Durante esa época, la Iglesia prohibía los préstamos con intereses, lo cual era condenado como usura. La astucia y visión de los Templarios les permitió el cambiar la manera en que los préstamos eran pagados y fueron capaces de evitar esta prohibición, financiando incluso a reyes. Debido a su vasta riqueza, exceso de materiales y administración, los historiadores consideran que los Templarios inventaron los servicios y sistema bancario como lo conocemos.

Una vez destruida la Orden, la Santa Sede y los reyes europeos adoptaron sus métodos y procedimientos para administrar y ocultar riqueza, siendo la primera la más exitosa. Es así que ahora existen países y principados herederos de esta “*tradición*”, convirtiendo la actividad en una mucho más ágil, intrépida e interesante a través de un mundo interdependiente y mejor comunicado. Los Templarios dieron origen al concepto de administrar la riqueza a través de estructuras y diversos países¹²⁹.

La costumbre de utilizar prácticas para disfrazar ingresos provenientes de actividades ilícitas se remonta a la Edad Media, cuando la usura fue declarada delito.

¹²⁸Theodor Mommsen, *Historia de Roma* (Buenos Aires, Aguilar S.A. Ediciones, 1962), 10.

¹²⁹ Vid en el “El Lavado de Dinero y Fraudes”; en ICC México Pauta, *Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*; número 48, (2005), 4.

Mercaderes y prestamistas burlaban entonces las leyes que la castigaban y la encubrían mediante ingeniosos mecanismos. Fue entonces cuando los piratas se transformaron en pioneros en la práctica del lavado de oro y el blanco de sus ataques fueron las naves comerciales europeas que surcaban el Atlántico durante los siglos XVI y XVIII. A la piratería clásica le añadieron matices propios los bucaneros y los filibusteros, cuya existencia no hubiera sido posible sin la ayuda, encubierta en un comienzo, de los gobiernos británico, francés y neerlandés. Es famoso el caso del pirata inglés Francis Drake, que fue armado caballero en su nave por la propia reina Isabel I de Inglaterra, como recompensa por sus exitosos asaltos a puertos y barcos españoles.

En 1612, Inglaterra ofreció a los piratas que abandonaran su profesión, un perdón incondicional y el derecho a conservar el producto de sus felonías. Una gran parte de las riquezas acumuladas por corsarios y piratas, fueron resguardadas por los herederos de la tradición templar y por los banqueros de origen judío.

Es por ello que surgieron los refugios financieros, moderna versión de aquellas guaridas, son el complemento indispensable para coronar prácticas de operaciones dudosas o abiertamente fraudulentas que se han abierto paso en el mundo, en la medida en que el lavado de dinero progresa.

La población europea y americana de la época no sólo consideraba agresivos y despiadados a los corsarios y piratas. Se creía que debido al poderío económico y militar que estos personajes habían adquirido, el comercio y las finanzas internacionales dependían enteramente de ellos. Los gobernantes de la época detectaron que los tratados y leyes en vigor eran ineficientes y no los apoyarían en su lucha contra los piratas¹³⁰.

¹³⁰ Bruno M. Tondini, *Óp. Cit.*, 4.

Reconocidos juristas fueron convocados a disertar sobre el tema y brindar una solución de carácter jurídico. Los más destacados fueron Hugo Grotius y el Padre Francisco de Vittoria. Ellos crearon los primeros conceptos del derecho internacional relacionados con el derecho de mar. De *mare nostrum*, de *mare liberum* y la persecución en caliente son tres de los preceptos más destacados que surgen en esa época. Como resultado de estas acciones, uno de los primeros fenómenos criminales internacionales fue eliminado casi por completo.

La economía mundial no se derrumbó, la sociedad no se desquebrajó y la vida continuó sin el asedio de estos personajes y las actividades relacionadas con ellos. Tal parece que los narcotraficantes son los corsarios y piratas de nuestra época.

La palabra "*lavado*" tiene origen en los Estados Unidos de América (EE.UU) en la década del veinte, época en que las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero que alcanzaba con sus actividades criminosas, fundamentalmente el contrabando de bebidas alcohólicas prohibidas en aquellos tiempos.

Es necesario mencionar, el caso de "*Al Capone*", "*il capi di tutti de capi*", controlador de la Magia de Chicago, quien no dudo en asociarse con, Meyer Lansky, único miembro de origen judío de la Mafia, que más tarde se convertiría en el cerebro financiero del grupo de Capone. Cabe recordar la masacre de San Valentín del 14 de febrero de 1929, que se produjo en terrenos de Chicago manejados por Capone, hecho por el que fue investigado y nunca penado¹³¹.

El mecanismo empleado era el siguiente las ganancias provenientes de las actividades ilícitas serían presentadas dentro del negocio de lavado de textiles, la mayoría de los pagos se realizaban en efectivo, situación que se reportaba al Internal

¹³¹ Bruno M. Tondini, *Óp. Cit.*, 5.

Revenue Service de los Estados Unidos de América. Las ganancias provenientes de extorsión, tráfico de armas, alcohol y prostitución se combinaban con las de lavado de textiles.

Al no poder distinguir que dólar o centavo de dólar provenía de una actividad lícita o no, Capone logra burlar durante mucho tiempo a las autoridades norteamericanas. A partir del año 1920, distintas agencias del gobierno de los EUA, iniciaron juicios en contra de Capone por posesión de armas, falsedad en declaraciones y otros cargos. Mientras tanto, el Departamento del Tesoro de los EUA, acumuló evidencias sobre el cargo de evasión de impuestos. El 16 de junio de 1931, Al Capone se declaró culpable por los cargos de evasión fiscal y venta ilícita de alcohol. El 18 de octubre de 1931, Capone fue declarado culpable después de un juicio y el 24 de noviembre fue sentenciado a once años de cárcel en una prisión federal, multado con \$50.000.00 USD, se le cobraron \$7,652 USD por gastos de la corte, además de \$215.000.00 USD más intereses sobre impuestos que se adeudaban. Capone fue recluido en el Penal de Atlanta y en Alcatraz¹³².

3.1.2. La aparición del Narcotráfico.

El lavado de dinero fue advertido en los países desarrollados a mediados de los años '70 con la visión puesta en el narcotráfico¹³³. En Estados Unidos, el tema surgió debido a que la recaudación de la venta de droga en la calle era depositada en los bancos

¹³² Bruno M. Tondini, *Óp. Cit.*, 6.

¹³³ Jorge R. Fernández, *La globalización y su incidencia en el lavado de dinero. Normas aplicables*; I.E.F.P.A.; Argentina; 2003; publicado en el XII Encuentro internacional de Administradores Tributarios en Argentins Mar del Plata 2003; archivo *cfr.* http://www.iefpa.org.ar/XIII_encuentro_tecnico/documentos/fernandez.pdf.

sin ningún trámite ni control previo y esos fondos se introducían fácilmente al circuito formal.

La expresión fue utilizada por primera vez judicialmente en el año 1982, en los Estados Unidos de América (EE.UU.), el término de Lavado de Dinero y Activos bien parece ser que fue introducido en el asunto Watergate de 1970, por parte de la policía y los medios norteamericanos, esta expresión fue empleada por primera vez en el ámbito judicial de los Estados Unidos en 1982 en el asunto US c. \$4.255.625,39 relativo al comiso de dinero supuestamente blanqueado procedente del tráfico de cocaína colombiana. Así también, será en EE.UU. donde se adopte la primera normativa relativa a la prevención de la actividad del blanqueo con la aprobación de la US Bank Secrecy Act (BSA) de 26 de octubre de 1970, reforzada con la celebración del Tratado US-Suiza de asistencia jurídica mutua de 1973, actividad que adquirió en este país la condición de delito mediante la Money Laundering Control Act de 1986 (MLCA), al igual que ocurría en el Reino Unido con la adopción de la Drug Trafficking Offences Act de 1986 (DTOA)¹³⁴.

En la actualidad, tratándose, por ejemplo, de la cocaína y la heroína, el volumen físico del dinero producto de su venta es mayor que el volumen físico de la droga misma y, paradójicamente, desde el punto de vista material, resulta más fácil ingresar los estupefacientes a un país que sacar el efectivo por la venta del mismo. El problema que surge es que los traficantes no pueden invertir sin más el producto de sus actividades ilícitas, pues ello despertaría sospechas en las agencias de control. Por ello, la preocupación por el tráfico Inter fronterizo de efectivo producto de un delito especialmente el narcotráfico, nace con un nuevo enfoque de represión de estas conductas que consiste, en concentrar la atención de las agencias de control sobre las

¹³⁴ **Francisco Jiménez García**, *Blanqueo de Capitales y Derecho Internacional* (Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2016), 217.

ganancias y bienes de los traficantes ante el evidente fracaso de las estrategias policiales tradicionales.

Para los narcotraficantes el problema es el volumen de dinero que manejan, puesto que casi todo, las transacciones económicas que realizan son en efectivo de tal manera que deben explicar la procedencia de tan enormes sumas de dinero¹³⁵.

Partiendo de esta situación en la que se encuentran poniéndose en situación de riesgo es que deciden contar con estructura, corte empresarial y para poder infiltrar las utilidades que obtienen al sistema financiero o en el mercado de bienes y capitales de forma transitoria o permanente, con la finalidad de proporcionarles una apariencia o camuflaje de licitud, evitando así las posibilidades de dar indicios o sospechas sobre el origen de sus bienes, a los mecanismos de control de las autoridades. Escobar señala que almacenar, contar, mantener transportar y entregar el dinero del narcotráfico es un problema grande, ya que el dinero entregado por la venta de la droga usualmente son billetes menores (de 5, 10 y 20 dólares) que tienen que ser cambiados por billetes más grandes de 50 y 100. De lo contrario el peso de los billetes (\$25.000) por un Kg de cocaína sería muchísimo mayor¹³⁶.

Esto se debe precisamente a que el narcotráfico se realiza exclusivamente con dinero en efectivo, ya que el narcotraficante no puede utilizar cheques, bonos cartas de crédito o giros que deben ser necesariamente firmados por el portador y comprobados antes de cualquier negociación. Si se sujetaran a estos mecanismos de cambio de liquidez tendrían que poner en evidencia su identidad o cuando menos su ubicación física. De este modo los narcotraficantes se encuentran con gran cantidad de moneda circulante que suele tener baja denominación, con los consiguientes problemas que supone de orden contable y tributario ¿Cómo registrarlos? ¿cómo evadir las cargas

¹³⁵ **Bruno M. Tondini, *Óp. Cit.*, 7.**

¹³⁶ **Ibidem.**

tributarias? Tal vez la manera más lógica de distinguir el proceso del blanqueo de algunas de sus partes constitutivas es la de marcar la diferencia entre ocultar la existencia del dinero delictivo y disfrazar la índole delictiva de ese dinero.

Ahora bien, si se le da al dinero la apariencia de una procedencia legítima en algún lugar donde existan sanciones contra su origen ilícito, entonces sí que cabe decir que ha sido propiamente blanqueado al haberse disfrazado. Las estadísticas internacionales consideran que a nivel mundial se blanquean cifras que van desde el 3% al 5% del producto bruto mundial, proveniente del narcotráfico; pero es prácticamente imposible realizar una estimación certera del asunto, máxime si se le agregan los restantes delitos considerados en las legislaciones como graves.

3.1.3. Vinculación del lavado de dinero con otras actividades criminales.

El lavado de dinero no solo está relacionado solo con el narcotráfico, puede y de hecho está relacionado con cualquier otra fuente ilícita, es decir aquella que proviene de delitos comunes, inclusive, políticos y contra la administración de justicia, que atentan contra la forma y organización política de un Estado. Una de las preocupaciones más importantes para los estados, se encuentra situada en el conocimiento que se tenga sobre el origen del dinero. La diferencia sustancial radica en que los delitos previos pueden ser juzgados como graves o no.

Considera el Contador Fernández¹³⁷, que el origen del hecho ilícito llamado “*Lavado de dinero*” tiene su comienzo en los primeros años de la década del 60 destacándose que es, una causa de ocultamiento mediante una serie de operaciones, a efectos de poder legitimar los bienes que provienen de una actividad ilícita previa. Las

¹³⁷ **Jorge R. Fernández**, *La globalización y su incidencia en el lavado de dinero. Normas aplicables. Óp. Cit.*, 34.

ingentes cantidades de dinero producidas por la actividad criminal se relacionan de esta forma con delitos graves como el tráfico ilegal de armas, de animales exóticos, de seres humanos o de sus órganos, la corrupción, el juego, el contrabando y el enriquecimiento ilícito.

En el análisis de los antecedentes históricos, no podemos dejar de señalar las modificaciones en la lógica capitalista y empresarial, en estas últimas dos décadas. ¿Cuál es la lógica financiera de funcionamiento actual de una empresa? Es la forma de funcionamiento en la cual las empresas se orientan a obtener beneficios contables de corto plazo, generalmente basados en la valorización de las acciones, relegando las estrategias de crecimiento o las inversiones de largo plazo.

En el siglo XIX, la empresa típica era propiedad de un individuo o una familia, aunque ya a fines de ese siglo comenzó a difundirse en los Estados Unidos la corporación que busca capital emitiendo acciones. A pesar de la incorporación de accionistas externos, las empresas seguían siendo dominadas por individuos o familias que tenían el paquete mayoritario, pero la administración y la propiedad comenzaron, poco a poco, a separarse hasta llegar al fenómeno actual de empresas gobernadas por cuerpos de directores nombrados por las asambleas de los accionistas¹³⁸.

En la actualidad, en muchos casos esos accionistas son fondos de inversión, cuyos integrantes son de dudosa y dificultosa identificación. En este sistema de propiedad y administración se diluye la responsabilidad, situación que se da aún más en compañías en las cuales los Estados son accionistas mayoritarios, la cotización de las acciones cumple un papel decisivo en la evaluación del desempeño de los directivos y sus consiguientes “empresas”. El Estado aparece, así como cómplice en el blanqueo de dinero, ya que en la medida que estas “empresas” tengan un mayor capital, mayor

¹³⁸ Bruno M. Tondini, *Óp. Cit.*, 8.

será el respaldo con el contarán para sus “actividades”, tanto sea el primero, como las segundas.

A esta actuación del Estado debemos adunarles su intervención coordinada con la de los grandes bancos. En la última década, se ha progresado en la investigación, auditoría y legislación sobre el blanqueo de capitales y los bancos, por su parte, han aceptado el cumplimiento de la normativa que versa al respecto. No obstante, existen grandes Bancos, instalados a nivel mundial, que hacen caso omiso a estas nuevas disposiciones y reglamentaciones, las cuales les exigiría el cumplimiento de una serie de procedimientos tendientes a la prevención y detección de actos de blanqueo¹³⁹.

3.1.4. El Estado, los bancos y los paraísos fiscales.

En el análisis de los antecedentes históricos¹⁴⁰, no podemos dejar de señalar las modificaciones en la lógica capitalista y empresarial, en estas últimas dos décadas. ¿Cuál es la lógica financiera de funcionamiento actual de una empresa? Es la forma de funcionamiento en la cual las empresas se orientan a obtener beneficios contables de corto plazo, generalmente basados en la valorización de las acciones, relegando las estrategias de crecimiento o las inversiones de largo plazo.

En el siglo XIX, la empresa típica era propiedad de un individuo o una familia, aunque ya a fines de ese siglo comenzó a difundirse en los Estados Unidos la corporación que busca capital emitiendo acciones. A pesar de la incorporación de accionistas externos, las empresas seguían siendo dominadas por individuos o familias que tenían el paquete mayoritario, pero la administración y la propiedad comenzaron,

¹³⁹ Bruno M. Tondini, *Óp. Cit.*,8.

¹⁴⁰ James Petras, *Dinero negro: Fundamento del crecimiento y del imperio de los Estados Unidos*, (Santiago de Chile, El Chileno Rebelión, 2001), 21.

poco a poco, a separarse hasta llegar al fenómeno actual de empresas gobernadas por cuerpos de directores nombrados por las asambleas de los accionistas.

En la actualidad, en muchos casos esos accionistas son fondos de inversión, cuyos integrantes son de dudosa y dificultosa identificación. En este sistema de propiedad y administración se diluye la responsabilidad, situación que se da aún más en compañías en las cuales los Estados son accionistas mayoritarios, la cotización de las acciones cumple un papel decisivo en la evaluación del desempeño de los directivos y sus consiguientes “empresas”. El Estado aparece, así como cómplice en el blanqueo de dinero, ya que en la medida que estas “empresas” tengan un mayor capital, mayor será el respaldo con el contarán para sus “actividades”, tanto sea el primero, como las segundas. A esta actuación del Estado debemos adunarles su intervención coordinada con la de los grandes bancos¹⁴¹.

En la última década, se ha progresado en la investigación, auditoría y legislación sobre el blanqueo de capitales y los bancos, por su parte, han aceptado el cumplimiento de la normativa que versa al respecto. No obstante, existen grandes Bancos, instalados a nivel mundial, que hacen caso omiso a estas nuevas disposiciones y reglamentaciones, las cuales les exigiría el cumplimiento de una serie de procedimientos tendientes a la prevención y detección de actos de blanqueo.

Es por ello, que ante esta actitud por parte de los grandes Bancos, el Gobierno no interviene aplicando la legislación que debiera hacer cumplir. El avance en el tiempo del blanqueo de capitales, originado por delitos previos, ha evolucionado de manera progresiva, aparejando consecuencias nefastas y reduciendo el tamaño de la economía formal y asimismo sus tasas de beneficio.

¹⁴¹ *Ibíd.*, 22.

Los primeros indicios acerca del blanqueo de capitales de esta “*actividad coordinada entre Estados y Bancos*”, tiene sus orígenes, desde fines de la década del 60, en los paraísos fiscales y en las plazas financieras offshore. Estos centros se encuentran fuera del alcance de los bancos centrales, y aptos por su ubicación estratégica, para la gran circulación de divisas. Asimismo, el constante y progresivo crecimiento del narcotráfico de la década del 80 y 90, resulta contemporáneo a la desregulación y liberalización financiera. Dichos paraísos fiscales albergan gran cantidad de sociedades y compañías fantasmas o cáscaras, a través de las cuales, al amparo del secreto bancario, permiten radicarse a gran cantidad de delincuentes globales para el blanqueo de “dinero sucio”. De manera creciente también, evolucionan las posibilidades para aumentar el valor de los capitales de manera puramente financiera, al margen de toda actividad de producción de bienes y servicios¹⁴².

Otros autores como Xavier Caño Tamayo, sostienen que el origen de este tipo de blanqueo se remonta a la guerra fría, de la mano de Gran Bretaña en territorios formalmente independientes, pero bajo el control o fuerte influencia de las autoridades británicas y que dieron lugar a la aparición de los paraísos fiscales. Junto con los paraísos fiscales, encontramos el secreto bancario como uno de los beneficios que conlleva a radicarse en este tipo de lugares, uno de los principales dogmas del neoliberalismo, secreto que además garantiza la libertad de los grandes delincuentes globales para blanquear dinero sucio. En última instancia, los delincuentes organizados globales son partidarios y practicantes de la desregulación total, el sueño dorado de cualquier neoliberal que se precie¹⁴³.

En ese sentido, el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes celebrada en Viena en 1988, ratificada por El

¹⁴² **Francois Chesnais**, *Blanqueo de dinero sucio y mundialización financiera*, (Rebelión, 2001), 32.

¹⁴³ **Xavier Caño Tamaño**, *Blanqueo de dinero e hipocresía económica* (Madrid, Centro de Colaboraciones Solidarias, 2001), 45.

Salvador en 1993¹⁴⁴, dejó establecido el interés internacional en combatir este delito cuando los países intervinientes plasmaron en dicho documento, que reconocen "...los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socaban las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados"; del mismo modo manifestaron ser... "Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles".

Puede advertirse, entonces, un vínculo directo entre la intención criminal del lavado con el tráfico de estupefacientes. Se sostiene que confiscando todo el dinero del traficante podría acabarse con el tráfico de drogas (la premisa nunca se volvió realidad, razón por la cual no se sabe si realmente produciría la consecuencia anunciada).

La Convención de Viena de 1988, estableció como una de sus nuevas Estrategias para el Tráfico ilícito de Drogas, la detección y el decomiso de los recursos de las Organizaciones Criminales que desarrollaban esa actividad Ilegal. En tal sentido se propuso a los Estados miembros de las Naciones Unidas la necesidad de prevenir y descubrir las operaciones que Lavaran Dinero procedente del Narcotráfico.

Los mecanismos y razones han cambiado ¹⁴⁵, pero las técnicas para el lavado de dinero y de activos siguen siendo utilizadas por quienes realizan estas prácticas, a raíz de lo cual los países han efectuado grandes esfuerzos para combatir a los sujetos y organizaciones que efectúan actos ilícitos, ya que se catalogan como un riesgo el

¹⁴⁴ **Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes** (El Salvador: Organización de las Naciones Unidas, 1993).

¹⁴⁵ **Alberto Chong** y Florencio López De Silanes, *Lavado de Dinero en Latinoamérica* (México D.F., 2005), 271.

cual podría dar origen al aumento de las actividades criminales, la legalización del dinero ilícito, la pérdida del prestigio de una institución y distorsiones en los movimientos financieros que dañen la integridad del sistema financiero, por el hecho que el objetivo final de esta actividad es la circulación sin problemas del dinero ilegal en el mismo.

Por lo anterior, se han creado organizaciones, acuerdos y tratados a nivel internacional, dentro de los cuales se encuentra la Organización de las Naciones Unidas (ONU), creadora de los principales instrumentos internacionales aplicables al lavado de dinero y de activos, entre ellos: las Convenciones de Viena de 1988, de Palermo de 2000 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003; por otra parte, la Organización de Estados Americanos (OEA), posee una Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) la cual elaboró el Reglamento Modelo, instrumento que ha sido utilizado en distintos países del continente americano; otra organización relevante es El Grupo de Acción Financiera (GAFI), grupo de trabajo creado por el G-7 el 16 de julio de 1989, cuyo propósito es elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales, desarrolló 40 recomendaciones que contienen programas que ayudan a luchar eficazmente contra el lavado de dinero. (Caparrós, 2012, p. 9); y por último el Grupo EGMONT, instancia que reúne a las Unidades de Inteligencia Financiera UIF del mundo, su objetivo es facilitar el intercambio de información entre las UIF de los países miembro, con el fin de combatir los delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (UIAF, s.f, s.p.)¹⁴⁶.

El Comité de Basilea creó el 12 de diciembre de 1988 la Declaración de Principios de Basilea que se denominó “*Declaración de Principios de Basilea sobre*

¹⁴⁶ Vid, https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_711, fecha de consulta: 20/5/2018.

*Prevención de la Utilización del Sistema Bancario para el Blanqueo de Fondos de Origen Criminal*¹⁴⁷, tres puntos importantes de esta declaración son la identificación de los clientes, el acatamiento de las leyes y la cooperación con las autoridades.

Ahora bien, si en su origen las medidas de política legislativa referidas al blanqueo de capitales se entendían como imprescindibles para la consecución de una efectiva lucha contra el narcotráfico, en la actualidad la adopción de tales medidas se concibe como imprescindibles en la lucha contra la financiación del terrorismo internacional. Tanto el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, las distintas resoluciones del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco de la lucha contra el terrorismo – desde la Resolución 1373 (2001) hasta la Resolución 2178 (2014) –, así como las Recomendaciones suscritas en 2012, por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), comprometen a los Estados a establecer medidas de diligencia debida reforzada en la identificación y el seguimiento de los fondos asignados para estas actividades delictivas; así como, el desarrollo de procedimientos y mecanismos que aseguren la confiscación o comiso de los bienes e ingresos derivados del delito, incluyendo la creación de Organismos de Recuperación de Activos (ORA).

A tal efecto y de la misma forma que los convenios anti-blanqueo que se expresarán más adelante, esta normativa prevé, entre otras cuestiones, el establecimiento de unidades de inteligencia/información financiera (UIF) de carácter nacional y central que deberán recabar, analizar y comunicar a las autoridades competentes la información relativa a un posible blanqueo de capitales o financiación del terrorismo; la obligación de que las instituciones financieras así como otras

¹⁴⁷ **Programa Hemisférico para la Prevención y el Control del Lavado de Activos en los Sistemas Financieros**, *vid.* http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/basilea.htm, fecha de consulta: 21/5/2018.

entidades, proveedores de servicios o profesiones identifiquen e informen sobre clientes habituales u ocasionales en relación con ciertas actividades sospechosas o inusuales; *la responsabilidad penal, civil o administrativa a las personas jurídicas involucradas*; la constitución de registros públicos sobre estas informaciones; la conservación de los datos relativos a la identificación de los clientes y sus operaciones; prohibir, cuando proceda, la revelación de que se ha transmitido un informe de operación sospechosa o de información conexa o de que se está realizando o puede realizarse una investigación por blanqueo; y que el secreto bancario dejará de ser una justificación para negarse a la cooperación internacional¹⁴⁸.

El Salvador por su parte ha realizado esfuerzos para combatir las actividades ilícitas sobre el lavado de dinero y de activos, razón por la cual en octubre de 1997 se firmó el Tratado Centroamericano para la Prevención y Represión del Lavado de Dinero y de Otras Actividades conectadas con el Tráfico de Drogas y Crímenes Relacionados, junto con los demás países Centroamericanos.

Debido a la preocupación que posee el Estado por el incremento de actividades delictivas, en las cuales los sujetos culpables de las mismas buscan y utilizan distintas formas y mecanismos para aparentar legitimidad a las ganancias, bienes o beneficios obtenidos por la realización de determinados delitos, en 1999 entró en vigencia la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos¹⁴⁹, la cual recalca la importancia de adoptar las medidas legales para que las inversiones tanto nacionales como extranjeras que se realicen en el país, estén respaldados con fondos cuyo origen sea lícito. El 21 de enero de 2000 se aprobó el reglamento a la mencionada ley y el 27 de octubre de 2021, se emite el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera (UIF) para La Prevención

¹⁴⁸ **Francisco Jiménez García**, *Blanqueo de Capitales y Derecho Internacional*, 218.

¹⁴⁹ **Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos** (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998).

del Lavado de Dinero y de Activos, publicado en D.O. 205, Tomo 433, de la referida fecha.

Por lo que en el año 2014 la Ley anteriormente mencionada, sufrió reformas en lo relacionado a las obligaciones, las cuales no solo son de aplicabilidad a las instituciones que realizan operaciones de carácter financiero, reguladas y no reguladas, sino que también aquellas instituciones privadas y sociedades mercantiles, incluyendo a las Organizaciones no Gubernamentales. Así mismo se establece que los sujetos obligados que no sean supervisados por institución oficial, únicamente estarán exentos de nombrar y tener un oficial de cumplimiento.

Luego, en 2015 esta ley tuvo nuevamente reformas a consecuencia de las recomendaciones que el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) realizó a El Salvador en el año de 2014, entre ellas se establece que, si se omite o declara información errónea o falsa sobre la posesión, tenencia o transporte de billetes, instrumentos negociables al portador, títulos valores, bienes con valor cambiario, que estén valorados por 10 mil dólares o más, se sancionará con prisión de tres a cinco años. De igual forma se incluyó la especificación de los procedimientos para el formulario aduanero y la responsabilidad de la Dirección General de Aduanas (DGA), para comprobar la veracidad de las declaraciones aduaneras, y la facultad de notificar a la Policía Nacional Civil (PNC) y a la Fiscalía General de la República (FGR) de alguna irregularidad detectada, finalmente se divulga el 8 de diciembre de 2015 el nuevo instructivo de la UIF, el cual presenta un plan escalonado para dar cumplimiento a los nuevos requerimientos de la ley y prevenir el riesgo de lavado de dinero y de activos en el país¹⁵⁰.

¹⁵⁰ **Fundación para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES)**, “¿Existe voluntad de combatir el delito de lavado de dinero en El Salvador?”, *Revista, Editorial FUSADES*, (El Salvador; 2013; pág. 3.

3.2. Definición de lavado de dinero y activo.

A continuación, se expone una serie de definiciones que se han dado sobre este fenómeno en doctrina, algunos instrumentos internacionales y legislación nacional, posteriormente se identificara, cuáles son los elementos comunes a las mismas y así se brinda una definición integral a criterio de la presente investigación.

- ✓ Maroto y Villarejo define este fenómeno como “... *el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultantes de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico y financiero*”¹⁵¹.
- ✓ Aliaga Mendez, sostiene que “*El blanqueo no es otra cosa que el conjunto de mecanismos y procedimientos, variados y complejos, que tienden a dar apariencia de legalidad a bienes de origen delictivo..... o a bienes de origen lícito que sus propietarios extrajeron del círculo de bienes conocidos para la administración.*”¹⁵²
- ✓ Susana Huerta Tolcido citada por Del Olmo Galvez sostiene que el *blanqueo de capitales* es el “*procedimiento mediante el cual se pretende incorporar al tráfico económico-financiero legal los beneficios obtenidos a raíz de la realización de ciertas actividades delictivas.*”¹⁵³ “*En definitiva, se trata de una actividad dinámica o proceso de ocultación de aquellos bienes de origen o*

¹⁵¹ **J. Maroto y Villarejo**, *El Blanqueo de Capitales En El Derecho Español* (DYKINSON, Madrid, 1999), 5.

¹⁵² **J.M. Aliaga Méndez**, *óp. cit.*, pág.37.

¹⁵³ **J. Del Olmo Gálvez**, *El Blanqueo Desde La Perspectiva Del Juez Instructor; et. al.; Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000), 221.

*procedencia delictiva, que tiene por objeto atribuirles una apariencia última de legitimidad.”*¹⁵⁴

- ✓ Blanco Cordero, considera que el blanqueo de dinero es el “*proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita*”¹⁵⁵.

En cuanto a instrumentos internacionales se refiere, denotamos que los mismos no brindan definiciones atinentes al *blanqueo de capitales*, sino que únicamente se limitan a describir las conductas típicas a sancionar, razón por la que no haremos mención a esa normativa.

La legislación interna de El Salvador, siguiendo la tendencia de la regulación internacional sobre la materia, lejos de brindar una definición sobre *lavado de dinero*, da a conocer de forma descriptiva, lo que entiende por este delito en la *Ley contra el lavado de dinero y activos* (LCLDA), concretamente en su Art. 4, consignado bajo el epígrafe **LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS**, que reza así:

“Art. 4.- 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, 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.

¹⁵⁴ *Ibíd*, 221 y 222.

¹⁵⁵ **Isidora Blanco Cordero**, *El Delito de Blanqueo de Capitales* (Navarra, Aranzadi, 2025), 93

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”¹⁵⁶.

En fin, son innumerables las definiciones que existen sobre *lavado de dinero*, y “*La búsqueda de una definición que logre abarcar todas las formas posibles de lavar activos constituye una tarea casi imposible, en la medida en que las actividades a incluir son innumerables*”¹⁵⁷.

Por lo tanto, en consideración a lo antes dicho, y sin el ánimo de ser exhaustivo expondremos nuestra definición sobre *lavado de capitales*, identificando previamente cuales son los elementos comunes a todas las definiciones *supra* relacionadas.

De las definiciones antes mencionadas se infiere, que los elementos coincidentes o comunes a todas ellas son los siguientes: *Es un proceso, Tiene una doble finalidad: ocultar el origen ilícito de los bienes y darles apariencia de legitimidad.*

En vista de lo antes expuesto, se puede definir al *Lavado de Dinero y Activos* como: ***El proceso a través del cual se persigue como finalidad inmediata la ocultación de los efectos o productos originados de un delito, a través de diversos y complejos mecanismos, para posteriormente dotarlos de apariencia de legitimidad y lograr la finalidad última, que es la incorporación de estos al tráfico económico-legal.***

¹⁵⁶ **Ley contra el Lavado de Dinero y Activos** (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador,

¹⁵⁷ **J. Ibañez Najjar**, *Estudios De Derecho Constitucional Económico* (Bogotá, 2001), 364.

3.3. Diferencia entre el termino lavado de dinero y blanqueo de capitales.

En primer orden, es necesario expresar que lo que se trata de diferenciar o encontrar el motivo porque existe dos términos (incluso más pero dos son los más representativos), para referirse al ilícito a estudiar en esta investigación y sobre todo considerando a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en este delito; ya que es de notar que en alguna parte de la doctrina se refiere como *lavado de dinero y activos*, sobre todo la latinoamericana, también hay otra en la que se refieren como *blanqueo de capitales*, sobre todo las de tendencia europeas, en ese sentido Aranguez Sánchez, expresa que siendo *el blanqueo de capitales una realidad económica relativamente novedosa, no puede hablarse de una terminología universalmente aceptada, aunque ya existen neologismos en las principales lenguas para referirse a este delito*¹⁵⁸.

Dicho autor nos quiere decir que, cada lengua tiene su propio neologismo, para referirse al delito en comento, así en el idioma francés se utiliza el vocablo “*blanchiment*”, en las regiones Suizas de habla francesa “*blanchissage de l’argent*”, los alemanes “*geldwasche*”, “*Geldwascherei*” en Austria y en las regiones Suizas de habla alemana, “*reciclaggio*” en italiano, “*branqueamento de capitais*” en portugués, “*otmyvanige*” en ruso, en Bulgaria se le denomina “*Izchistvane na parite*”, en Grecia “*To plysimo chrimaton*”, “*Att tvatta pengar*”; en sueco, “*Alvanat ksafim*” en hebreo.

Por lo tanto, la predicción por uno u otro término (“*lavado*” o “*blanqueo*”) tan sólo está en función de las arbitrarias variantes idiomáticas regionales¹⁵⁹.

En lo que respecta a los países de habla hispana, los mismos toman de base las traducciones de algunos de los neologismos antes relacionados, para denominar en sus

¹⁵⁸ C. Aranguez Sánchez, *El Delito de Blanqueo de Capitales* (Madrid, Marcial Pons, 2000), 21.

¹⁵⁹ M. Abel Souto, *óp. cit.*, pág.29.

respectivas legislaciones al fenómeno objeto de estudio, preponderantemente “*Money laundering*”, debido a la cercanía geográfica con Estados Unidos de América.

Asimismo, considera Rodríguez Huertas que “*Las expresiones utilizadas en la denominación de este comportamiento delictivo indican que ella no es uniforme en la legislación, así como tampoco en la doctrina sobre el tema*”¹⁶⁰. Así, ocurre en la legislación salvadoreña, ya que la *Ley contra el Lavado de dinero y Activos*, no es uniforme terminológicamente hablando, en su título, considerandos, y articulado¹⁶¹.

De ahí que, en consideración a lo anterior, los vocablos más comunes para denominar al fenómeno sean: *lavado*, *blanqueo* y *reciclaje*, de los que a continuación veremos sus orígenes.

En cuanto al término “*lavado*”, el mismo es una traducción literal de la locución inglesa “*Money laundering*”, en alusión, que en ese país las mafias de la época montaron una red de lavanderías, donde introducían las ganancias obtenidas de actividades ilícitas. Ese término es el más utilizado en la mayoría de países Americanos, no en vano tal expresión es utilizada en el *Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas*, y *Otros Delitos Graves* de la *Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)*. Tal vocablo significa purificar, quitar un defecto, mancha o descrédito.

En lo que respecta al término “*reciclaje*”, este es una traducción literal de la locución italiana “*riciclaggio*”, que “*En el lenguaje común este término se reserva para las técnicas de reutilización de materiales por razones ecológicas*”¹⁶². Dicha

¹⁶⁰ **O. Rodríguez Huertas**, *Modulo I: Lavado De Activos. Generalidades, Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos* (Santo Domingo, USAID, 2005), 5.

¹⁶¹ Se dice esto, porque el título de la LCLDA es, *Ley contra el lavado dinero o activos*, mientras que en el considerando III de la ley habla de *lavado o blanqueo de dinero*, y en el articulado de la misma retoma el término *lavado de dinero y activos*.

¹⁶² *Ibíd.*, 24 y 25.

expresión significa someter un material usado a un proceso para que se pueda volver a utilizar.

En lo que al término “*blanqueo*” atañe, es una traducción literal de la locución francesa “*blanchiment*”; expresión que, pese a ser duramente criticada por ser calificada de coloquial y carente de técnica, se ha impuesto en distintos sectores; terminología que si bien es cierto como señala Del Carpio Delgado “... *no es la más adecuada ni técnica ni jurídicamente, ha sido adoptada por los Organismos Internacionales y por la mayoría de las legislaciones extranjeras de igual forma que ha sido aceptada por la doctrina, aunque no sin manifestar la necesidad de encontrar un término más apropiado que refiera el sentido del tipo....*” .

La razón por la que la expresión “*blanqueo*”, se impuso en esos sectores, es la misma que se menciona en la exposición de motivos del proyecto de Código Penal Español de 1992, citada textualmente por Aránguez Sánchez, es decir: “*la convicción de que es la expresión que mejor designa, en coincidencia con el entendimiento que de ella se tiene, la clase de conductas que se describen, que son todas aquellas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenido.*”¹⁶³

Es por ello, que “*Se ha propuesto cambiar dicha expresión por la de “capitales” o “bienes”,..... en la medida.... que así se daría cabida a todo tipo de valores objeto del blanqueo, lavado o reintegración.*”²⁵ Pero si atendemos a la razón de ser de la tipificación de este tipo de conductas, que es en general la protección del *orden socioeconómico*, denotamos que la expresión más apropiada para denominar al objeto material de la conducta blanqueo es “*capitales*”, porque la misma nos ubica como manifiesta Gherardo Colombo citado por Aránguez Sánchez “... *en un plano*

¹⁶³ C. Aránguez Sánchez, *El Delito de Blanqueo de Capitales, Op. Cit.*, 22.

macroeconómico”.¹⁶⁴ Es decir que “... se requiere que la ventaja económica obtenida con la comisión de un delito tenga una cierta entidad, considerando que no es posible hablar de “capitales” en el caso de movimientos económicos de escasa importancia, como por ejemplo, el dinero obtenido con la venta de un ciclomotor robado.”¹⁶⁵ Así mismo tal expresión nos ayuda a delimitar la figura del blanqueo de capitales de otras afines como la receptación, que no nos sitúa en un plano macroeconómico, sino microeconómico, porque el provecho económico generado por esta última es de menor entidad que en el blanqueo.

En la doctrina española, hay coincidencia entre los autores para definir el blanqueo, entre los que cabe mencionar a Díez Ripollés, que considera que el blanqueo de capitales se refiere a los “procedimientos por los que se aspira a introducir en el tráfico económico financiero legal los cuantiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades delictivas especialmente lucrativas, posibilitando así un disfrute de aquéllos jurídicamente incuestionado”¹⁶⁶.

Gómez Iniesta define el blanqueo de capitales como “aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económicos-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ C. Aránguez Sánchez, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit, 28.

¹⁶⁵ *Ibídem*.

¹⁶⁶ José Luis Díez Ripollés, *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español* (Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ,1994).

¹⁶⁷ Diego Gómez Iniesta, *El Delito de blanqueo de capitales en Derecho Español* (Barcelona, Cedecs Editorial, S.L., 1996), 86.

Por lo tanto, desde el punto de vista técnico-jurídico como postura del presente trabajo de investigación, que el término más apropiado para denominar a este fenómeno, es “*Blanqueo de Capitales*”, por dos sencillas razones:

En primer lugar, porque el término *blanqueo* ha “... *abandonado los barrios marginales, los canales parabancarios y la jerga de los sectores financieros que lo vieron nacer y los arrullaron para convertirse mundialmente en título de artículos, rótulo de monografías, letrero de congresos, epígrafe de normas, letra de leyes nacionales, texto de la legislación internacional y acepción nueva incorporada al bagaje de la lengua castellana.....*”¹⁶⁸; siendo por este último aspecto, que tal expresión ya no puede ser considerada, como una simple expresión común, metafórica, y vulgar; sino por el contrario, la misma es técnica, pero con la virtud de ser comprensible para las personas.

En segundo lugar, el término “*capitales*”, plasma idóneamente la magnitud y relevancia cuantitativamente hablando, que debe tener el objeto material del delito de blanqueo.

Ahora bien, es necesario aclarar, que, pese a que la postura de esta investigación es denominar al fenómeno objeto de estudio, bajo la expresión “*blanqueo de capitales*”, no podemos pasar por alto que la legislación interna sobre la materia de nuestro país se titula “*Ley Contra El Lavado de Dinero y Activos*”, expresión que si bien es cierto no es la más feliz conforme a los argumentos vertidos anteriormente, ni en concordancia con la normativa internacional; será la que se utiliza en el desarrollo de este trabajo, en razón del *principio de legalidad* en materia penal (Art. 15 Cn., y Art. 1 CP) que debe imperar, ya que esta es la denominación que se tipifica como delito y sobre la cual se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹⁶⁸ M. Abel Souto, *óp. cit.*, 33.

3.4. Características del Blanqueo de Capitales.

3.4.1. Carácter Internacional o Globalizado del Lavado.

El fenómeno del blanqueo de capitales tiene un marcado carácter internacional. Es decir, sobrepasa las fronteras nacionales de los Estados e implica su desarrollo en otros, con los cambios de soberanía y jurisdicción que ello conlleva¹⁶⁹.

Y la consecuencia lógica de todo esto es como señala Savona y Defeo citado por Blanco Cordero la “... *globalización de las actividades de blanqueo de capitales*”. Para entender el carácter internacional del blanqueo, hemos de pensar en ¿Cuál es la finalidad que se persigue con ese delito?, la respuesta pasa primero por decir, que la razón de ser del dinero y otros activos, es ser utilizados para lo que sirven y han sido creados, es decir para obtener bienestar y poder económico y poder político.

Las organizaciones criminales, si bien es cierto generan cuantiosas ganancias de los hechos delictivos que cometen, estas no pueden invertir las mismas, porque tienen un origen ilícito; motivo por el que necesitan ocultar el origen delictivo de esos ingresos, para invertirlos tranquilamente, es decir separar el binomio ingresos y origen ilícito, para lo que en muchas ocasiones será necesario trasladar los efectos o producto del delito previo cometido en un país a otro, ya que así se dificulta su detección por parte de las autoridades del país donde se cometió ese delito base.

Además este delito es de índole internacional, porque tanto las organizaciones criminales, como los blanqueadores, investigan la legislación administrativa, tributaria, bancaria y penal de todos los países del mundo, con la finalidad de desplazar los efectos y producto del delito base cometido en un país, a otro país que presente deficiencias

¹⁶⁹ **Isidoro Blanco Cordero**, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 51.

normativas en materia de prevención y represión del blanqueo, o verifican que países no son partícipes de foros internacionales en la lucha contra este delito, es decir países con desregulaciones en la materia o con regulaciones complacientes, como en el caso de los paraísos fiscales.

Y nuestra legislación, no ignora tal característica de internacionalización del blanqueo, ya que la misma en el art. 4 inc. 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos (LCLDA)¹⁷⁰, reza expresamente: *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.* (El subrayado es mío).

3.4.2. Tendencia hacia la Profesionalización o Profesionalismo del Blanqueo de Capitales.

La progresiva evolución en las técnicas de blanqueo de capitales es causa y consecuencia de una mayor profesionalización de las personas que las llevan a cabo. Esta característica se manifiesta en dos tendencias: mayor profesionalismo de los miembros de la organización y mayor empleo de profesionales externos¹⁷¹.

Lo anterior se debe a que la actividad blanqueadora es compleja y riesgosa, en el sentido, que si bien es cierto, la globalización y avances tecnológicos han favorecido la proliferación del lavado, también es cierto que las autoridades encargadas de la persecución de estos han avanzado en materia de detección y técnicas de investigación de este delito; circunstancia que obliga a las organizaciones criminales a capacitar a sus miembros en materia empresarial, bancaria, tributaria entre otras o acudir a “.....

¹⁷⁰ **Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos** (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998), Art. 4.

¹⁷¹ **Isidoro Blanco Cordero**, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 51

*auténticos profesionales, de la banca, finanzas, contabilidad, leyes, que tengan por demás un amplio conocimiento del marco regulatorio internacional sobre la materia, a fin de poder aprovechar las debilidades existentes en los distintos países....”*¹⁷².

3.4.3. Variedad, variación y complejidad de las técnicas y métodos empleados para lavar dinero.

La variedad significa que los blanqueadores, no deben valerse de una única técnica o método para lavar dinero, sino por el contrario deben hacer uso de una multiplicidad de técnicas y métodos que existen para realizar tal ilícito, pues el éxito del lavado de activos requiere de la utilización de una amplia gama de técnicas, a través de las cuales, en las distintas etapas del fenómeno, logren eludirse las regulaciones preventivas dispuestas por la autoridad.

La variación hace referencia al hecho de que las organizaciones criminales, deben modificar y actualizar las técnicas y métodos existentes para lavar capitales, o inventar nuevas prácticas para realizar tal actividad, porque de lo contrario sus objetivos se verán frustrados, al ser detectados por las autoridades. De ahí que sean sabias las palabras de Rodríguez Huertas al manifestar que *“Debido a que detrás de los métodos utilizados por la delincuencia organizada se mueve la autoridad de persecución, los lavadores se ven en la necesidad, ante tal monitoreo, de ser constantemente innovadores en sus estrategias para evitar que sus estrategias sean develadas por las autoridades y por los propios sujetos regulados”*¹⁷³.

¹⁷² **Olivo Rodríguez Huertas**, *Modulo I: Lavado De Activos. Generalidades, Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales Del Lavado De Activos* (Santo Domingo: USAID, 2005), 11.

¹⁷³ *Ibíd.*, 11-12.

3.4.4. Conducta autónoma.

Al hablar del lavado de dinero como conducta autónoma, nos estamos refiriendo sencillamente al hecho, que, si esta es independiente o no de otras conductas, que guardan relación o tienen similitud con la misma. En doctrina ha existido siempre la discusión acerca de la autonomía del delito de blanqueo respecto del delito previo, es decir si aquel es dependiente o independiente de este.

En razón de la anterior, la discusión que se centra por responder las siguientes interrogantes siguientes: a) ¿Si el delito de lavado de dinero y activos es una figura accesoria del delito previo y de los delitos de receptación y encubrimiento?, b) ¿Si el bien jurídico del blanqueo es el mismo que se tutela a través del delito previo o si es diferente?, c) ¿Si el autor del delito previo puede ser sujeto activo del delito de blanqueo?, o si en materia de investigación y juzgamiento, d) ¿Se requiere de una sentencia condenatoria previa que acredite tanto el delito previo como el origen delictivo de los capitales o si puede ser demostrado por cualquier medio legal de prueba?. Para resolver la anterior discusión, contestaremos de forma breve y sencilla cada una de las interrogantes antes expuestas, porque cada una de estas será abordada con mayor profundidad en posteriores apartados de este trabajo¹⁷⁴.

En lo que respecta a la primera interrogante supra relacionada en el literal a), se puede decir, que el blanqueo no es una figura dependiente, ni accesoria tanto a los delitos de receptación y encubrimiento como al delito previo, porque el mismo tiene características o rasgos especiales que lo distingue de aquellos delitos, en el sentido que tiene un objeto de protección propio e independiente de aquellos.

¹⁷⁴ **Olivo Rodríguez Huertas**, *Modulo I: Lavado De Activos. Generalidades*, Óp. Cit., 25

Sin embargo, es necesario expresar que el delito de lavado de dinero y activos está relacionado con el delito previo, son autónomos, pero con íntima relación, ya que el primero es presupuesto para la existencia de este ilícito, esto conforme a como se interpreta a como está regulado en la LCLDA.

En cuanto a la segunda interrogante, supra citada en el literal b), se manifiesta que el bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo es distinto al protegido tanto por el delito previo, como por los delitos de receptación y encubrimiento; porque aquel protege el *Tráfico lícito de los capitales*, la receptación protege el mismo bien jurídico que protege el delito previo, el encubrimiento tutela a la *Administración de justicia*, y el delito previo resguarda el *bien jurídico del respectivo delito* del que proceden los capitales a blanquear.

Ahora bien, con respecto a la tercera pregunta, mencionada en literal c), exponemos que el autor o partícipe del delito previo, si puede ser sujeto activo del posterior delito de lavado de dinero, porque los criterios del hecho posterior copenado, que opera para la receptación, y el del privilegio del auto-encubrimiento, que opera para el delito de encubrimiento, no tienen aplicación en el blanqueo.

Esta característica se ha puesto moldeado en la jurisprudencia salvadoreña, que en resolución con referencia 334/335-2020-5, emitida por la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, departamento de San Salvador¹⁷⁵, en donde resuelve incidentes de apelación referidos al imputado José Adán Salazar Umaña y otros, al establecer en otras palabras que la autonomía del delito de lavado de dinero y activos, se encuentra limitado en cuanto a su delito precedente, por el derecho fundamental de *ne bis in idem o non bis in idem*, conocido en español como ***prohibición de doble juzgamiento o de múltiple persecución***, que en esencia el derecho

¹⁷⁵ **Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro**, departamento de San Salvador, Recurso de Apelación, referencia 334/335-2020-5 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021).

mencionado busca que nadie puede ser condenado o perseguido varias veces por el mismo hecho, dicho fundamento tiene su respaldo constitucional en el artículo 11 de la Constitución de la República de El Salvador (Cn.), el cual dice: *Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciado veces por la misma causa*¹⁷⁶, por lo que si el delito precedente ya se emitió una resolución de fondo o emitió alguna resolución que da lugar a la extinción penal, no se podrá perseguir o acusar en el futuro por el delito de lavado de dinero y activos, por lo que el momento oportuno para perseguir todos los tipos penales, esto así interpretado de dicho jurisprudencia, siendo el único momento procesal que tiene el Ministerio Público Fiscal para acusar por los mismos, tanto delito previo como lavado de dinero, a fin de no caer en el doble juzgamiento y aunque se trata de un Tribunal de Alzada cuya jurisprudencia no tiene efectos *erga omnes*, si sirve de ilustración como es adaptada esta característica del blanqueo en la jurisprudencia nacional.

En concordancia con la manifestado en el párrafo anterior, la disposición constitucional citada abarca dos dimensiones, la primera en cuanto al impedimento de doble condena, mientras que la segunda implica que la misma persona no sea perseguida dos veces por la misma causa, lo anterior he desarrollado por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en la sentencia del 10 de julio de 2003, en el Hábeas Corpus (HC) con referencia 111-2003¹⁷⁷, como por lo que comprende un aspecto sustantivo entre (condena) y un aspecto *procesal* (persecución); por lo que al analizar la disposición constitucional cuando se habla de enjuiciado se está hablando del matiz sustantivo de la disposición y cuando se habla del término causa, se encuentra

¹⁷⁶ **Constitución de la República de El Salvador** (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983).

¹⁷⁷ **Sala de lo Constitucional**, Hábeas Corpus, referencia 111-2003, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003).

estrechamente vinculado con la triple identidad de las categorías jurídicas: a) cosa juzgada o *edem res*, b) identidad de la persona o *eadem persona*, y c) causa de pedir o *eadem causa petendi*; por lo que al considerar esta jurisprudencia ilustrativa del Tribunal de alzada antes mencionado, tendrá que valorarse si está en presencia de lavado de dinero y activos y si el caso es afirmativo, el momento procesal oportuno para acusar al incoado será al momento que también se promueva acción penal contra el delito previo.

3.5. Etapas del lavado de dinero.

Existen múltiples vicisitudes (alternativas prosperas) que debe enfrentar cualquier estrategia de prevención de lavado de activos. El primer obstáculo que es necesario sortear es la dificultad de encontrar soluciones adecuadas en la batalla contra los diferentes métodos de lavado. Merced a ello es hora de preguntarse, ¿existe un procedimiento general o una sistemática del lavado o, por el contrario, se trata de sucesos aislados y puntuales alejados de un proceso predefinido y programado? Hay coincidencia en inclinarse por la primera.

El GAFI¹⁷⁸ ha estudiado en profundidad el fenómeno y arribó a la conclusión, cuyo consenso ha encontrado en la doctrina forense, que en el proceso de lavado de activos existen tres etapas. La división en fases responde a cuestiones didácticas más que a verdaderas secuencias operativas y no deben ser tomadas de modo categórico, dado que muchas operaciones pueden realizarse sin quedar subsumidas estrictamente

¹⁷⁸ El *Grupo de Acción Financiera Internacional* es un ente intergubernamental a nivel internacional establecido en 1989 cuyo objetivo es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional. Cfr. https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_7114. Fecha de consulta: 3/7/2021.

en alguna o, por el contrario, muchas actividades pueden estar comprendidas en varias a la vez. Las fases típicas según el GAFI son: Colocación, Estratificación e Integración, los cuales se detalla a continuación.

3.5.1. Colocación.

Esta etapa se le conoce en la doctrina como *colocación, inserción o sustitución*. En esta faceta, que es el primer paso, por regla general en la dinámica del proceso de lavado de dinero, el lavador persigue como objetivo cambiar de ubicación, las ganancias de origen ilícito, con el propósito de alejar las mismas del alcance de las autoridades, o como manifiesta Blanco Cordero, que esta fase: “*consiste en deshacerse materialmente de importantes sumas de dinero en metálico, sin ocultar todavía la identidad de los titulares*”¹⁷⁹.

La *colocación* es el ingreso de fondos en el sistema formal, que puede ser comercial y, principalmente, financiero. En esta etapa el provecho del delito precedente, grandes cantidades de dinero en efectivo, debe hacerse desaparecer y desligarlo del ilícito. Es aquí donde el blanqueador encuentra su mayor vulnerabilidad en el proceso debido fundamentalmente a las exigencias de identificación y control de operaciones por sobre un determinado umbral económico. En esta fase las entidades e instituciones financieras extreman las precauciones. Las operaciones más usuales en esta etapa son: el *smurfing* o pitufeo (colocación de dinero por medio del ingreso en depósito en las entidades financieras en cantidades menores a las que requieran obligatoriamente la identificación de la persona y/o de la procedencia del depósito), la adquisición de títulos al portador, el contrabando de dinero en efectivo, la utilización de casinos o compra de premios de lotería, o establecimiento de negocios dónde se

¹⁷⁹ **Jorge Enrique Ibañez Najjar**, *Estudios de Derecho Constitucional Económico* (Bogotá: 2001), 384 y 385

genere gran circulante de efectivo (bares, discos, supermercados) y se pueda “falsear” la cantidad vendida, entre otras.

Algunos mecanismos utilizados en esta etapa son los siguientes:

- ✓ *Entidades financieras*: Las altas sumas de dinero obtenidas en actividades ilícitas son fraccionadas en menor cantidad.
- ✓ *Establecimientos financieros no tradicionales*: En este tipo de entidades se es fácil el transporte del dinero, la posesión anónima y el pago tradicional en efectivo.
- ✓ *Agencias de cambio, empresas dedicadas al canje de cheques, agentes de valores*, negocios de ventas de joyas, metales preciosos, antigüedades y objeto de artes son entidades en las cuales se pueden generar este tipo de operaciones.
- ✓ *Mezcla de fondos lícitos e ilícitos*: En este método se buscan aquellos negocios que dada su naturaleza el intercambio constante de efectivo es normal, con el objeto de evidenciar el depósito de cantidades significativas. Las estaciones de venta de combustibles, restaurantes, supermercados, etc., son entidades en las cuales se dan este tipo de operaciones.
- ✓ *Compra de bienes de alto valor*: Con este método se busca comprar bienes de un alto valor por el cual su pago se realiza en efectivo.
- ✓ *Contrabando de dinero en efectivo*: Su propósito es desplazar los fondos provenientes de actividades ilícitas en países o lugares donde no hay regulación, esta es débil o se carecen de los controles para la detección de su procedencia¹⁸⁰.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

3.5.2. Estratificación.

La estratificación también llamada esta etapa del lavado de dinero y activos como: *Ensombrecimiento, transformación, diversificación, estratificación, intercalación o conversión*. Dice Blanco Cordero que “Si tiene éxito la fase de colocación, los blanqueadores tratarán de hacer más difícil y complicada la detección de los bienes mediante la realización de múltiples transacciones que al igual que capas, se irán amontonando unas tras otras dificultando el descubrimiento del origen de aquéllos”¹⁸¹.

Esta fase consiste en la “..... sucesión de una serie de maniobras que en sí mismas, y sumadas todas ellas, son las que van a lograr que “se pierda el rastro” del origen del dinero, tanto en lo que afecta a su procedencia delictiva como a su verdadero titular.” En fin, se realizan una serie de procedimientos, para oscurecer lo más que se pueda el origen ilícito de los bienes, dinero o producto generado por el delito previo; por eso “Se considera que entre más operaciones se realicen, tanto más se dificulta la identificación, rastreo y control del origen de los bienes por parte de las autoridades”¹⁸².

Está orientada a ocultar o ensombrear el origen de los fondos: compra de bienes, títulos valores u otra clase de activos fácilmente liquidables, múltiples transferencias de fondos, con el objetivo de hacer dificultoso seguir el rastro del dinero. Se trata, por medio de estas operaciones, de desconectar y quebrar el nexo que vincula con la primera y más sospechosa operación, utilizada para ingresar el dinero en los cauces legales. Se lleva a cabo generalmente a través de transferencias electrónicas de fondos entre las diversas entidades. También suele optarse por las transferencias físicas

¹⁸¹ **Pedro Crespo Barquero** “Delito de Lavado de Dinero y Activos”, *Revista Justicia De Paz*, N° 11, Corte Suprema de Justicia, San Salvador (2002), 76.

¹⁸² **Jorge Enrique Ibañez Najar**, *Estudios de Derecho...*, *Op. Cit.*, 386.

de dinero, tanto hacia entidades legalmente constituidas como mediante la utilización de redes bancarias paralelas y clandestinas que facilitan el tránsito de efectivo, a modo de los antiguos corresponsales bancarios por medio de cartas de crédito -estas redes reciben los nombres de Hawala en los países árabes- la compra de bienes suntuosos, etcétera.

Los mecanismos para la realización de la Estratificación o intercalación son:

- ✓ Conversión del dinero en efectivo en otros instrumentos de pago. Los lavadores de dinero buscan que el transporte de los fondos ilícitos de un país a otros se realice de forma fácil y que el ingreso de los recursos en las entidades financieras sea rápido y sencillo.
- ✓ Reventa de los bienes adquiridos con dinero en efectivo. Lo que se pretende con este mecanismo es el vender los bienes adquiridos con dinero ilícito y convertir el dinero recibido en una operación normal.
- ✓ Transferencia electrónica de fondos. Por medio de este mecanismo se vuelve fácil, rápido y sencillo el envío de recursos, lo que en muchas ocasiones dificulta descubrir el origen ilícito de estos y el registro de los mismos¹⁸³.

3.5.3. Integración.

Esta última etapa del proceso de lavado de dinero también llamada: *Inversión*. Según Blanco Cordero esta fase, consiste en la introducción de los bienes criminalmente obtenidos en la economía legal sin levantar sospechas y otorgando una apariencia de legitimidad en cuanto a su origen. Asimismo, manifiesta Aránguez

¹⁸³ Ibidem, 387.

Sánchez que esta fase, supone la definitiva reintroducción de los fondos en el circuito legal, bajo la forma de una actividad normal¹⁸⁴.

La *Integración* se trata del último escalón en el proceso del lavado. Se busca con esta fase el perfecto asentamiento de los bienes y el logro de que, sin hesitación, las autoridades consideren que ellos fueron obtenidos por medios legítimos y que pertenecen de manera definitiva a la economía oficial. Al haber transcurrido sin inconvenientes las etapas anteriores y dejado constancia de ello, a través de registros contables y tributarios se les otorga apariencia legal, de modo de enervar cualquier tipo de persecución.

Los métodos comúnmente utilizados en esta etapa son los siguientes:

- ✓ Venta de inmuebles. Los inmuebles son considerados bienes de rápida liquidez, con valores difíciles de estimar y muy codiciados, es por ello que la venta de estos es uno de los mecanismos más usados para el lavado de activos, ya sea desde la compra de propiedades para residencia o la implementación negocios con una figura legal (propietarios) o negocios en los cuales se realizan transacciones con compañías ficticias.
- ✓ Empresas pantallas y realización de préstamos fingidos. Se le domina también “técnica del préstamo de regreso”. En este método el delincuente se realiza así mismo el préstamo con los fondos de la comisión de una actividad ilícita que ha generado por el establecimiento de una sociedad fantasma en un paraíso fiscal.
- ✓ Complicidad de banqueros extranjeros. El lavador puede adquirir créditos aparentemente legítimos, los cuales le permitan asegurarlos con productos ilícitos, esto es mediante la colaboración de empleados de bancos bien situados

¹⁸⁴ Carlos Aránguez Sánchez, C., *Óp. Cit.*, 41.

en los sistemas de préstamos simulados. Para las autoridades les es complicado el realizar una investigación contra aquellas instituciones del sistema financiero cómplices en actividades ilícitas, ya que por lo general se encuentran protegidas por las legislaciones bancarias y regulaciones de otro gobierno el cual en su mayoría son de un paraíso fiscal.

- ✓ Falsas facturaciones de comercio exterior. Este método consiste en falsificar facturas por negocios realizados en el extranjero, alteración de los precios de los bienes (aumento) amparados por documentos de exportación, los cuales contribuyan a demostrar la procedencia de los fondos recibidos del extranjero, es uno de los mecanismos generalmente utilizados para el lavado de activos¹⁸⁵.

3.6. Lavado de Dinero: Delito Pluriofensivo o Unifensivo.

Doctrinariamente existen una serie de clasificaciones de los tipos penales, en razón a diversos criterios, entre ellos, el número de bienes jurídicos que se ven directamente afectados por la conducta delictiva, así tenemos, que *delitos uniofensivos*, son aquellos en los que lesiona o pone en peligro directa o inmediatamente a un solo bien jurídico, sin perjuicio que mediatamente se lesione o ponga en peligro otros; y *delitos pluriofensivos*, son los que lesionan o ponen en peligro directa o inmediatamente varios bienes jurídicos; esta última tesis, está cobrando fuerza en materia de bien jurídico del lavado de dinero, en el sentido que: “*Ante la inexistencia de un único bien jurídico, claramente protegido por el delito de blanqueo, cada vez son más los autores que optan por la consideración del blanqueo como un delito pluriofensivo*”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Carlos Aránguez Sánchez, C., *Óp. Cit.*, 90.

Es necesario aclarar, que a esta altura de la investigación no se acepta, ni rechaza la misma, se toma una postura neutral, sin inclinarse a ninguna de estas dos posturas, porque para adoptar posición, es necesario, primero determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos que pone en peligro o lesiona el lavado de dinero, cuestión que no es consensual doctrinalmente, porque son diversas las posiciones expuestas sobre este particular, entre ellas: *La salud pública, el patrimonio, el mismo bien jurídico del delito precedente que origina los bienes a blanquear, la administración de justicia, el orden socioeconómico, la estabilidad, solidez y transparencia del sistema financiero, la libre competencia y el tráfico lícito de los bienes que circulan en el mercado*, entre otros; por lo que a continuación, se desarrollará cada una de ellas, a fin de establecer cuál es el correcto bien jurídico al valorar todas las posturas de forma integral.

3.6.1. El bien jurídico del delito previo como bien jurídico del lavado de dinero.

Si bien es cierto el lavado de dinero es un delito autónomo, no debemos hacer caso omiso, que esta conducta requiere como requisito *sine qua non* la realización previa de otro delito, que será el que origine los bienes o capitales que se pretenden incorporar a la economía legal. La razón de ser de esta postura se encuentra inevitablemente relacionada al hecho que el blanqueo tiene cierta similitud o afinidad con otras figuras delictivas, como el encubrimiento y la receptación, esta última adopta la “Teoría del mantenimiento”, que se construyó *“..... para explicar la autonomía de este delito en relación al encubrimiento, sobre la base de que la receptación mantiene o incrementa la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico que tutela el delito del que proceden los bienes”*¹⁸⁷. En otras palabras, si aplicamos dicha teoría a la figura del blanqueo implicaría aceptar, que este delito *“..... no hace sino mantener o incrementar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se vio ya afectado por el delito previo*

¹⁸⁷ Jorge Enrique Ibañez Najjar, *Estudios de Derecho...*, Op. Cit., 390.

del que proceden los bienes”. Lo que implicaría dogmáticamente dejar sin contenido el tipo de injusto del blanqueo, pues se estaría tomando como tal al del delito previo.

Esta investigación no comparte esta postura, porque la puesta en peligro o lesión del bien jurídico de cualquiera de los delitos previos enumerados en el Art. 6 de la LCLDA¹⁸⁸, se produce realmente con los actos de cada una de estas conductas de acuerdo a su estructura típica en particular, y no con los actos de depósito, retiro, conversión o transferencia de 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 o cualquier operación, transacción, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito y legalizar bienes y valores provenientes de delitos; ya que estos ni mantienen ni aumentan la situación de potencial puesta en peligro del bien jurídico del delito precedente

Es por ello, válido relacionar el Art. 6 LCLDA, en el que expresa lo siguiente: *Estarán sometidos a la presente Ley toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y de activos, y de manera especial en lo que fuere aplicable los siguientes delitos: a) Los previstos en el capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; b) Comercio de personas; c) Administración fraudulenta; d) Hurto y Robo de vehículos; e) Secuestro; f) Extorsión; g) Enriquecimiento ilícito; h) Negociaciones ilícitas; i) Peculado; j) Soborno; k) Comercio ilegal y depósito de armas; l) Evasión de impuestos; m) Contrabando de mercadería; n) Prevaricato; o) Estafa; y, p) Todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas.* De la disposición legal en comento, se infiere que carece de importancia la naturaleza del ilícito penal generador, pues el propio precepto en su

¹⁸⁸ **Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos** (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998), Art. 6.

literal p), nos indica con una cláusula abierta, que la procedencia del dinero o bien puede devenir de cualquier delito.

De hecho, lo que el artículo 6 de LCLDA, lo que hace es someter al ámbito de aplicación de esta ley, a toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y de activos, es decir, medios capaces de producir un rendimiento económico o convertirse ellos mismos en un rendimiento de tal índole.

De tal suerte, que argumentar, que las conductas de blanqueo de dinero obtenido de cualquiera de los delitos del ya mencionado Art. 6 LCLDA, lesiona nuevamente o mantiene la lesión de los bienes jurídicos tutelados por tales figuras, carece de lógica y de razón, porque como manifiesta Palma Herrera: *“El error de los autores que han tratado de identificar bien jurídico protegido en el delito de blanqueo y bien jurídico del delito previo creo que ha estado en considerar, equivocadamente, que el hecho de que el blanqueo estimule la comisión de nuevos delitos implica ya, cuanto menos, una puesta en peligro de ese bien jurídico que se verá lesionado en el futuro”*¹⁸⁹.

En ese mismo sentido, expone el mismo autor a título de ejemplo que *“....., sostener que los actos de blanqueo del dinero recibido como precio por un asesinato lesionan nuevamente o mantienen la lesión del bien jurídico vulnerado por el delito previo, la vida, no parece lo más razonable, por mucho que el blanqueo de capitales pueda estimular la nueva comisión de un delito de asesinato”*¹⁹⁰. Es por ello, que lo mismo puede decirse del dinero procedente de cualquiera de los delitos mencionados en el Art. 6 de la LCLDA y el bien jurídico que tutelan, por ejemplo: Que el lavado de dinero obtenido de un delito tipificado en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LRARD), lesione o mantenga la lesión del bien jurídico salud

¹⁸⁹ **José Manuel Palma Herrera**, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales* (Madrid, EDERSA, 2000), 239.

¹⁹⁰ *Ibidem*, 245.

pública; así mismo de los secuestros y la libertad ambulatoria, del hurto y robo de vehículos y el patrimonio, de las negociaciones ilícitas y la administración pública; entre otros.

Así mismo, desde el punto de vista político criminal se refuta esta postura, ya que no se estaría tipificando el lavado de dinero como delito, porque tutele algún interés necesitado y susceptible de protección penal, sino más bien como sostiene Blanco Cordero “..., se estaría penalizando el blanqueo de capitales como medio para reforzar la protección de un bien jurídico previamente vulnerado por el delito del que proceden los bienes”¹⁹¹.

Por lo tanto, se concluye en este apartado, que no hay identidad entre el bien jurídico protegido por el delito previo y el que se pretende tutelar a través de la figura del lavado de dinero y activos.

3.6.2. La Administración de justicia como bien jurídico del delito de lavado de dinero y activos.

En este apartado expresar que como se dijo anteriormente, que el blanqueo de dinero es una figura que tiene afinidad con otros delitos, como la receptación y el encubrimiento; por lo tanto, quienes sostienen esta postura, lo hacen en base a la naturaleza encubridora que constituye el blanqueo de dinero, pues este encubre un delito previo del que surge el capital a lavar, aparejando como consecuencia lógica, el impedir que las autoridades puedan descubrir y sancionar ese delito previo. No debemos de perder de vista, que la razón de ser de las conductas de blanqueo, es dar una apariencia legítima a las ganancias provenientes de hechos delictivos, para lo que obviamente, el blanqueador realizará una serie de operaciones dirigidas a ocultar el

¹⁹¹ **Isidoro Blanco Cordero**, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 199.

rastro ilícito del origen de los bienes, que, en caso, que el mismo no haya sido descubierto complicará extraordinariamente su conocimiento por parte de las autoridades encargadas de la persecución penal. De ahí que se sostenga que el lavado de dinero atenta contra la administración de justicia¹⁹².

En primer lugar, se advierte que al considerarse a la administración de justicia en su concepción tradicional (el deber de no obstaculizar el funcionamiento de la administración de justicia haciendo posible el descubrimiento de los delitos, la persecución y condena del delincuente) como bien jurídico del delito en comento, se estaría parcelando el fenómeno del lavado de dinero únicamente a sus fases iniciales como lo son la *incorporación y la ocultación* (colocación y estratificación), dejando fuera la fase de integración, que es donde radica la esencia de este delito, pues la razón de ser de este delito, no radica en la simple ocultación o encubrimiento de los bienes de origen delictivo, sino en la incorporación de los mismos a la economía lícita.

En segundo lugar, desde un punto de vista político criminal, se considera, que al tomar a la administración de justicia en su concepción tradicional como bien jurídico del delito de lavado, se está dando a entender, que el combate estaría orientado al descubrimiento de la comisión del delito que origina los bienes, labor que ya tiene su fundamento cuando se tipifica el encubrimiento como delito contra la Administración de Justicia.

3.6.3. El orden socio económico como bien jurídico del delito del lavado de dinero.

Es mayoritaria la opinión doctrinaria de quienes sostienen, que el blanqueo de capitales es un delito de naturaleza económica, y por ende el bien jurídico que tutela, también es de naturaleza económica. Postura, que en principio se cree que es un poco

¹⁹² *Ibidem*, 200.

más acertada, porque tiene la cualidad o virtud de concebir al lavado de dinero como un proceso, en el sentido que “..... con la puesta en conexión con la fase final del blanqueo (la integración del dinero o bienes de origen delictivo en la economía legal) se incluyen todos los estadios intermedios.....”¹⁹³ (fase de ocultación) e iniciales del fenómeno (fase de incorporación), y no parcela o fragmenta el mismo a determinados aspectos o fases de este, como lo hacen los defensores de la postura del lavado de dinero, como un delito contra la administración de justicia

Previo a determinar, si el *Orden Socioeconómico* es el bien jurídico protegido por el blanqueo; es necesario definir en que consiste el mismo, aclarando que existe una concepción en sentido estricto y otra en sentido amplio. Palma Herrera sostiene que en el primer sentido, por orden económico habría que entender la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. En términos amplios, por el contrario, el orden económico significa la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, es decir, lo que hay que entender como actividad económica dentro de la economía de mercado¹⁹⁴.

En ese sentido el autor también manifiesta, que “en todo caso, se opte por la acepción que se opte, la cuestión debe ser inscrita en el marco de los presupuestos constitucionales.....”¹⁹⁵, que en el caso de la realidad jurídica salvadoreña se refiere al programa económico de la Constitución de la República, que está contemplado en su parte dogmática, concretamente en el Título V de la misma bajo el epígrafe ORDEN ECONÓMICO. En ese orden de ideas, para definir el sistema económico de nuestro país, es necesario citar los artículos 101 y 102 de la Constitución de la República, que rezan así: “Art. 101.- El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia

¹⁹³ **Isidoro Blanco Cordero**, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 216.

¹⁹⁴ **José Manuel Palma Herrera**, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, Óp. Cit., 250.

¹⁹⁵ *Ibidem*, 251.

digna del ser humano. El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores. Art. 102.- Se garantiza la libertad económica¹⁹⁶, en lo que no se oponga al interés social¹⁹⁷

De las disposiciones supra citadas, se denota, que nuestro modelo económico se define como un *modelo de competencia económica imperfecta*¹⁹⁸, coexistente con una práctica estatal intervencionista, contenido esencial de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, dentro del cual se desarrolla la libertad de empresa, que comprende como aspectos referidos a la libertad de acceso al mercado como la formación de los precios, en razón de la libre competencia; caracterizado por supuesto por la intervención del Estado. Si bien es cierto, las conductas de blanqueo atentan contra el *Orden Socioeconómico*, este no es apto para ser considerado como el bien jurídico inmediatamente tutelado por esa figura, porque presenta el inconveniente de ser un término excesivamente vago, complejo y ambiguo, incapaz de llenar el propio

¹⁹⁶ La jurisprudencia constitucional ha establecido: “*La libertad económica no es sino una manifestación más del derecho general de libertad, entendido -según se dijo en la sentencia del 14-XII-95, Inc. 17-95- como "la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos -que constituye lo que se conoce como 'libertad negativa'-; [sin embargo], en el ordenamiento constitucional salvadoreño el derecho general de libertad también comprende la situación en la que una persona tiene la real posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, es decir, la facultad de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado -denominada clásicamente 'libertad positiva', 'autodeterminación' o 'autonomía'-.* La primera refiere una cualificación de la acción, la segunda una cualificación de la voluntad”. Vid. **Sala de lo Constitucional, Sentencia en Proceso de Inconstitucionalidad**, referencia 2-92 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1999).

¹⁹⁷ **Constitución de la República de El Salvador** (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983).

¹⁹⁸ En lo que a competencia imperfecta se refiere, en términos simples se dice que se da, cuando una empresa o un conjunto de empresas, puede influir significativamente en el precio de mercado de su producto. Dentro de las causas que lo generan se encuentran las economías de escala que permiten que la producción se realice con menos vendedores, por otro lado, se puede dar cuando existen barreras que dificultan que nuevos competidores entren al mercado, ya sea por leyes o porque sea excesivamente caro para un competidor entrar en el mercado. *Crf.* <https://economipedia.com/definiciones/competencia-imperfecta.html>, accesado el 20 de mayo de 2021.

concepto de bien jurídico, ya que el orden económico en su conjunto es una categoría muy imprecisa, pudiendo ser un concepto jurídico indeterminado, porque al ser este un sistema, está conformado por varios aspectos y elementos que en su conjunto lo integran.

Por lo tanto, el orden socio económico, no es un concepto apto para ser considerado como bien jurídico ni del lavado de dinero, ni de otro delito económico, sino más bien, es apto “..... *para describir un objeto político-criminal, que sirve para agrupar sistemáticamente a determinados delitos que lesionan o ponen en peligro, la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*”¹⁹⁹. En otras palabras, sería una categoría sistemática en la ubicación de los tipos penales. Después de todo lo antes dicho, no nos queda más que decir, que es preciso definir en estos momentos, “..... qué intereses concretos de los que integran ese concepto superior de orden socioeconómico se verían afectados y podrían, en consecuencia, considerarse bien jurídico protegido en dicho delito...”²⁰⁰. De todos los elementos que configuran el orden socioeconómico, haremos énfasis a los que, según la doctrina, resultan principalmente vulnerados por el delito de blanqueo, concretamente nos referimos a: la libre competencia, a la estabilidad y solidez de las instituciones financieras, y la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal, por ello, es válido decir que el orden socioeconómico no es el bien jurídico tutelado por el delito de lavado de dinero y activos.

¹⁹⁹ **José Manuel Palma Herrera**, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, Óp. Cit., 253.

²⁰⁰ *Ibidem*, 254.

3.6.4. Libre competencia como bien jurídico del delito lavado de dinero.

El principio de libre competencia, es uno de los ejes rectores que informan y orientan las economías de mercado a nivel mundial, dentro de ellas la salvadoreña (Arts. 101, 102, 110, 112, 117, 118 y 246 Cn), el cual se ve vulnerado con conductas de lavado de capitales, en el sentido, que estas ponen “..... *en peligro la libre competencia sobre la que se basa el sistema de economía de libre mercado, y con ello el orden económico*”²⁰¹. Es importante establecer el significado del término competencia, para entender si este es o no el bien jurídico inmediatamente vulnerado por el blanqueo, y para tal efecto transcribimos literalmente la definición expuesta por la Superintendencia de Competencia de El Salvador, dicha institución define la competencia como: “*Situación del mercado en que los agentes económicos luchan, de forma independiente, por una clientela de compradores para alcanzar un objetivo empresarial concreto, por ejemplo la venta de utilidades, ventas o una mayor participación de mercado. La rivalidad entre agentes económicos puede referirse a los precios, a la calidad, al servicio o a una combinación de éstos y otros factores que puedan valorar los consumidores. Da origen al bienestar para el consumidor y mayor eficiencia*”²⁰²”

De ahí, que las organizaciones criminales o mejor dicho empresas del crimen, al obtener dinero, bienes o capitales de la comisión de hechos delictivos, pretendan introducirse a la economía lícita, pero no en respeto de las reglas del libre mercado, sino por el contrario irrespetando las mismas. Pero, ¿Por qué decimos que irrespetando las reglas del libre mercado? La respuesta es simple, porque las organizaciones criminales valiéndose de medios y artificios ilícitos, actúan en el mercado con

²⁰¹ **Isidoro Blanco Cordero**, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Óp. Cit., 221.

²⁰² **Superintendencia de Competencia de El Salvador**, *Glosario de Términos*, Imprenta Nacional, San Salvador, 2009.

superioridad económica en relación a los otros competidores; pero difícil de explicar, en el sentido, que esa superioridad obtenida de forma ilícita se origina por varios factores, del que vale destacar, el más relevante, que sirve de base para el resto de factores o causas, consistente en la fácil disponibilidad de recursos financieros, en el sentido que estas organizaciones o empresas del crimen financian sus actividades en el mercado, valiéndose de medios de financiamiento anormales y distintos a las reglas del libre mercado, es decir respaldan su actividad económico empresarial con capitales provenientes de hechos delictivos; contrario a las empresas legales, que desarrollan su actividad económica conforme a los lineamientos del libre mercado; situación que provoca un desequilibrio en el sistema económico.

Por lo anterior, se puede decir que provoca desequilibrio, porque obviamente las empresas legales y las criminales no cuentan con los mismos mecanismos de financiación para realizar sus actividades económicas, ya que en el caso de la empresa criminal *“El dinero necesario para llevar a cabo los proyectos de inversión que considere necesarios, como modernización de procesos productivos, maquinaria, ampliaciones,..... no provienen de la acumulación de los beneficios empresariales o de créditos solicitados a entidades financieras.....”*²⁰³, como ocurre en el normal desarrollo de las actividades económicas, sino al contrario proviene de hechos delictivos.

Después de haber expuesto la anterior teoría, no nos queda duda alguna, que el principio de libre competencia que informa el orden económico, se ve afectado por las conductas de blanqueo, pero de forma mediata, no directa; razón por la que no consideramos que este sea el bien jurídico tutelado en el lavado de dinero. A

²⁰³ **Isidoro Blanco Cordero**, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Óp. Cit., 221

continuación, exponemos los argumentos, que refutan la tesis de la libre competencia como bien jurídico de esta figura.

El error de los seguidores de esta teoría, es que responde a una visión arquetípica del blanqueo de capitales, dividido en distintas fases que culminan siempre con la inversión de los bienes en actividades y negocios lícitos²⁰⁴, Es decir, que conciben al fenómeno del lavado de dinero únicamente desde el punto de vista económico, ya que se limitan a orientar a toda la actividad del blanqueo a través de empresas e inversiones, cuando la experiencia nos indica, que no es únicamente a través de la utilización de empresas que se blanquea dinero, pues recordemos que al exponer las características de éste fenómeno, se dijo que esta presenta una variedad o variación y complejidad en las técnicas y métodos empleados para blanquear dinero (profesionalismo del lavado), así mismo la experiencia nos dice, que no siempre el capital blanqueado es invertido o utilizado en actividades de naturaleza económica-empresarial, sino también en el financiamiento de otras y nuevas actividades delictivas.

Por lo tanto, si tomamos en cuenta que son muchas las formas existentes para lavar dinero, distintas a la utilización de empresas, concluimos que no es la libre competencia el bien jurídico protegido por ese delito, ya que esta no resulta afectada en todos los casos, porque, “..... hay ocasiones en las que el blanqueo se produce por otros cauces y con otros propósitos.....”²⁰⁵, tales como satisfacer gastos de colegio, gastos de enfermedades, compra de alimentos., entre otros, destinos en los que la lesión o puesta en peligro de la libre competencia aparece en entredicho, por lo que decir que la libre competencia es el bien jurídico del delito de lavado de dinero y activos, se vería limitado el mismo.

²⁰⁴ *Ibidem*, 221.

²⁰⁵ **José Manuel Palma Herrera**, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, *Óp. Cit.*, 253.

3.6.5. La estabilidad y solidez del sistema financiero como bien jurídico del lavado de dinero y activos.

Otro de los principios o ejes rectores para la buena marcha de la economía de mercado, es el mantener un sistema financiero sólido y estable; en otras palabras, un *sistema financiero sano*. Sanidad que se pone en tela de juicio, cuando las organizaciones criminales y blanqueadores hacen uso de las entidades de crédito e instituciones financieras para la liquidación de los negocios ilegales, pues obviamente este tipo de prácticas, en el que se utiliza el sistema financiero para canalizar las ganancias delictivas, produce cierta desconfianza del público en su modo de funcionamiento.

Asimismo, en varias ocasiones los lavadores, al blanquear las ganancias delictivas hacen uso de instituciones jurídicas bancarias en específico y financieras en general, y de los procedimientos creados por estas para solventar las exigencias del mercado; “..... con lo que se pervierte la estabilidad e integridad del sistema económico, amén de mellarse la credibilidad en los agentes financieros.....”²⁰⁶, es decir, la confianza que la población en general, y los usuarios de las instituciones financieras en concreto tienen hacia las mismas. Incluso, la LCLDA de El Salvador, no hace caso omiso a esta situación, ya que en su considerando IV sostiene: “*Que para lograr sus objetivos los delincuentes utilizan diversas entidades, especialmente las instituciones financieras para el lavado de dinero proveniente de actividades delictivas, lo cual puede poner en peligro la solidez y la estabilidad de dichas*

²⁰⁶ *Ibidem*, 266.

instituciones, así como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando o pudiendo ocasionar la pérdida de confianza del público”²⁰⁷.

Ahora bien, pese a todas las anteriores consideraciones, no creemos que ese sea el bien jurídico tutelado por el delito de lavado de dinero, por las siguientes razones: En primer lugar, porque consideramos que el error de esta teoría, radica en concebir únicamente al fenómeno desde el punto de vista económico financiero, ya que orientan su actividad únicamente a través de inversiones u operaciones en instituciones bancarias y financieras, cuando la experiencia nos indica, que no es únicamente a través de instituciones financieras que se lava el producto de actividades delictivas, porque el blanqueo se caracteriza por ser una actividad que implica la utilización de una variedad, variación y complejidad de las técnicas y métodos empleados para lograr el fin último de dar apariencia de legitimidad a las ganancias delictivas.

En segundo lugar, si bien es cierto, que uno de los considerandos, fines o razones de ser de la promulgación de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos en El Salvador es la protección de la estabilidad y solidez del sistema financiero, ello no significa que ese sea el bien jurídico tutelado; sino más bien una de las finalidades o motivos que impulso al legislador a incriminar dicha conducta, es decir la *ratio legis*, término que frecuentemente se confunde con el bien jurídico, pero que no significan lo mismo²⁰⁸.

3.6.6. El tráfico lícito de bienes como bien jurídico del delito de lavado de dinero y activos.

El Tráfico lícito de bienes en término sencillos, consiste en la licitud del dinero, bienes y capitales que circulan en los distintos canales de la economía legal, es decir

²⁰⁷ **Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos** (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998).

²⁰⁸ **José Manuel Palma Herrera**, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, Óp. Cit., 263.

que no provengan de fuentes ilícitas en general y delictivas en específico. Dicho tráfico lícito es otro de los presupuestos o exigencias necesarias para preservar el orden socioeconómico proclamado por la Constitución de la República, es la licitud de los bienes que circulan en el mercado. Razón por la que dicha circulación: “..... *debe ser protegida contra la contaminación que supone el hecho de la incorporación de los bienes de procedencia delictiva, aspecto éste que es el fundamento del blanqueo de bienes*”²⁰⁹. Y decimos esto, porque la esencia de la conducta de blanqueo consiste en la incorporación de las ganancias originadas de hechos delictivos al tráfico lícito, es decir que los capitales ilícitos se mezclan con los lícitos.

Además, como sostiene Palma Herrera, en el proceso de determinación del bien jurídico, debemos tener presente el propio significado del delito de lavado de dinero: es ésta un tipo penal que pretende evitar que accedan a los canales ordinarios de la economía legal capitales obtenidos de manera delictiva con el fin de que no llegue a contaminarse esa economía y se produzcan efectos indeseables para la libre competencia, el sistema financiero²¹⁰, por supuesto mediatamente. De ahí, que lo que se pretende, sea mantener la pureza e indemnidad del tráfico de bienes, impidiendo que los capitales de origen delictivo ingresen y circulen junto a los de origen lícito, pues sólo garantizando la circulación de capitales que traen su razón de ser en fuentes legales, puede mantenerse el modelo de sistema económico impuesto por la propia constitución²¹¹.

²⁰⁹ **Abel Souto**, *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español* (Madrid, Santiago de Compostela, 2001), 55.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ La Convención de las Naciones Unidas sobre Corrupción, más conocida como Convención de Mérida, firmada el nueve de diciembre de dos mil tres, que al igual que el resto de normativa internacional-regional citada, establece la necesidad de adoptar medidas preventivas de orden administrativo y judicial para supervisar la ejecución de operaciones comerciales, sugiriendo entre otras recomendaciones, la necesidad de que cada Estado adopte los instrumentos legales pertinentes para tipificar y penalizar las actividades derivadas del blanqueo de activos y capitales, en especial relación de aquellas actividades derivadas del narcotráfico, y se establece la necesidad de sancionar expresamente

Ahora bien, como sostiene para poder hablar de bien jurídico no basta con la existencia de un bien, como es el tráfico lícito de bienes, dotado de suficiente concreción²¹². Sino que es importante que dicho bien o valor “..... sea estimado positivamente por el legislador penal en un proceso caracterizado por las tres fases o momentos señalados ya en su día por Mayer: es necesario que sea digno, susceptible y necesitado de protección.

Fases o etapas, que a juicio de la presente investigación se cumplen en el tráfico lícito de bienes como bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales, por las siguientes razones:

En primer lugar, decimos, que el tráfico lícito es un bien digno de protección jurídico penal, en el sentido que tiene importancia y repercusión para el orden social, ya que al ser el lavado de dinero una conducta por medio de la que se introduce al tráfico lícito de bienes, capitales de origen delictivo, provoca graves y desastrosos efectos en la sociedad.

Por otro lado, como segunda consideración, mencionar, que el tráfico lícito es un bien susceptible de protección, porque es un bien capaz de ser atacado y vulnerado, es decir, que puede ponerse en peligro y afectarse, pues, si lo que pretende protegerse es la licitud de los capitales que circulan en el mercado, con el simple hecho de introducir capitales ilícitos al mismo, ya se habrá lesionado el bien jurídico en comento.

Así también, en tercer lugar se puede manifestar que el tráfico lícito es un bien necesitado de protección, puesto que en aplicación del principio de subsidiariedad que

al delito de lavado de dinero y activos como delito autónomo e independiente del delito que lo antecede, separándolo a su vez del encubrimiento. *Cf. Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción* (Mérida, Organización de las Naciones Unidas-ONU, 2003).

²¹² **José Manuel Palma Herrera**, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, Óp. Cit., 253.

informa a nuestro Derecho penal democrático, no hay otra rama del ordenamiento jurídico menos lesiva que el penal, que sea capaz de ofrecer la protección de este último, porque la normativa administrativa y bancaria-financiera en materia de prevención del blanqueo, es insuficiente para proteger el tráfico lícito de los capitales, razón por la que, es necesario que sea tutelado penalmente.

Por lo tanto, al ser el tráfico lícito de bienes un bien digno de tutela jurídico penal, susceptible de ataque y necesitado de protección, por las razones antes expuestas, así como por el hecho que tal bien “..... *se ve afectado por todas las conductas de blanqueo que la descripción típica es capaz de abarcar*”²¹³, es a nuestro criterio el bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo de capitales. Basamos nuestra posición fundamentalmente en el último aspecto, ya que las tesis que postulan como bienes jurídicos tutelados por el delito de blanqueo, a la administración de justicia, libre competencia y solidez y estabilidad del sistema financiero, tienen como principal defecto el quedarse cortas y limitadas en cuanto al análisis del fenómeno, ya que solo cubren una u otra etapa del lavado de dinero y activos, porque se circunscriben a determinados aspectos del mismo, en el sentido que la primera de estas se limita únicamente a las fases iniciales del lavado (colocación y ensombrecimiento), mientras que las dos últimas conciben al blanqueo desde un punto de vista económico y financiero respectivamente y limitan las técnicas y métodos de blanqueo a la utilización de empresas e instituciones bancarias; lo que no es cierto por las razones expuestas en su momento.

Caso contrario, ocurre si elegimos como bien jurídico al *tráfico lícito de capitales*, pues como se mencionó anteriormente, el mismo puede verse afectado por cualquiera de las conductas que la descripción típica abarque, es decir que incluye todas las técnicas y métodos para lavar dinero, incluso la utilización de empresas e

²¹³ *Ibíd.*

instituciones financieras. O sino véase la redacción del tipo básico del art. 4 de la LCLDA: *“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, 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”*²¹⁴.

De la simple lectura de la disposición supra relacionada, denotamos que la realización los verbos descritos por las modalidades típicas de los incs. 1ero y 2do del Art. 4 LCLDA, afectan de forma directa e inmediata al tráfico lícito de los capitales, porque las mismas de por si implican la incorporación de capitales ilícitos en el tráfico lícito de bienes. De ahí, que la descripción típica del tipo básico del art. 4 de la ley especial, sea otro argumento a favor para considerar, que el bien jurídico tutelado por esa figura, es el tráfico lícito de los bienes en el mercado.

3.7. Lavado de dinero y activos: ¿Un delito pluriofensivo o unifensivo?

Sin ánimo de abordar este particular exhaustivamente, y retomando lo dicho al iniciar el abordaje del bien jurídico en el delito de lavado de dinero, decimos que *“Mayoritariamente se acepta que un delito es pluriofensivo cuando tutela inmediatamente más de un bien jurídico”*²¹⁵ Es decir, que para considerar a un delito como pluriofensivo, no basta con que ponga en peligro o lesione varios jurídicos, sino

²¹⁴ **Ley contra el Lavado de Dinero y Activos**, *Op. Cit.*, Art. 4.

²¹⁵ **Juana del Carpio Delgado**, *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997),

que dicho peligro y lesión deben ser inmediatos, más no mediatos ni distantes. Ahora bien, no podemos negar, que con la realización de las conductas de blanqueo se ponen en peligro o lesionan otros bienes jurídicos, como la administración de justicia, la libre competencia, la solidez y estabilidad del sistema financiero, y por ende, también son tutelados indirectamente por el tipo penal de lavado de dinero y activos; pero esa lesión o puesta en peligro y su respectiva protección no es inmediata, sino más bien mediata, porque el bien que se lesiona o pone en peligro, se tutela directa o inmediatamente es el *tráfico lícito de los capitales* que circulan en el mercado; por lo tanto, se puede decir que el lavado de dinero es un delito unifensivo, ya que protege un solo bien jurídico por lo que la presente investigación se adhiere a esa postura, ya que el expresar que el delito de lavado de dinero y activos tutela muchos bienes jurídicos, pudiere afectar la legalidad penal, lo que perdería la esencia de lo que protege este ilícito, ya que haría más compleja su comprobación en las sedes judiciales por parte del Ministerio Público Fiscal o la parte querellante, por lo que a fin de ser práctica y concreta este informe final es del criterio que se está en presencia de un delito unifensivo,

3.8. Objeto material. Bienes de origen delictivo.

La vertiente objetiva de la estructura de todo tipo penal está integrada por una serie de elementos, dentro de los cuales se encuentra objeto ideal, que está constituido por el bien jurídico protegido por la norma jurídico-penal, que no es lo mismo que el objeto material, es decir la persona o cosa sobre la que se dirige y recae la conducta delictiva. Llevando estas consideraciones al ámbito del delito de lavado de dinero y activos, decimos que el objeto ideal lo constituye el bien jurídico tráfico lícito de bienes, mientras que el objeto material²¹⁶ estará integrado por los *fondos, bienes, o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas*.

²¹⁶ José Manuel Palma Herrera, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, Óp. Cit., 254.

3.8.1. Definición de bienes.

Al revisar la LCLDA, denotamos que la misma no ofrece una definición de lo que ha de entenderse por el término “*bienes*” para efecto de dicha legislación; sino que únicamente se limita decir en la descripción de sus tipos penales el objeto material sobre el que ha de recaer la conductas, y en el caso concreto del tipo básico del art. 4 reza²¹⁷: “ *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, 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*” (negrita me pertenecen).

Desde el punto de vista del derecho civil, se entiende por bienes conforme al art. 560 del Código Civil “*todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se dividen en muebles e inmuebles*”²¹⁸. Dicha definición no es vinculante al ámbito del derecho penal en general, y se queda corta si se quiere aplicar al ámbito del objeto material del delito de lavado de dinero y activos, pues la experiencia y la fenomenología del lavado de dinero nos indican, que no solo bienes muebles e inmuebles se obtienen de la comisión de los delitos previos y consecuentemente se blanquean, sino que también se obtienen y blanquean bienes corporales e incorporales,

²¹⁷ Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, *Óp. Cit.*, Art. 4.

²¹⁸ Código Civil de El Salvador (Órgano Ejecutivo, Gaceta Oficial, 1859), Art. 560.

tangibles e intangibles, así como los documentos e instrumentos legales que acrediten derechos sobre tales activos.

Es por ello, que, al consultar los diversos documentos internacionales en materia de blanqueo de bienes, así como a la doctrina más actualizada sobre el mismo se infiere que se propugna por una definición amplia del término bienes, que sea capaz de abarcar, no únicamente a los bienes, cosas, fondos, u otros activos y derechos sobre los mismos, obtenidos directamente de la comisión de un delito, sino también a la variada gama de cosas y derechos que a través de sucesivas conversiones conforman el complejo proceso de blanqueo²¹⁹. Es decir una definición de bienes que incluya tanto a los bienes directamente provenientes del delito previo, como a los que procedan indirectamente del mismo.

Así en ese orden de ideas, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en adelante Convención de Viena, en el literal q) de su art. 1 define *bienes* como: “..... *los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*”²²⁰. Asimismo, la Convención de Viena diferencia los términos “*producto*” y “*bienes*”, al definirlos separadamente. Así, en la definición de bienes se hace hincapié en que están incluidos bienes de todo tipo, mientras que en la definición de producto se hace referencia al origen de estos bienes.

En similar sentido define el término “bienes” el literal d) del art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

²¹⁹ C. Aranguéz Sánchez, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Óp. Cit., 181.

²²⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, Organización de las Naciones Unidas-ONU, 1988), Art. 1

Transnacional²²¹, mejor conocida como “*Convención de Palermo*”, con la única diferencia que el término “*raíces*” es sustituido por “*inmuebles*”. En iguales términos que los dos anteriores instrumentos internacionales, define “*bienes*” el literal d) del Art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, mejor conocida como “*Convención de Mérida*”²²², la Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Mérida) se explica que la expresión “*activos de cualquier tipo*” contenido en la definición de bienes, comprende los fondos y los derechos sobre activos²²³.

También en idéntica forma que los anteriores instrumentos internacionales, define el término “*bienes*” el inc. 3ero del art. 1 del Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)²²⁴. De forma más amplia y exhaustiva, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, mejor conocida como “*Convenio de Nueva York*” en el numeral 1 de su Art. 1 reza que: “*Por fondos se entenderá los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva,*

²²¹ **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional** (Palermo, Organización de las Naciones Unidas-ONU, 2000).

²²² **Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción**, *Óp. Cit.*, Art. 2.

²²³ **Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de Mérida** (Mérida, Organización de las Naciones Unidas, 2012), párr. 28.c).

²²⁴ **Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas** (Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1997), Art. 1.

créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito”.

3.8.2. Características que deben reunir los bienes que constituyan el objeto material del delito de lavado de dinero y activos.

3.8.2.1. Amplitud.

Esta característica significa, que la definición de “*bienes*” debe ser lo suficientemente extensa y desarrollada, para abarcar la mayor parte de las formas que los bienes de origen delictivo pueden adoptar²²⁵. Es decir que englobe cualquier modalidad que puedan presentar los activos (beneficios, ganancias, productos, entre otros) de origen delictivo. Pues hemos de recordar, que una de las características que cualifica al fenómeno del lavado, es la variedad, variación y complejidad de las técnicas y métodos empleados para blanquear dinero, los cuales recaen sobre diversos bienes, directa o indirectamente derivados del delito, que pueden revestir gran cantidad de formas. Además, suelen servir como meros instrumentos para la consecución de los bienes que finalmente se integran en el patrimonio de los delincuentes o de sus organizaciones, con apariencia de legitimidad.

3.8.2.2. Que sea evaluable económicamente.

Para efectos penales según Huerta Tolcido, el patrimonio está constituido por aquellos bienes patrimoniales que tienen un valor económico y que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica quedando, por tanto, excluidos del concepto de patrimonio los objetos que sólo tienen un valor afectivo o sentimental. En base a esa consideración, esta característica significa, que los bienes que integren el objeto

²²⁵ **José Manuel Palma Herrera**, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, Óp. Cit., 305.

material del delito de blanqueo deben tener valor económico y en consecuencia, ser incorporables al patrimonio. Así mismo, el valor económico de los bienes está asociado al resultado de una función económica concreta: la del tráfico sobre los bienes²²⁶.

3.8.2.3. Que pueda ser objeto de derecho.

Esta característica en palabras sencillas nos indica, que los bienes que integren el objeto material del delito de lavado deben ser susceptibles de ser incorporados a un derecho transmisible.

3.8.2.4. Que se susceptible de tráfico mercantil lícito.

Este rasgo quiere decir, que para que un bien integre el objeto material del delito de blanqueo debe ser apto para circular en el mercado y economía legal, pues dicha característica es inherente a la idea de circulación de bien por la economía legal que subyace en la *ratio legis* del precepto del Art. 4 LCLDA, el cual alude expresamente al que depositaré, retirare, convirtiere o transfiriere fondos, bienes o derechos; así como en la misma finalidad perseguida por el blanqueador²²⁷. Esto último, porque como anteriormente se mencionado, para los blanqueadores es básico el que los capitales de origen ilícito circulen lo más que se pueda por los cauces económicos, en el sentido que de esa forma es más probable que esos capitales pierdan toda relación o vínculo con la mancha de ilicitud que los tiñe.

²²⁶ **Juana del Carpio Delgado**, *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, Op. Cit., 95.

²²⁷ **C. Aranguez Sánchez**, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., 182.

3.8.2.5. Necesaria conexión con un delito previo.

Un rasgo *sine qua non* que ha de presentar el *objeto material* del delito de lavado de dinero, es que el mismo debe tener su origen, causa o génesis en un delito previamente cometido, esto a pesar que otra parte de la doctrina establece como característica del lavado de dinero y activos, la autonomía de este delito, conforme la legislación salvadoreña está característica contempla la necesaria conexión con un delito previo, por lo que la autonomía va más referida al bien jurídico tutelado por el mismo, pero que en cuanto a su objeto material siempre estará en conexión con el delito previo. En similar sentido Blanco Cordero sostiene que “*Ha de existir, como requisito imprescindible, un nexo entre el objeto del lavado y un delito previo*”²²⁸. Porque de lo contrario, si no está presente ese nexo o unión o si se rompe por alguna circunstancia, no existe objeto idóneo para el delito de blanqueo de capitales.

Y esas dudas surgen por lo polivalente que puede resultar el término bien en el delito, ya que como sostiene Palma Herrera “Un bien puede desempeñar en cualquier delito hasta cuatro funciones distintas: Puede ser su objeto material, el instrumento utilizado en su comisión, efecto del mismo y su ganancia, sin perjuicio de que, en un caso concreto, un mismo bien pueda desempeñar más de una función”²²⁹. Pero el hecho que, en cualquiera de esas cuatro situaciones, el bien se encuentra vinculado con el delito, no significa que en todas ellas el bien “*tenga su origen*” en el delito o “*proceda*” de él; no, al menos, en el sentido que parece exigirle el blanqueo de capitales.

Para evitar dudas sobre las cuatro funciones de un bien supra citadas en el párrafo anterior, respecto a las cuatro funciones que desempeña un bien en los delitos, es necesario hacer algunas aclaraciones conceptuales sobre las mismas, es decir, los términos efectos, ganancias, objeto material e instrumentos del delito, y posteriormente

²²⁸ **Isidoro Blanco Cordero**, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, *Óp. Cit.*, 240.

²²⁹ **José Manuel Palma Herrera**, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, *Óp. Cit.*, 310.

a dichas aclaraciones, diremos en cuales de esas acepciones el bien tiene su origen o proviene de un delito, y en cuales no lo tiene.

En cuanto al término efectos del delito conocido en doctrina como *producta sceleris*, está constituido por los objetos que son el resultado o producto directo de la comisión del delito; como por ejemplo: la moneda falsificada en el delito de Falsificación, Tenencia o Alteración de Moneda, previsto y sancionado en el art. 279 del Código Penal²³⁰, la droga producida o fabricada en el delito de Fabricación o Transformación, previsto y sancionado en art. 32 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas²³¹. En lo que respecta al término ganancias del delito conocido doctrinariamente como *fructus sceleris*, consisten en “..... cualquier tipo de ventaja evaluable económicamente y que aparezca enmarcada en una relación de causa efecto con ese delito”²³².

En razón de lo anterior, se puede mencionar como, por ejemplo: la casa adquirida por el narcotraficante con el dinero obtenido por la venta de droga. En lo pertinente al término objeto material, que no es lo mismo que efectos y ganancias del delito, aunque pueden llegar a coincidir esas calidades, decimos que es el objeto sobre el que recae la conducta típica, así mismo es un elemento integrante de la estructura del tipo de injusto. Como, por ejemplo: la cosa mueble sustraída, en los delitos de hurto y robo.

En lo referente a los instrumentos del delito, conocido en doctrina como *instrumenta sceleris*, estos son las herramientas o medios de los que se vale o utiliza el

²³⁰ **Código Penal de El Salvador** (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998), Art. 279.

²³¹ **Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas** (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2003), Art. 38.

²³² **José Manuel Palma Herrera**, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, *Óp. Cit.*, 311.

autor del delito para su comisión. Como por ejemplo las libretas de ahorro para mover los fondos delictivos de un banco a otro; en el caso del delito de lavado.

Después de haber aclarado el significado de las acepciones de las cuatro funciones que puede desempeñar el bien en un delito, se agrega en esta investigación a decir en su orden de aclaración, cual o cuales pueden ser considerados como originarios o provenientes de un delito.

Comenzando con lo que son los efectos del delito previo, decimos que si tomamos de base la clase de bienes que lo conforman, denotamos que carece de sentido identificar esos bienes con el objeto material del delito de blanqueo, ni parece que haya sido intención del legislador al tipificar las conductas de blanqueo evitar su aprovechamiento, su circulación por los circuitos económicos legales²³³, ello debido a que desde la óptica del tráfico lícito de bienes como bien jurídico protegido por delito objeto de estudio, es irrelevante e ilógico el tratar de defender la existencia de interés alguno el salvaguardar un tráfico lícito de monedas falsificadas, de drogas, y otros objetos de similar naturaleza; porque no hay ni lesión ni puesta en peligro de ese bien jurídico.

Y lo mismo, cabe afirmar para otros bienes que puedan ser efecto o producto del delito y, a su vez ganancia del mismo, tales como: Los alimentos nocivos, en el delito de Fabricación y Comercio de Alimentos Nocivos (art. 275 CP), las sustancias medicinales alteradas, en el delito de Alteración de Sustancias Medicinales (art. 274 CP), los billetes de lotería falsos, en el delito de Falsificación, Tenencia de Sellos Oficiales, Especies Fiscales o Billeto de Lotería (art. 280 CP), entre otros; ya que son casos en los que la realización sobre esos bienes de cualquiera de los verbos rectores del tipo básico del art. 4 de la LCLDA (depósito, retiro, conversión transferencia o

²³³ *Ibidem*, 317.

cualquier operación, transacción, acción u omisión, con cualquiera de las finalidades previstas en el mismo artículo), carece de razón, porque en esas circunstancias no existe ni puesta en peligro ni lesión para el tráfico lícito de bienes, pues no existe un interés en la existencia de tal tráfico, ni lícito ni ilícito.

Es por ello, que, aunque no debe de negarse que haya otros bienes jurídicos que realmente si se ponen en peligro y lesiona con este tipo de conductas, tales como: Salud Pública (Arts. 274 y 275 CP) y la Fe Pública (Art. 280 CP). Con respecto a las ganancias del delito, hemos de decir que, por propia esencia, centra en lo que son las ganancias procedentes de un delito previo, porque los mismos en palabras de Del Carpio Delgado son “... la consecuencia económica de la comisión de un delito”²³⁴.

Y estos pueden considerarse originados de un delito, y para efecto de ser considerados como bienes idóneos para configurar el objeto material del delito blanqueo, deben ser valubles económicamente, y por ende incorporables al patrimonio; porque de esa forma son susceptibles de circular en el mercado lícito de bienes.

En lo referente, a si el objeto material del delito previo puede ser considerado objeto material del delito de lavado, se ha de decir que no necesariamente deben de coincidir, pero únicamente el mismo puede ser considerado como tal cuando: “a) *al poder ser valorado económicamente, sea susceptible de incorporarse al conjunto del patrimonio; y b) que la ejecución de cualquiera de las modalidades que configuran el delito de blanqueo de bienes sobre ese objeto material no constituya el delito previamente cometido*”²³⁵. Por lo tanto, si el objeto material del delito previo no cumple con esos dos presupuestos, no puede constituirse como objeto material del delito de

²³⁴ **Juana del Carpio Delgado**, *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, Op. Cit., 100.

²³⁵ *Ibidem*, 102 y 103.

lavado. Si no véase a título de ejemplo: El supuesto de la droga, que es objeto material del delito de Tráfico ilícito incriminado en el Art. 33 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LRARD), que no puede ser objeto material del delito de blanqueo, porque la realización de cualquiera de los verbos rectores que describen las conductas típicas, constituye de por sí un delito de tráfico ilícito.

3.9. El delito previo en el delito de lavado de dinero y activos: concepto de delito y principio de accesoriadad limitada.

El presupuesto necesario del blanqueo de bienes es la previa existencia de un delito; es decir que haya sido cometido con anterioridad; porque es este el que produce u origina los bienes ilícitos que posteriormente serán lavados. Ahora bien, lo primero que debemos de preguntarnos es: ¿Qué se entiende por delito a efectos del tópico que nos ocupa?. Para responder tal pregunta debemos de partir de consideraciones legales, y comparar las mismas con las construcciones dogmáticas, y verificar si son idénticas o discrepan; y si sucede este último buscar soluciones que concilien esas discrepancias

La importancia de esto radica, en que dependiendo de la definición de delito que adoptemos para el delito previo del blanqueo de bienes²³⁶, así será la relación de dependencia existente entre el delito previo y el subsecuente delito de lavado de dinero y activos.

En lo que respecta al Código Penal Salvadoreño, de una minuciosa lectura del mismo denotamos que tal cuerpo normativo no nos ofrece una definición de lo que se debe entender por delito, sino que únicamente se limita a decir en el inc. 1ero del Art.

²³⁶ Si nuestra definición de delito en el ámbito de la conducta previa del blanqueo de capitales es como: Conducta típica, antijurídica, culpable y punible, el grado de accesoriadad será máxima. Si es una Conducta típica y antijurídica, el grado de accesoriadad será limitada; y por último si únicamente es una Conducta típica el grado de accesoriadad será mínima

18, que los hechos punibles se dividen en delitos y faltas, y en el inc. 2do del mismo artículo dice que los delitos se dividen en graves y menos graves, y por último el art. 19²³⁷ reza que los hechos punibles pueden ser realizados por acción u omisión, por otro lado la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos en los incisos 1º y 2º de su Art. 4, hace alusión a la expresión actividades delictivas.

Desde el punto de vista dogmático, la mayoría de la doctrina sostiene que delito, es una acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y en algunos casos punible, es decir que, dogmáticamente hablando, para que exista un delito es necesario que concurren los anteriores elementos, categorías, estadios o niveles de análisis de la teoría del delito antes relacionados. En base a estas consideraciones la legislación relacionada en el anterior párrafo establece lo que Mir Puig citado por Blanco Cordero califica como “*delito completo*”²³⁸.

Por lo tanto, si nos quedamos con la anterior interpretación, concluiríamos que los bienes delictivos a blanquear, deben proceder de una acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible, y las consecuencias que conlleva, es que, si concurre una causa de exculpación o alguna excusa absolutoria, los bienes no procederán de un “*delito*” entendido en sentido completo, con lo que quienes los blanquean quedarán impunes por ser su conducta atípica.

Ahora bien, hay ocasiones en las que el término “*delito*” no es interpretado en un sentido completo, es decir “*como conducta típica, antijurídica y culpable, sino que basta con que concurren los estadios, tipicidad y antijuricidad*”²³⁹. Esto es lo que se conoce doctrinariamente como *principio de accesoriadad limitada*, cuestión que realmente, nada tiene que ver con el propio concepto de delito, sino por el contrario el

²³⁷ **Código Penal de El Salvador**, *Op. Cit.*, Art. 18.

²³⁸ **Isidoro Blanco Cordero**, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, *Óp. Cit.*, 259.

²³⁹ **José Manuel Palma Herrera**, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, *Óp. Cit.*, 322.

mismo tiene aplicación en el ámbito de la autoría y participación, en el sentido que sirve para resolver los problemas de participación del delito cometido por el autor, estableciendo que este último debe realizar una conducta típica y antijurídica para poder construir la responsabilidad del partícipe. Pero aplicando el contenido del principio supra aludido al ámbito del delito de lavado de dinero, obtenemos que el delito del que proceden los bienes ilícitos debe ser entendido como una acción u omisión, típica y antijurídica. Esta teoría se ve respaldada en el ordenamiento jurídico-penal español, porque en su Art. 300 alude, si bien es cierto no de forma expresa, pero si tácita al *criterio de la accesoriadad limitada* en los siguientes términos: “*Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena*”.

De la anterior disposición se denota anteriormente, que expresamente no se hace alusión a que el delito previo deba ser una conducta típica y antijurídica, pero si nos indica que no es necesario que tal conducta sea culpable y punible. En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, es criticable el hecho que ni la LCLDA, ni Código Penal, establezcan una disposición legal que regule expresa o tácitamente el *criterio de la accesoriadad limitada*²⁴⁰, porque ese silencio del legislador conlleva a interpretar que el delito en el que tienen origen los bienes, debe ser una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible; y por ende si en tal conducta delictiva falta uno de esos elementos, los bienes derivados de la misma no serían idóneos para constituir el objeto material del delito de blanqueo.

Consecuencia de lo anterior es, que serán impunes las conductas de blanqueo que recaigan sobre bienes que proceden de acciones u omisiones previas típicas y antijurídicas, que no sean culpables porque el autor sea inimputable, o en caso que

²⁴⁰ *Ibíd*em, 323.

siendo típicas, antijurídicas y culpables, no sean punibles por la concurrencia de una excusa absolutoria. Una interpretación como la anterior, conlleva a consecuencias indeseables, como injusticia e impunidad, por las razones antes expuestas; no obstante, esa laguna legislativa, se hace necesario buscar una solución que este acorde con el objeto que persigue la LCLDA , es decir, *prevenir, detectar, sancionar y erradicar el delito de lavado de dinero y activos y su encubrimiento*; pues de no ser así, ese objeto quedaría con un ámbito de aplicación muy restringido, si se interpreta que los bienes han de proceder de una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible; ya que en muchos casos una conducta delictiva previa puede generar bienes para blanquear, y la misma solo ser típica y antijurídica más no culpable o punible.

Para lograr una interpretación acorde con el objeto que persigue la LCLDA, nos valdremos de una herramienta útil para la interpretación penal, como lo es la Teoría General del Delito, que tiene como tarea primordial “...ordenar y sistematizar preceptos legales, principios generales, conceptos abstractos, relacionándolos entre sí y construyendo un sistema completo y unitario”²⁴¹. Y haremos uso de esa herramienta, porque tiene la ventaja de profundizar en ámbitos que el legislador solo ha contemplado de forma genérica o que incluso no ha previsto. Ejemplo de ese último caso, es la falta de previsión expresa o tácita del criterio de accesoriedad limitada, tanto en el Código Penal como en la LCLDA; por supuesto que, para lograr tal fin, la Teoría General del delito debe ser un sistema elástico o “abierto” que no impida el desarrollo social –no perpetuador del status quo o de las relaciones de poder preexistentes- sino que debe facilitar el progreso social, es decir que esa herramienta debe adaptarse a la realidad que se vive.

²⁴¹ **Paz de la Cuesta Aguado**, *Tipicidad e Imputación Objetiva (Según el nuevo Código Penal de 1995)*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 1996), 20.

Es por ello, para lograr esa tarea primordial, la Teoría del delito se vale de su *función mediadora*, por medio de la que se procura una conciliación entre la ley, la doctrina y el caso concreto, porque dicha construcción jurídica intenta concretar ciertos postulados, reglas, principios en nociones menos abstractas que las contenidas en la ley; lo que implica para el juez una ventaja al momento de resolver los casos, por disponer de reglas y postulados más concretos y pertinentes al caso concreto que juzga.

Por otra parte, llevando las anteriores consideraciones al caso que nos ocupa, decimos que al no regular la LCLDA, de forma expresa o tácita el criterio de la accesoriedad limitada; y lo perjudicial que implicaría otorgarle al delito previo un sentido amplio, como lo hacen el Código Penal (delito) y la ley en comento (actividades delictivas); acudimos a una interpretación que atiende al objeto de la normativa en comento y a la *función mediadora de la teoría del delito*, en virtud de la cual los términos antes aludidos, no son compatibles del todo con la realidad que se vive así como la opinión mayoritaria sobre el tema. En consecuencia, la postura predominantemente de esta investigación es similar a la de la mayoría de la doctrina en el ámbito del delito previo del blanqueo de capitales, que se decanta por un concepto de delito en base al *criterio de la accesoriedad limitada*, es decir una conducta típica y antijurídica, sin necesidad de que sea culpable y punible; además, la experiencia indica que no es necesario que un hecho delictivo sea culpable y punible, para generar bienes a blanquear; así mismo, este criterio es más acorde con el objeto de la normativa de la materia, ya que si el mismo es según el art. 1 LCLDA²⁴², *prevenir, detectar, sancionar y erradicar el delito de lavado de dinero y de activos, así como su encubrimiento*, pues carecería de toda lógica y razón que las conductas delictivas de las que proceden los bienes, únicamente sean idóneas para tal propósito, cuando sean típicas, antijurídicas, culpables y punibles.

²⁴² **Ley contra el Lavado de Dinero y Activos**, *Óp. Cit.*, Art. 4.

3.9.1. Fórmulas para legislar el delito previo.

Doctrinariamente existen 4 sistemas o fórmulas, para determinar legalmente el delito previo del que han de proceder lo bienes a blanquear, siendo los siguientes: a) el sistema amplio o *numerus apertus*, b) sistema intermedio, c) sistema Restringido o de Catálogo o *Numerus Clausus*, d) sistema mixto y e) un sistema *sui generis* en el caso salvadoreños; los cuales se detallan a continuación.

3.9.1.1. Sistema Amplio o Numerus Apertus.

En este modelo cualquier delito es idóneo para producir bienes que posteriormente se blanquearan, es decir que no existe ningún tipo de restricción en razón a la categoría de delitos, ya sea en cuanto a clase, gravedad, modalidad, entre otras. Por lo ello, son delitos previos del lavado de dinero, todos los contemplados en el Código Penal, como en las leyes especiales en materia penal que incriminen conductas delictivas.

3.9.1.2. Sistema Intermedio.

En este modelo la determinación del delito previo no es tan amplia como en el anterior sistema, porque no se hace alusión a todos los delitos en general, sino únicamente a una categoría de ellos, en razón a una determinada cualidad²⁴³.

Los países que al regular el delito previo se decantan por esta opción, únicamente consideran a los delitos graves de su legislación penal como delitos previos del blanqueo de capitales, excluyendo de forma tácita a los delitos menos graves. El inconveniente de esta fórmula es que existen delitos que por su marco penal son menos

²⁴³ C. Aranguéz Sánchez, *El Delito de Blanqueo de Capitales, Op. Cit.*, 185.

graves, y por ende quedan excluidos como delito previo del lavado; pero los mismos generan grandes cantidades de bienes, y por otro lado, hay delitos que si son graves, pero que difícilmente generan bienes para lavar.

3.9.1.3. Sistema Restringido o de Catálogo o Numerus Clausus.

En este sistema la estipulación del delito previo del blanqueo, se hace enumerando de forma taxativa los delitos que constituirán dicha categoría. En otras palabras “... *el legislador ha decidido por razones de Política Criminal incluir un grupo de delitos concreto como delitos idóneos para generar los bienes objeto material del delito de blanqueo*”²⁴⁴.

El inconveniente de este modelo es desde el punto de vista legislativo, pues, cuando la situación criminológica evidenciase que conductas delictivas que no estén contempladas dentro de ese catálogo producen cuantiosos beneficios; será necesario implementar reformas que contemplen las mismas, lo sería un desgaste institucional legislativa, sobre todo considerando que la realidad del lavado de dinero y activos es una realidad en constante cambio y que requiere que la legislación se vaya adaptando.

3.9.1.4. Sistema Mixto.

Este modelo es una simbiosis de los sistemas, intermedio y de catálogo, porque “... *junto a la referencia a un grupo genérico de delitos, se incorporan una serie de delitos en concreto*”²⁴⁵. Las legislaciones que adoptan éste sistema establecen primero,

²⁴⁴ **Juana del Carpio Delgado**, *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, Op. Cit., 121 y 122.

²⁴⁵ **C. Aranguéz Sánchez**, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., 186.

por ejemplo, que cualquier delito grave puede ser delito previo, y después enuncian de forma expresa una larga lista de delitos que pueden ser delito previo del tipo de blanqueo.

3.9.1.5. Sistema sui generis: el sistema salvadoreño.

Nuestro legislador aborda el tópico del delito previo en el art. 6 de la ley contra el lavado de dinero y activos, bajo el epígrafe *Otros Delitos Generadores De Lavado De Dinero y Activos*; en los siguientes términos: *Art. 6.- Estarán sometidos a la presente Ley toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y de activos, y de manera especial en lo que fuere aplicable los siguientes delitos: a) Los previstos en el capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; b) Comercio de personas; c) Administración fraudulenta; d) Hurto y Robo de vehículos; e) Secuestro; f) Extorsión; g) Enriquecimiento ilícito; h) Negociaciones ilícitas; i) Peculado; j) Soborno; k) Comercio ilegal y depósito de armas; l) Evasión de impuestos; m) Contrabando de mercadería; n) Prevaricato; o) Estafa; y, p) Todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas”²⁴⁶.*

De la disposición arriba relacionada se interpreta, que el legislador salvadoreño adoptó una solución extraña, pues ha optado por una combinación de los sistemas, amplio y restringido, en el sentido que el inc. 1ero de la disposición aludida, sostiene que estará sometida al ámbito de la LCLDA, “*toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y activos*”, es decir todo delito de la legislación penal salvadoreña sin restricción alguna, y posteriormente en el mismo inciso hace mención a la expresión delimitadora “*y de manera especial en lo que fuere aplicable los siguientes delitos*”, y

²⁴⁶ **Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, Óp. Cit., Art. 6.**

menciona a continuación a través de varios literales los delitos en concreto; así mismo en literal p) hace alusión nuevamente a una cláusula amplia, abarcando según la misma a “todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas”, es decir de cualquier delito.

De ese precepto legal se infiere, que al legislador salvadoreño le es indiferente la naturaleza del delito previo generador de los capitales a blanquear, como si es grave o menos grave, como en otras legislaciones que adoptan el sistema intermedio, porque la regulación del mismo “..... *no agota con exhaustividad todas aquellas actividades que pueden originar un rendimiento económico o el acceso a bienes que pueda ser presupuesto de la comisión de los delitos recogidos en esta ley especial, más sí supone una útil guía de las actividades delictivas generadoras de rendimientos económicos y referencia previa de estas conductas*”²⁴⁷. Por lo que podemos decir que nos encontramos con un sistema *sui generis* en la legislación salvadoreña al retomar una combinación del sistema amplio y restringido, no considerándose mixto, porque no hace diferenciación en cuanto a qué clase de delito será contemplado en el sistema amplio.

3.9.2. Grado de comisión del delito previo.

En este tópico abordaremos lo referente al nivel de desarrollo, ejecución o grado de perfección que requiere el delito previo, para que pueda ser idóneo en la generación de bienes a lavar; es decir en qué fase del *Iter Criminis* debe ubicarse el delito previo, a efecto que el mismo sea apto para producir capitales y así blanquearlos, o determinar como dice Aránguez Sánchez “...si basta con que se hayan realizado actos preparatorios, cuando éstos son punibles, o se requiere tentativa o consumación.”

²⁴⁷ **Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García**, *Código Penal de El Salvador Comentado* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999), 1076

Sigue manifestando el referido autor que “*La cuestión que abordamos quizá no tenga una gran trascendencia práctica, ya que normalmente el blanqueo se efectúa sobre las ganancias de delitos consumados, pero no deja de ser posible, ya que incluso existe la posibilidad de que existan bienes que tengan su origen en un delito... cuyo iter criminis ni siquiera se ha iniciado*”²⁴⁸. En lo que respecta a los delitos que han alcanzado en la estructura del *iter criminis*, el grado de consumación, no abordaremos la temática con profundidad, por la razón antes aludida por Aránguez Sánchez, pues esta fase es de perfección, lo que supone la plena realización del tipo y la consecución del resultado; por lo tanto, los bienes derivados de un delito consumado son aptos para ser objeto material del delito de blanqueo.

Por otro lado, en lo referente los delitos en grado de tentativa, si partimos de la premisa, que al Derecho penal le importa tanto lo que el sujeto activo hizo, como lo que intento hacer, inferimos entonces que las conductas imperfectas o intentadas son delitos, y por ende para efecto del delito previo en el blanqueo, al igual que los consumados o perfectos, son conductas típicas y antijurídicas, y en consecuencia aptas para ser delito previo del lavado, siempre y cuando por supuesto, estas generen bienes aptos e idóneos para ser objeto material del delito de blanqueo de capitales; en similar sentido se pronuncian Del Carpio Delgado y Blanco Cordero.

Por último, abordaremos el aspecto más debatido en la doctrina sobre este tema, es decir, si los actos preparatorios punibles (proposición y conspiración, cuando estén expresamente tipificados en la ley) son aptos para generar bienes que posteriormente se puedan blanquear. Para comenzar, diremos que es atípico el blanqueo de bienes provenientes de actos preparatorios en general, es decir sin delimitación y matiz alguna, porque es necesario matizar entre los *actos preparatorios impunes* y los *punibles*. Con respecto a los primeros, por razones evidentes, los bienes que deriven de ellos son

²⁴⁸ C. Aránguez Sánchez, *El Delito de Blanqueo de Capitales, Op. Cit.*, 196.

ineptos para configurar el objeto material del delito de lavado, pues éstos solo tienen relevancia jurídico- penal cuando el legislador los prevé expresamente; no tendría sentido, razón, ni lógica castigar el blanqueo de bienes provenientes de conductas que carecen de trascendencia penal; pues el blanqueo de capitales por definición propia consiste en blanquear activos de proveniencia delictiva, y en los casos de actos preparatorios no punibles, como su mismo nombre lo indica, no constituyen delito, y por ende las conductas de lavado que recaigan sobre los bienes provenientes de los mismos son atípicos, por carecer de objeto material idóneo²⁴⁹.

Ahora bien, con respecto a los *actos preparatorios punibles*, es decir los que han sido expresamente tipificados como delitos de forma excepcional e ínfima, que por regla general son impunes; al adquirir la categoría de delito, no hay problema en considerarlo como una conducta típica y antijurídica; y en consecuencia podrán ser catalogados como delito previo del delito de blanqueo, siempre y cuando de ellos se puedan derivar bienes idóneos y aptos para ser objeto material del delito de lavado.

Por lo tanto, lo importante será que el hecho del que provengan los bienes sea típico y antijurídico, con independencia de que sea un acto preparatorio punible, intentado o consumado. Y que, además, “... sea susceptible e idóneo para generar bienes, sobre los que el probable sujeto activo del delito de blanqueo pueda tener un cierto poder de disponibilidad que le permita llevar a cabo las conductas constitutivas de blanqueo”²⁵⁰. Obviamente “... ese poder de disponibilidad será más fácilmente reconocible cuando el delito se haya consumado, pero igualmente se podrá conseguir con su comisión en grado de tentativa o en grado de proposición o conspiración.

²⁴⁹ C. Aranguéz Sánchez, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Op. Cit., 203.

²⁵⁰ José Manuel Palma Herrera, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, Óp. Cit., 341 y 342.

3.9.3. Delito previo cometido en el extranjero.

En uno de los apartados de este capítulo, se mencionaba que una de las características del blanqueo de capitales es su *Internacionalización o Globalización*, es decir que dicho delito puede ser cometido en un país distinto de aquel donde se cometió el delito previo del que proceden los bienes, lo cual bajo la investigación que se realiza lo mismo encajaría para la persona jurídica, que sea cometida por una persona jurídica de otro país; o que el delito previo se cometa en un país y cada una de las fases del proceso de blanqueo se desarrolle en más de un país distinto. Por ejemplo: Se trafica con personas en México, y el dinero que se obtiene de ese delito se lava en El Salvador, o se trafica drogas en Panamá, y el dinero obtenido de ese delito se traslada a Honduras a través de “mulas humanas”, es decir personas que llevan ese dinero adherido al cuerpo; una vez llega esta persona a Honduras, abre una cuenta bancaria en un institución financiera, posteriormente hace una transacción financiera de esa cuenta a otra cuenta que tiene en las Islas Caimán; ulteriormente hace una transferencia bancaria de esa cuenta a otra cuenta en un banco salvadoreño.

Los anteriores ejemplos describen la actual fenomenología del proceso de blanqueo de capitales, que se ve favorecido por la globalización, la apertura de las fronteras mundiales, los avances científicos y tecnológicos; realidad a la que no es indiferente el legislador salvadoreño, porque en el inc. 2do del art. 4 de la LCLDA se hace alusión a la misma, en los siguientes términos: “*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*”²⁵¹ (negrita me pertenece). De la disposición supra citada denotamos que el legislador salvadoreño no llegó en su literalidad tan lejos, pues si bien contempla expresamente la posibilidad de que los

²⁵¹ **Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, Óp. Cit., Art. 4.**

bienes y valores provengan “*de actividades delictivas cometidas dentro o fuera del país*”, lo cierto es que la conducta de lavado propiamente dicha habrá de producirse dentro del territorio nacional para resultar perseguible ante la jurisdicción de la República y conforme al Derecho Penal salvadoreño, según se desprende de los artículos 48 del Código Procesal Penal²⁵² y 8 del Código Penal²⁵³, ya que de dichos preceptos y específicamente del Art. 4 LCLDA se entiende que los capitales o bienes objeto de delito pudieron haberse obtenido ilícitamente en el extranjero y el delito previo haberse cometido dentro o fuera del país.

Lo expresado anteriormente en cuanto a que la LCLDA no fue tan lejos, significa que nuestro legislador se quedó corto en relación a la normativa de otros países, como por ejemplo el Código Penal Español, que en su art. 301 reza: “*El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero*”²⁵⁴. De dicho precepto se desprenden dos situaciones: La primera de ellas, en lo referente al *delito previo* del que proceden los bienes, que puede ser cometido total o parcialmente en el extranjero; y la segunda alusiva a que las conductas de blanqueo sean cometidas total o parcialmente en el extranjero. De la simple lectura y comparación de las dos disposiciones arriba transcritas, se puede decir que efectivamente el inc. 2do del art. 4 de la LCLDA de nuestro país, tiene un ámbito de aplicación más limitado que el art. 301 del Código Penal Español, pues éste último regula tanto la comisión del delito previo, así como conductas de blanqueo cometidas total o parcialmente en el extranjero; mientras que el primero únicamente se pronuncia en cuanto a la comisión del delito previo dentro o fuera del país, *omitiendo un punto*

²⁵² **Código Procesal Penal de El Salvador** (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2009), Art. 48.

²⁵³ **Código Penal de El Salvador**, *Óp. Cit.*, Art. 8.

²⁵⁴ **Código Penal de España** (Juan Carlos I: Rey de España: España, 1995), Art. 300.

tan básico como lo es la sanción de los actos de blanqueo o lavado cometidos total o parcialmente en el extranjero.

Ahora bien, la anterior laguna legal no debe llevar a la apresurada conclusión, que los actos de blanqueo cometidos total o parcialmente en el extranjero no puedan ser sancionados en nuestro país; porque de la interpretación sistemática de varias disposiciones legales en su conjunto, inferimos que, si se pueden sancionar las conductas de lavado total o parcialmente cometidas en el extranjero, en base a las siguientes consideraciones. En primer lugar, si bien es cierto la LCLDA no enuncia expresamente ésta situación, la misma en su art. 26 inc. 1ero sostiene que: *“Serán aplicables a la presente Ley, las normas y procedimientos contenidas en los Código Penal y Procesal Penal y demás disposiciones legales en lo que no contraríe su texto”*²⁵⁵ Así mismo uno de los ejes rectores que informan al Derecho Penal Salvadoreño, como lo es el Principio de Aplicación General del Código Penal, regulado en el art. 6 inc. 2 de dicho cuerpo normativo, que reza así: *“Las normas generales de este Código serán aplicables a los hechos punibles previstos en las leyes especiales, salvo que éstas contengan disposiciones diferentes”*²⁵⁶.

De la integración de las disposiciones antes citadas, se aplican a éste vacío legal de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, las disposiciones que regulan la *“Aplicación de la ley penal en el espacio”*, que establecen el principio de territorialidad, que en su Art. 8, establece que *la ley penal salvadoreña se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio de la República, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.*”; principio personal o de nacionalidad, regulado en el Art. 9 del C.Pr.Pn., que expresa: *“También se aplicará la ley penal salvadoreña: 1) A los delitos cometidos en el extranjero por persona al servicio del*

²⁵⁵ Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, *Óp. Cit.*, Art. 4.

²⁵⁶ Código Procesal Penal de El Salvador, *Óp. Cit.*, Arts. 8, 9 y 10.

*Estado, cuando no hubiere sido procesada en el lugar de la comisión del delito, en razón de los privilegios inherentes a su cargo; 2) A los delitos cometidos por un salvadoreño en el extranjero o en lugar no sometido a la jurisdicción particular de un Estado; y, contra los bienes jurídicos de otro salvadoreño; y, 3) A los delitos cometidos en el extranjero por salvadoreños cuando se deniegue la extradición solicitada en razón de su nacionalidad, o por extranjeros contra bienes jurídicos de salvadoreños” y el principio de universalidad, Art. 10 del C.Pr.Pn., que también menciona *se aplicará la ley penal salvadoreña a los delitos cometidos por cualquier persona en un lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña, siempre que ellos afectaren bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del derecho internacional o impliquen una grave afectación a los derechos humanos reconocidos universalmente*”²⁵⁷.*

De los principios antes relacionados, colegimos que la regla general del Principio de territorialidad de la ley penal, presenta excepciones, tales como los Principios de Personalidad o de Nacionalidad y el de Universalidad, “... debiendo destacar, en relación con este último que la Convención de Viena en su artículo 4 permite ciertamente excepciones al principio de territorialidad de la ley penal, pues aunque, igual que la ley salvadoreña, a lo sumo ubican el elemento de extranjería en la perpetración del delito previo., pero no en la ulterior actividad de blanqueo propiamente dicha, permitiendo un juego de foros de competencia que inequívocamente puede conducir a resultados plenamente inscritos en el concepto de Justicia Universal. Con la anterior solución, se “... abre una puerta a la persecución de este tipo de conductas que..... se apoyan de modo decisivo en su capacidad de saltar de una jurisdicción a otra precisamente para evitar una acción eficaz de la justicia”, incluyéndose dentro de ella las personas jurídicas, que, si bien no existe una regulación expresa en la

²⁵⁷ **Pedro Crespo Barquero**, *óp. cit.*, 138 y 139.

legislación salvadoreña, en cuanto a la responsabilidad penal lo mismo aplicaría en el caso de la emisión de un cuerpo legal normativo.

3.9.4. ¿Qué delitos pueden cometer las personas jurídicas?

Ahora bien, cuáles son los delitos que puede cometer una persona jurídica, para ello, cabe remitirnos al derecho comparado, ya que en El Salvador no existe regulación alguna, el Código Penal español, establece un *numerus clausus de delictis*, por lo que se hará una similitud de los delitos previos que regula el Art. 6 de la LCLDA, dicho delitos se encuentran regulado en el Art. 24 de dicho Código, que pueden cometer las empresas, es decir, que solo pueden cometer esos delitos²⁵⁸:

- ✓ Tráfico ilegal de órganos (CP art. 156 bis).
- ✓ Trata de seres humanos (CP art. 177 bis).
- ✓ Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (CP art. 189 bis).
- ✓ Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (CP art. 197).
- ✓ Estafas (CP art. 251 bis).
- ✓ Alzamiento de bienes (CP art. 258 ter).
- ✓ Insolvencias punibles (CP art. 261 bis).
- ✓ Daños informáticos (CP art. 264).
- ✓ Delitos contra propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores (CP art. 288).
- ✓ Blanqueo de capitales (CP art. 302).
- ✓ Delito contra Hacienda Pública y Seguridad Social (CP art. 310 bis).
- ✓ Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (CP art. 318 bis).
- ✓ Delitos de construcción, edificación y urbanización (CP art. 319).

²⁵⁸ Vid. <https://www.dexiaabogados.com/blog/delitos-personas-juridicas/>. Fecha de consulta: 12/12/2021.

- ✓ Delitos contra el medio ambiente (CP arts. 327 y 328).
- ✓ Delitos relativos a la energía nuclear (CP art. 343).
- ✓ Delitos de riesgo provocados por explosivos (CP art. 348).
- ✓ Delitos contra la salud pública (CP art. 369 bis).
- ✓ Falsedad de medios de pago (CP art. 399 bis).
- ✓ Cohecho (CP art. 427).
- ✓ Tráfico de influencias (CP art. 430).
- ✓ Corrupción de funcionario público extranjero (CP art. 445).
- ✓ Delitos de organización (CP art. 570 quarter).
- ✓ Financiación del terrorismo (CP art. 576 bis).
- ✓ Contrabando (Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando).

3.10. Obligaciones legales para los sujetos obligados establecidos en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos.

En este apartado expresar que la relación con el presente capítulo, es que es necesario conocer los distintas obligaciones que la LCLDA²⁵⁹, le reconoce a la persona jurídica como a la persona natural, ya que en ello se puede evidenciar que ambos tienen obligaciones similares, pero que al momento de responsabilizarse penalmente solo se regula y tipifica a la persona natural, dejando de lado la persona jurídica, por lo que uno de los aspectos generales del delito de lavado de dinero y activos son las obligaciones que la ley le reconoce a los sujetos que obliga la LCLDA.

La LCLDA, establece como sujetos obligados tanto a la *persona natural* como a la *persona jurídica*, el Art. 2 establece que dicha ley, es aplicable a cualquier persona

²⁵⁹ Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, *Óp. Cit.*

natural o jurídica aun cuando esta última no se encuentre constituida legalmente, -esto quizá referido a las sociedades nulas e irregulares, a que se refiere el Capítulo XII, Arts. 343 y 357 del Código de Comercio²⁶⁰ o cuando se trate de sociedades de hecho-; quienes tienen la obligación de presentar la información que les requiera la autoridad competente, que permita demostrar el origen lícito de cualquier transacción que realicen; sin embargo al hacer un estudio de las restantes disposiciones de dicha Ley, no se encuentra en ningún un articulado en el que establezca o reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas referidos a este delito, es más al hacer una remisión al el Art. 15 de LCLDA²⁶¹, en caso de incumplimiento a las obligaciones establecidas en dicho ordenamiento, expresa que: “...*el sujeto obligado asumirá la responsabilidad que regula el Art. 38 inciso segundo del Código Penal, sin perjuicio de las responsabilidades penales personales que fueren aplicables conforme al capítulo II de dicha ley...*”, por lo que cuando dice “sujeto obligado” el legislador no hace distinción entre persona humana y jurídica, pero que luego al seguir leyendo dicha disposición hace mención del término “*responsabilidades penales personales*”, por lo que responsabilidad penal que regula la LCLDA, se refiere específicamente a la persona física y/o humana, por lo que se niega la regulación de la imputación penal de la persona jurídica, no obstante ser un sujeto obligado.

Como se mencionó en el párrafo anterior, la obligación de brindar información de los sujetos obligados, tanto de personas naturales y personas jurídicas, no constituye por sí una responsabilidad penal para las personas jurídicas, sino más bien constituyen obligaciones de carácter preventivo administrativo de lavado de dinero y activos, ya que en dicha ley si bien tipifica el delito de lavado de dinero y activos en el Art. 4 LCLDA y en el Art. 6 LCLDA los delitos previos, ya el mencionó Art. 15 LCLDA aclaró que dichos tipos penales no van referidos a la persona jurídica, por lo que existe

²⁶⁰ **Código de Comercio de El Salvador**, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008).

²⁶¹ **Ley contra el Lavado de Dinero y Activos**, *Óp. Cit.*, Art. 15.

probablemente un vacío legal y pudiera tener ciertos vicios de inconstitucional al ser desigual violando con ello el Art. 3 Cn²⁶²., ya que tanto personas naturales como personas jurídicas son sujetos obligados a dicha Ley, pero que las responsabilidades son distintas, ya que solo a la persona natural es responsable penalmente, no así las personas jurídicas, ya que ambos sujetos obligados se les impone las mismas obligaciones, pero que la aplicabilidad de sanción son desiguales.

La LCLDA en su Art. 2 inciso tercero²⁶³, hace mención de un listado no taxativo de sujetos obligados a dicha Ley:

- 1) Toda sociedad, empresa o entidad de cualquier tipo, nacional o extranjera, que integre una institución, grupo o conglomerado.
- 2) Financiero supervisado y regulado por la superintendencia del sistema financiero.
- 3) Micro-financieras, cajas de crédito e intermediarias financieras no bancarias.
- 4) Importadores o exportadores de productos e insumos agropecuarios, y de vehículos nuevos o usados.
- 5) Sociedades emisoras de tarjetas de crédito, co-emisores y grupos relacionados.
- 6) Personas naturales y jurídicas que realicen transferencias sistemáticas o sustanciales de fondos, incluidas las casas de empeño y demás que otorgan préstamos.
- 7) Casinos y casas de juego.
- 8) Comercializadores de metales y piedras preciosas.
- 9) Empresas e intermediarios de bienes raíces.
- 10) Agencias de viajes, empresas de transporte aéreo, terrestre y marítimo.

²⁶² **Constitución de la República de El Salvador**, *Óp. Cit.*, Art. 3 Cn.

²⁶³ **Ley contra el Lavado de Dinero y Activos**, *Óp. Cit.*, Art. 2.

- 11) Personas naturales y jurídicas que se dediquen al envío y recepción de encomiendas y remesas.
- 12) Empresas constructoras.
- 13) Empresas privadas de seguridad e importadoras y comercializadoras de armas de fuego, municiones, explosivos y artículos similares.
- 14) Empresas hoteleras.
- 15) Partidos políticos.
- 16) Proveedores de servicios societarios y fideicomisos.
- 17) Organizaciones no gubernamentales.
- 18) Inversionistas nacionales e internacionales
- 19) Droguerías, laboratorios farmacéuticos y cadenas de farmacias.
- 20) Asociaciones, consorcios y gremios empresariales.
- 21) Cualquier otra institución privada o de economía mixta, y sociedades mercantiles.
- 22) Abogados, Notarios, Contadores y Auditores²⁶⁴.

Es por ello, que, al hacer un análisis de la LCLDA, los sujetos obligados tienen el deber de:

- I. Brindar información que les requiere la Unidad Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República.
- II. Reportar las diligencias u operaciones financieras sospechosas y/o que superen el umbral de la ley.
- III. Nombrar y capacitar a un oficial de cumplimiento.
- IV. Las demás responsabilidades que determine la LCLDA, el reglamento de la LCLDA, así como el instructivo de la UIF les determinen.

²⁶⁴ **Ley contra el Lavado de Dinero y Activos**, *Óp. Cit.*, Art. 2.

A continuación, se hace un estudio breve de ellas a fin de hablar un poco sobre las dichas obligaciones de los sujetos de la LCLDA.

3.10.1. Brindar información que les requiere la Unidad Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República.

Esta obligación contenida en el Art. 2 inciso primero de la LCLDA²⁶⁵, está referida a la obligación de brindar información a la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, que es el ente encargado para verificar el cumplimiento de las obligaciones de la LCLDA.

De conformidad a lo regulado en el Art. 9 de la LCLDA, los sujetos obligados deben informar a la Unidad de Investigación de la Fiscalía General de la República, por escrito o cualquier medio electrónico y en el plazo máximo de cinco días hábiles, cualquier operación o transacción de efectivo, fuere individual o múltiple, independientemente que se considere sospechosa o no, realizada por cada usuario o cliente que en un mismo día o en el término de un mes exceda los diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en cualquier moneda extranjera. el plazo para remitir la información se computará a partir del día siguiente de realizada la operación o transacción.

Por otro lado, tienen igual responsabilidad tendrán si se trata de operaciones financieras que se efectúen por cualquier otro medio, si esta fuere superior a veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en cualquier moneda extranjera.

²⁶⁵ *Ibidem.*

En ese sentido también tienen las sociedades de seguros, dentro del plazo establecido en el inciso anterior, también deberán informar a la Unidad de Investigación Financiera (UIF) de todos los pagos que realicen en concepto de indemnización de los riesgos que aseguren en exceso de la cantidad de los diez mil dólares de los Estados Unidos de América.

El Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos²⁶⁶, en su Art. 3, establece que el plazo de un mes que en el mismo se señala, habrá de computarse como los anteriores treinta días continuos, es decir, contados a partir del momento en que se realizó la última transacción, entendiéndose que si en dos o más operaciones el monto de éstas exceden los montos mencionados en los párrafos anteriores o su equivalente en moneda extranjera, no obstante no haya transcurrido el plazo, los sujetos están en la obligación de informar a la Unidad de Investigación Financiera, en adelante, UIF, al existir suficientes elementos de juicio para considerar que tales operaciones o transacciones son irregulares o sospechosas; o bien, cuando lo requiera la UIF.

3.10.2. Reportar las diligencias u operaciones financieras sospechosas y/o que superen el umbral de la LCLDA.

El Art. 12 del Reglamento de la LCLDA establece que, por *transacciones irregulares o sospechosas*, son todas las operaciones poco usuales, las que se encuentran fuera de los patrones de transacción habituales y las que no sean significativas, pero sí periódicas, sin fundamento económico o legal evidentes, y todas

²⁶⁶ Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, (El Salvador: Órgano Ejecutivo, 2000), Art. 3.

aquellas operaciones inconsistentes o que no guardan relación con el tipo de actividad económica del cliente.

En cuanto a esta obligación está se encuentra contenida en el Art. 9-A de la LCLDA, en el que entre otros aspectos, expresa que los reportes de operaciones sospechosas deberán ser remitidos a la unidad de investigación financiera en el plazo máximo de cinco días hábiles, contados a partir del momento en que, de acuerdo al análisis que se realice, existan suficientes elementos de juicio para considerarlas irregulares, inconsistentes o que no guardan relación con el tipo de actividad económica del cliente.

Dicho análisis deberá hacerse a más tardar dentro del plazo de quince días hábiles, prorrogables una sola vez, por igual período, previa solicitud a la Unidad de Investigación Financiera de la FGR.

En cuanto al monto de las operaciones o transacciones es irrelevante para los efectos del presente artículo. Tal como se mencionó los sujetos a que se refiere el art. 9 de la LCLDA, también estarán obligados a reportar la tentativa de operaciones sospechosas, tal como lo establece la disposición reglamentaria de la LCLDA.

No obstante, los sujetos a que se refiere el art. 9 de la LCLDA²⁶⁷, están obligados a enviar un reporte de operación sospechosa cuando existan motivos razonables para considerar que el dinero o los activos están relacionados o podrían ser utilizados para actos terroristas u organizaciones terroristas, crimen organizado, narcotráfico y cualquiera de sus variantes.

Asimismo, se establece para la Unidad de Investigación Financiera de la FGR, la facultad de efectuar inspecciones, análisis o auditorías a los sujetos obligados,

²⁶⁷ **Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos**, *Op. Cit.*, Art. 9.

mediante procedimiento aleatorio o cuando existieren indicios sobre actuaciones irregulares, con el propósito de verificar el debido cumplimiento a lo mencionado en este apartado.

Por otro lado, el Art. 13 del Reglamento de la LCLDA²⁶⁸, nos da parámetros para establecer cuando estamos en presencia de *diligencias u operaciones financieras sospechosas o transacciones irregulares o sospechosas*, los sujetos obligados deben prestar atención especial respecto de aquéllas que revistan las características indicadas en el artículo anterior, particularmente las operaciones que los clientes realicen mediante:

- a) La ejecución de múltiples transferencias realizadas de un día para otro o en horas inhábiles, de una cuenta a otra, por comunicación telefónica o electrónica directa al sistema de computación de la institución.
- b) Pagos anticipados de préstamos, o de abonos excediendo las cuotas pactadas, o el que se efectúen pagos repentinos de préstamos problemáticos, sin que exista explicación razonable del origen del dinero.
- c) La utilización de instrumentos monetarios de uso internacional, siempre y cuando no se encuentre proporcionalidad con la actividad económica del cliente.

Asimismo, el Art. 14 del Reglamento de la LCLDA²⁶⁹, cuando estamos en presencia de operaciones *poco usuales*, en la que se debe prestar atención especial a las operaciones realizadas por los clientes, que revisten características marcadamente poco usuales, tales como:

²⁶⁸ Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, *Óp. Cit.*, Art. 13.

²⁶⁹ *Ibíd.*, Art. 14.

- ✓ Préstamos que tienen como garantías certificadas de depósito y otros instrumentos de inversión.
- ✓ Cuando visitan a menudo el área de las cajas de seguridad y posteriormente hacen un depósito de dinero en efectivo en la misma agencia bancaria, cuyo monto está justo bajo el límite requerido para generar un formulario de transacciones exigido por la Ley.
- ✓ La compra de cheques de caja, cheques de viajero o cualquier otro especial, con grandes sumas de dinero en efectivo o justo bajo el monto requerido para generar un informe, sin razón aparente
- ✓ La constitución de fideicomisos por personas naturales o jurídicas en los cuales se reflejen depósitos sustanciales de dinero en efectivo.
- ✓ Las cuentas abiertas a nombre de casas de cambio en que se reciben transferencias nacionales, internacionales o depósitos estructurados.
- ✓ Mantener cuentas que muestran constantes depósitos efectuados en máquinas de cajero de transacciones automáticas.
- ✓ Disponer de cuentas donde se depositan instrumentos monetarios marcados con signos o símbolos extraños.

En el sentido anterior, el Art. 15 del Reglamento de la LCLDA, establece ejemplos cuando se la conducta de los clientes es *sospechosa*, cuando pretendan evitar el cumplimiento de los requisitos de información o de registro, como, por ejemplo:

- ✓ Oponerse a dar la información requerida para el formulario respectivo, una vez que se le informa que el mismo debe ser llenado.
- ✓ Cuando obligan o tratan de obligar a un empleado de la Institución a que no conserve en archivo el reporte de alguna transacción.

3.10.3. Nombrar y capacitar a un oficial de cumplimiento.

En este apartado, expresar que los sujetos obligados deben establecer una oficialía de cumplimiento, a cargo de un oficial nombrado por la junta directiva u órgano competente, *el oficial de cumplimiento* debe reunir los siguientes requisitos, establecido en el Art. 14 de la LCLDA²⁷⁰:

- a) Certificación ratificada por parte de la fiscalía general de la república, en materia de prevención de lavado de dinero y de activos, financiamiento del terrorismo, y dos años de experiencia en dichas ramas.
- b) Ostentar cargo gerencial.
- c) Habilidades y conocimientos sobre aspectos jurídicos, negocios y controles.
- d) Contar con grado académico a nivel universitario y conocimiento sobre aspectos administrativos y jurídicos del giro del negocio o actividad de que se trate.

Los *integrantes de la oficialía de cumplimiento* gozarán de independencia, teniendo facultad para la toma de decisiones en lo que compete a su función. No pudiendo ser despedidos, sancionados o removidos de sus cargos por cumplir con las atribuciones inherentes a los mismos.

3.10.4. Las demás responsabilidades que determine la LCLDA, el reglamento de la LCLDA, así como el instructivo de la UIF les determinen.

Al realizar un análisis de La LCLDA se encuentra otras responsabilidades para los sujetos obligados:

²⁷⁰ Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, *Op. Cit.*, Art. 14.

- ✓ Identificar fehacientemente y con la diligencia necesaria a todos los usuarios que requieran sus servicios, así como la identidad de cualquier otra persona natural o jurídica, en cuyo nombre están ellos actuando, Art. 10 lit. a) LCLDA,
- ✓ Archivar y conservar la documentación de las operaciones por un plazo de cinco años, contados a partir de la fecha de la finalización de cada operación. Por igual plazo deberán archivar y conservar datos de identificación, archivos de cuentas y correspondencia comercial de sus clientes. La información sobre el cliente y las transacciones, deberá estar disponible cuando lo requieran las autoridades competentes en debida forma, Art. 10 lit. b) LCLDA.
- ✓ Capacitar al personal sobre los procesos o técnicas de lavado de dinero y de activos, a fin de que puedan identificar situaciones anómalas o sospechosas, Art. 10 lit. c) LCLDA
- ✓ Establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en esta ley, Art. 10 lit. d) LCLDA.
- ✓ Los sujetos obligados deben controlar las transacciones que realicen sus clientes y usuarios, que sobrepase las cantidades establecidas y las condiciones indicadas en el art. 9, inciso primero de LCLDA, para llevar el control indicado, los sujetos obligados deben capturar en sus sistemas en forma automatizada los datos pertinentes para identificar a sus clientes y usuarios, utilizar el formulario diseñado por la unidad de investigación financiera, esto regulado en el Art. 12 LCLDA²⁷¹.
- ✓ Los sujetos obligados deben mantener por un período no menor de quince años los registros necesarios sobre transacciones realizadas, tanto nacionales como los sujetos obligados deben mantener registros nominativos de sus usuarios. Estos no mantendrán cuentas anónimas o cuentas en las cuales hayan nombres incorrectos o ficticios, Art. 11 LCLDA²⁷².

²⁷¹ **Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos**, *Op. Cit.*, Art. 12.

²⁷² *Ibidem*, Art. 11.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL DELITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVO.

Primero establecer la concepción desde que se realiza el análisis el presente Capítulo, se trata de una concepción *finalista*, ya que sobre esta escuela está construido la legislación penal salvadoreña, cabe mencionar que se abordará algunos aspectos esenciales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se ha mencionado en la teoría del delito, pues cabe expresar que no existe un desarrollo como tal por parte de la doctrina, ya que la actual teoría del delito está construida sobre la imputación de la conducta humana, no de la imputación de una persona jurídica, ya que prácticamente una de las bases de la teoría del delito es el ya mencionado principio *societas delinquere non potest o las sociedades no delinquen*, por lo que se tratará de recoger o hacer los comentarios necesarios o vinculados en la categorías de la teoría del delito, como ya se dijo está construida sobre la imputación de la persona humana, posteriormente en la presente investigación se presentan modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que perfectamente pueden ser aplicados a delitos como el Lavado de Dinero y Activos propuestos por la doctrina.

Cuando hablamos de Responsabilidad²⁷³ Penal no estamos refiriendo al deber jurídico de responder ante una acción u omisión ilícita según el ordenamiento jurídico penal respectivo²⁷⁴. Por ello, cuando hablamos de Responsabilidad Penal de las

²⁷³ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por responsabilidad debemos entender "la deuda, la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal", Vid. **Real Academia Española**, *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/responsabilidad?m=form>, fecha de consulta: 9/6/2021.

²⁷⁴ Vid. <https://www.conceptosjuridicos.com/responsabilidad-penal/>. Fecha de consulta: 9/6/2021.

Personas Jurídicas nos estamos refiriendo al deber jurídico que deben responder las personas fictas ante la comisión de una acción u omisión ilícita según lo establezca el ordenamiento jurídico penal respectivo.

En ese sentido, cabe expresar un poco de los aspectos generales sobre la concepción *finalista* de la teoría del delito. El finalismo colocó el concepto final de acción en la base misma de la estructura del delito. Al igual que en el causalismo se adopta un punto de vista ontológico para su definición, con la diferencia que el primer sistema sitúa la noción de la acción en un plano natural, mientras que en el finalismo se hace sobre la estructura lógico objetiva del actuar humano caracterizado por la capacidad de conducir su actividad con arreglo a un determinado plan. En definitiva, el sistema de pensamiento finalista se basa en el reconocimiento de la capacidad de libertad de actuación del ser humano. La acción es final y no puramente causal. Mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso, actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin. “*Por eso la finalidad es vidente, la causalidad ciega*” (WELZEL)²⁷⁵.

Las consecuencias que conlleva este nuevo enfoque proporcionaron el fundamento para una profunda reforma del contenido de la Teoría del delito. La existencia de una acción típica y antijurídica implica para el finalismo un desvalor social que se plasma en el concepto del injusto personal, cuya característica básica es un juicio de desvalor personal de la acción y no el desvalor del resultado (causación de resultados) como se pretendía con el causalismo. Las condiciones que se exigen para deducir este desvalor de la acción son la concurrencia de dolo o imprudencia en la acción del sujeto.

²⁷⁵ **José Ramón Serrano, et. al.**, *Manual de teoría jurídica del delito* (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2013), 33.

Así pues, las acciones dolosa e imprudentes constituyen distintos injustos típicos. Obsérvese, que ahora no sólo lo valorativo (estimación de la finalidad) traspasa todo el delito, sino también lo subjetivo. Por ello la acción final confiere la base subjetiva del injusto. De esta tesis se deriva la consecuencia de que el dolo, al igual que los demás elementos subjetivos, pertenecen al tipo. Entendiendo el dolo como pura realización de la voluntad de realizar un hecho típico se sienta una firme base de distinción con el denominado *dolus malus causalista*. En efecto, el dolo natural de los finalistas, mera dirección de la acción hacia el hecho típico, no toma en consideración si el sujeto conocía o no la ilicitud de su comportamiento. En otras palabras, el “conocimiento de la antijuridicidad”, el posible “error de prohibición”, se separa del “error de tipo” y su examen queda para ser realizado en la culpabilidad²⁷⁶.

4.1. Conducta jurídicamente penal relevante.

Según se deduce del artículo 18 del Código Penal (CP)²⁷⁷, la responsabilidad penal es causa de la realización de un hecho punible, en algunos apartados de la doctrina en esta parte de la teoría del delito se le denomina “*comportamiento humano relevante para el derecho penal*” pero atendiendo que en la presente investigación se trata de la responsabilidad penal en el delito de lavado de dinero y activos, esta denominación nos parece demasiado personalista y subjetivista enfocado únicamente a la persona humana o natural, por lo que a criterio de esta investigación lo correcto es mencionar la existencia de una conducta jurídicamente relevante.

En este apartado, se propone una profunda revisión del concepto de acción la dogmática funcionalista de JAKOBS, para la que el significado del acto no lo

²⁷⁶ Ibidem, 34.

²⁷⁷ Código Penal de El Salvador, *Óp. Cit.*, Art. 18.

conforman componentes descriptivos, referidos a la realidad, sino el injusto articulado desde una perspectiva social.

JAKOBS es sumamente claro al respecto, al definir la acción como expresión de un sentido, que ha de considerarse no tanto en la propia configuración de la realidad, sino como ruptura del orden vigente. Quien, sin razón alguna para hacerlo, destruye la cosa ajena expresa el sentido “prefiero destruir la cosa a dejarla incólume”, pero también “no reconozco ninguna norma que me vincule y prohíba la destrucción”.

La expresión de sentido jurídico penalmente relevante de una acción injusta está, para el autor, en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquélla comporta de modo inseparable.

El concepto de acción ha desaparecido en JAKOBS, y a partir de ahí resulta coherente su postura respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Que puede afirmarse porque el Derecho Penal no ha de juzgar acciones, sino sujetos de responsabilidad, esto es, sistemas compuestos: **a) input**, de psique y cuerpo si se trata de personas físicas; o **b) de constitución y órganos**, si se trata de personas jurídicas, cuya exclusión del ámbito de la responsabilidad no se puede justificar en absoluto, ya que ambos sistemas son perfectamente capaces de originar resultados (output)²⁷⁸.

Por otra parte, se acentúan los aspectos garantistas, pues el comportamiento humano no es mera manifestación de la personalidad, sino que la acción jurídica penalmente relevante -y sustrato de los demás elementos del delito-, ha de ser comportamiento humano que, además, responda a la personalidad de su autor; en el caso de las personas jurídicas este fundamento no apliza. Quizá porque el concepto de acción ha alcanzado suficiente nitidez doctrinal y normativa, esto se ve reflejado en los arts. 18 y 19 CP: “*Los hechos punibles se dividen en ...; Los hechos culposos...; Los*

²⁷⁸ José Ramón Serrano, et. al., *Manual de teoría jurídica del delito*, Óp. Cit., 40-41.

hechos punibles..”, es tendencia generalizada la de omitir en los Códigos una relación o descripción de las causas que excluyen la acción –como la contenida en el artículo 36 del derogado Código Penal de El Salvador), ya que, a contrario sensu, pueden deducirse del concepto de delito manejado.

Es en este sentido en el que la doctrina y la jurisprudencia vienen pacíficamente reconociendo –aunque sin contar en ocasiones con apoyatura legal expresa- que el comportamiento humano está ausente cuando el sujeto actúa en estado de inconsciencia, cuando sus movimientos no responden a la acción de los centros superiores cerebrales –movimientos reflejos, crisis epilépticas- o cuando actúa bajo presión de una fuerza irresistible, entendiéndose por tal la vis absoluta, que impide físicamente al sujeto actuar voluntariamente.

Por el contrario, los supuestos de vis compulsiva, no impiden calificar el comportamiento del sujeto como propiamente humano, ya que responde a una decisión personal, aunque gravemente condicionada, hasta el punto de que puede determinar la exclusión de la culpabilidad (BERDUGO y otros). No es tampoco subsumible en el concepto de acción aquí propuesto la actuación de las personas jurídicas²⁷⁹.

El sistema penal salvadoreño parte de la aceptación del axioma *societas delinquere non potest*, que se asienta, fundamentalmente, en el dato de que, si bien en otros ámbitos –señaladamente en el mercantil- los sujetos actuantes adoptan generalmente la forma de personas jurídicas, con plena capacidad de actuación, en el área penal no es factible detectar en esa actuación los elementos definidores del concepto penal de “acción”, por lo que no comprendería la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos consecuentes de cometer alguna conducta penalmente relevante para el ámbito jurídico, sino que el mismo tendría que estar

²⁷⁹ José Ramón Serrano, et. al., *Manual de teoría jurídica del delito*, Óp. Cit., 42.

regulado en un ordenamiento jurídico aparte contenido en algún decreto legislativo aprobado por el legislador salvadoreño, donde conste que se va entender por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo que se va entender por acción para el caso de los delitos que sean cometidos por las personas jurídicas, considerando que la teoría del delito no es subsumible la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría utilizarse cualquiera de los modelos que posteriormente se mencionarán en la presente investigación, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto o el de un tercero, siendo el génesis de un nuevo sujeto activo del delito, sistema de imputación, en el caso que esto se implemente será una reconfiguración del proceso penal y de las instituciones que integran el sistema de justicia penal.

Nuestro Código Penal en el Art. 38 regula el actuar por otro, en el que establece que: *el que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare*²⁸⁰; de la lectura de dicha disposición solo se observa que nos encontramos en una responsabilidad individual de las personas naturales que actúan como director o administrador de una persona jurídica, excluyendo a esta última de cualquier responsabilidad penal; por otro lado, en el inciso segundo, establece la responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas, no estableciendo en ningún momento responsabilidad penal alguna en las personas jurídicas, así también, en que ilícitos en los que la persona jurídica puede asumir una responsabilidad civil solidaria.

²⁸⁰ Código Penal de El Salvador, *Óp. Cit.*, Art. 38.

La necesidad de esta regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos ha sido considerada por las Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas como una de las herramientas de lucha contra las actividades delictivas que los países signatarios de dichas Convenciones deben ser acogidas en sus legislaciones internas. En el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que expresa: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”²⁸¹ (subrayado me pertenece).

Así también, en el artículo 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que establece: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6 (este se refiere al blanqueo de capitales) 8 y 23 de la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad

²⁸¹ **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción** (El Salvador: Asamblea Legislativa - Ratificación, 2004), Art. 26.

penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. 12 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo”²⁸² (subrayado y negritas me pertenecen).

Asimismo, en el artículo 5 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo²⁸³, en el que establece: “1. Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa. 2. Se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos. 3. Cada Estado Parte velará en particular por que las entidades jurídicas responsables de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Tales sanciones podrán incluir sanciones de carácter monetario²⁸⁴” se solicita a los países consagrar en sus regulaciones internas la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de los delitos a los que hacen referencia estas Convenciones.

²⁸² **Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional** (El Salvador: Asamblea Legislativa -Ratificación, 2003), Art. 10.

²⁸³ **Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo** (El Salvador: Asamblea Legislativa, Ratificación, 2003), Art. 5.

²⁸⁴ **José Ramón Serrano, et. al.**, *Manual de teoría jurídica del delito*, Óp. Cit., 45.

4.2. Injusto Penal: Tipicidad.

La tipicidad penal es la característica de aquel comportamiento que coincide con el supuesto de hecho legalmente establecido en algún tipo de delito. Su inclusión entre los elementos del delito cumple una doble función: por una parte, es la plasmación de esa tarea selectiva del legislador a la que antes hemos aludido; por otra, representa para el ciudadano la garantía de no verse sometido a sanción penal alguna si su conducta no encaja en algún supuesto de hecho típico.

A lo largo de esta investigación se ha centrado que del “si” de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y hemos dejado de lado como lo hace gran parte de la doctrina, el “cómo” de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si se admite la posibilidad de hacer penalmente responsables a las personas jurídicas, la cuestión a discutir será: ¿Cuál es el injusto típico de las personas jurídicas?

La primera propuesta de solución la encontramos en la *doctrina de la identificación* que es una comprensión proveniente del mundo anglosajón, el injusto de las personas jurídicas es el realizado por el órgano o representante que un *alter ego* de la persona jurídica., Los elementos objetivos y subjetivos del delito se deberán dar en la persona natural representante u órgano de la empresa (lo subjetivo no sería necesario si se admite el strict liability -responsabilidad objetiva- como en Estados Unidos). Lo importante en este caso, la doctrina es determinar en qué casos el representante actúa como tal (y permite una imputación del injusto de resultado a la persona jurídica) y cuando no, de manera que en este evento responderá a título personal²⁸⁵.

El principal problema de este planteamiento es que impediría atribuir una responsabilidad conjunta a los órganos de la persona jurídica y a la persona jurídica en

²⁸⁵ José Ramón Serrano, et. al., *Manual de teoría jurídica del delito*, Óp. Cit., 52.

su misma, sobre todo considerando que en nuestra Constitución está prohibido el doble juzgamiento, pero en el caso que se hiciera en una misma acción penal a criterio de esta investigación no se estaría vulnerando el principio de doble juzgamiento, la doctrina lo resuelve que si el órgano ha actuado como la persona jurídica, entonces no podrá imputársele responsabilidad penal al órgano, pues quien ha actuado en todo momento ha sido la persona jurídica.

El uso abusivo de las formas jurídicas podría llevar a utilizar a la persona jurídica de las corporaciones para liberar de responsabilidad penal a los sujetos individuales actuantes²⁸⁶.

En cuanto a la segunda propuesta de solución la encontramos en la *teoría del defecto de organización*, que posteriormente es presentada como un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que es una teoría desarrollada por Tiedemann, en la que se sanciona a la empresa por la comisión de delitos realizados por sus miembros o subordinados. El injusto ya no es el injusto de resultado cometido por el representante o miembro de la empresa, sino un injusto propio de la persona jurídica: el haberse organizado defectuosamente durante el desarrollo de sus actividades, de manera que se ha favorecido la comisión de un hecho delictivo. Se trata de un injusto de organización que no dependerá, en principio de ningún resultado. Esta comprensión tendrías varias particularidades:

- ✓ Que podría castigarse a las personas jurídicas sin la lesión efectiva de un bien jurídico, afectándose así el principio de subsidiariedad del derecho penal. La única forma de salir al paso a esta crítica sería considerar la producción de un

²⁸⁶ Percy García Caverro, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 26, N° 78 (2005),137-144; véase <https://Dialnet-LaResponsabilidadPenalDeLasPersonasJuridicas-5319474.pdf>.

injusto de resultado del miembro de la persona jurídica como una condición objetiva de punibilidad.

- ✓ Que el delito de la persona jurídica sería siempre el mismo: su organización defectuosa. Esta consecuencia no es negativa, pero podría presentar problemas de proporcionalidad, en la medida que se castigaría a la persona jurídica con la misma pena por los delitos leves y graves cometidos por sus miembros. La propuesta alternativa para evitar esta falta de equidad sería vincular la pena de la persona jurídica al delito cometido por los órganos o representantes.

4.3. Antijuricidad.

4.3.1. Antijuricidad formal y antijuricidad material.

El término “*antijurídico*” evoca etimológicamente la idea de un comportamiento que contradice las reglas establecidas por el Derecho. Puesto que el ordenamiento se compone de un conjunto de sectores normativos (civil, administrativo, etc.), no cabe duda de que un acto puede ser antijurídico y sin embargo carecer de relevancia penal; así, por ejemplo, es contrario a las normas civiles el comportamiento del arrendatario que no conserva la vivienda en buen estado, o es contrario a las normas administrativas aparcar el vehículo en algún lugar prohibido. En lo que al Derecho Penal se refiere, una conducta podrá tacharse de antijurídica cuando sea contraria a las normas que rigen en ese sector del ordenamiento y que, en general, tienen naturaleza prohibitiva²⁸⁷.

De ahí que podamos identificar sin dificultad la expresión “*comportamiento penalmente antijurídico*” con esta otra: “*conducta prohibida*” por el Derecho Penal.

²⁸⁷ José Ramón Serrano, et. al., *Manual de teoría jurídica del delito*, Óp. Cit., 56.

Esta acepción se corresponde con lo que la doctrina entiende por antijuridicidad formal, es decir, la relación de contradicción de un hecho con el Derecho y, en particular con el Derecho Penal. No obstante, aún no sabemos qué cualidades debe manifestar ese comportamiento –comisivo u omisivo- para que sea antijurídico o, lo que es lo mismo, ¿por qué un hecho es contrario a Derecho?. La respuesta a esta cuestión corresponde a lo que se conoce con el nombre de antijuridicidad material. Tal concepto no es sólo una explicación del fundamento de la prohibición, sino sobre todo la exigencia de que haya un contenido material de antijuridicidad en todo comportamiento delictivo y por tanto un límite al ius puniendi ejercido por el Estado²⁸⁸.

La primera versión de la teoría objetiva basa el fundamento de la punición en el peligro próximo de la producción del resultado – si el delito aparece en grado de tentativa- o en la aparición del mismo –si el delito aparece en grado de consumación. La versión más extrema de la misma conduce a un Derecho Penal del hecho o de responsabilidad objetiva proscrito en nuestro Código Penal en el artículo 4: “ *La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto*”. A su vez, la versión extrema de las posiciones subjetivas, nos llevan a un Derecho Penal de autor en el que el principio de lesividad cede ante la simple manifestación de una voluntad contraria a Derecho. Versión también excluida de nuestro Código Penal en el artículo 3: “*No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal*”²⁸⁹.

²⁸⁸ José Ramón Serrano, et. al., *Manual de teoría jurídica del delito*, Óp. Cit., 67-68.

²⁸⁹ Código Penal de El Salvador, Óp. Cit., Art. 4.

Inicialmente, debe advertirse que, en el ámbito de la responsabilidad penal, se ha producido una evolución histórica, interrelacionada con el surgimiento y desarrollo del Estado Constitucional de Derecho. Este proceso ha conducido a desterrar los modelos de valoración de la conducta humana que sólo atendían a los hechos acaecidos en el mundo exterior, sin considerar el sentido de la voluntad subjetiva.

En ese orden, se vuelve oportuno aludir a lo establecido por el jurista Santiago Mir Puig sostiene que en el Derecho primitivo regía el principio de “*responsabilidad objetiva*” o “*responsabilidad por el resultado*”, según el cual, bastaba que se demostrara la provocación material de una lesión para habilitar la imposición de una pena, sin exigir una especial reflexión sobre la dirección volitiva del individuo causante; este tipo de responsabilidad es concordante con el de una persona jurídicas ya que no se le puede exigir el elemento volitivo, al ser un ente ficticio, pero que si se puede ver si la existencia de una voluntad, por ejemplo si han fallado los protocolos de prevención de lavado de dinero y activos o en el caso si estos nunca implementaron protocolos de prevención de blanqueos de capitales, lo que podría resolver de esta manera.

Contrariamente, la concepción moderna requiere que se acredite y valore la intención del sujeto; por ello, sostiene que ninguna actividad humana debe ser sancionada penalmente, si no se manifiesta el dolo o culpa del agente²⁹⁰.

Como derivación de lo anterior, se exige que la estructura de todos los tipos penales contenga una parte subjetiva²⁹¹.

Además, la doctrina censura terminantemente la aplicación de la responsabilidad objetiva, indicando que los principios de dignidad de la persona y

²⁹⁰ **Santiago Mir Puig**, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Editorial Reppertor, 2005), 134-135.

²⁹¹ **Diego Manuel Luzón Peña**, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, (Madrid: Editorial Universitas 2004), 302.

legalidad se ven lesionados, cuando el sujeto *“pueda responder penalmente de un hecho que le es ajeno, un hecho respecto del cual no se le puede vincular ni dolosa ni culposamente”*²⁹².

En relación con lo expuesto, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal ha caracterizado la responsabilidad objetiva como aquella que se conforma con la simple comprobación del nexo de causalidad material entre acción y resultado; en contraposición a ésta, nuestro legislador ha acogido el instituto de la responsabilidad penal por culpabilidad, el cual es inminentemente personalísimo, el cual no encaja con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, requiriendo que se indague sobre los aspectos subjetivos del comportamiento, con el objeto de precisar la pertenencia del acto delictivo al sujeto, comprobando que éste lo realizó con conciencia de su ilicitud²⁹³.

Precisamente, en la normativa penal salvadoreña, la responsabilidad objetiva ha sido proscrita de manera tajante, conforme al Art. 4 inc. 1º del Código Penal, precepto que literalmente reza: *“La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva”*²⁹⁴.

Ahora bien, en lo tocante a la conceptualización del dolo, esta Sala lo ha definido en proveídos anteriores como: *“la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en la figura delictiva”*²⁹⁵. Por lo que existencia de prohibición de responsabilidad objetiva es contraria a la legislación de la

²⁹² **Juan José Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée**, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Madrid: Editorial Trotta, Serie Derecho, Madrid, 2006), 208.

²⁹³ **Sala de lo Penal**, *Sentencia de casación, Ref. 66-CAS-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

²⁹⁴ **Código Penal de El Salvador**, *Óp. Cit.*, Art. 4.

²⁹⁵ **Sala de lo Penal**, *Sentencia de casación, Ref. 314-CAS-2011* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

responsabilidad penal, en el caso que emitiría una ley formal, este artículo tendría que ser reformado o en la nueva legislación establecer en una disposición que constituye una excepción a la prohibición de responsabilidad penal, ya que en el caso de los elementos subjetivos de las categorías del delito no podrían ser exigido a la persona jurídica, ya que los mismos no tiene psiquis, ni tienen voluntad.

En la actualidad la doctrina mayoritaria se decanta por una matizada fundamentación objetiva del injusto penal, la cual hace residir la esencia de la antijuridicidad en la ofensa de un bien jurídico protegido jurídicamente. No obstante, tal aseveración debe ser, como se decía, matizada: en primer lugar, no habrá antijuridicidad si no hay ningún desvalor de acción -por ejemplo, si hay caso fortuito o riesgo permitido-; en segundo lugar, tampoco si concurren causas de justificación del resultado por las que el bien jurídico deja de estar concretamente protegido -por ejemplo, legítima defensa-; por último, ambas condiciones implican que la conducta ataca al propio Derecho y no sólo al bien jurídico. Mientras que el Código Penal Salvadoreño, al igual que el español, sigue una orientación moderadamente objetiva del injusto, el Código Penal Alemán lo hace con igual intensidad, pero desde una perspectiva subjetiva²⁹⁶.

4.3.2. Bien jurídico.

El Derecho Penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para una existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados *bienes jurídicos*.

En cuanto al bien jurídico considerando que se trata del Lavado de Dinero y Activos este ya fue abordado en el Capítulo anterior, solo mencionar que el mismo se

²⁹⁶ Juan José Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho...* Op. Cit., 209.

trata el bien jurídico protegido es *el tráfico lícito de bienes* en término sencillos, consiste en la licitud del dinero, bienes y capitales que circulan en los distintos canales de la economía legal, es decir que no provengan de fuentes ilícitas en general y delictivas en específico, el cual puede ser puesto en peligro o de resultado por la persona jurídica.

4.3.3. Causas de Justificación.

Las causas de justificación son aquellos supuestos que eliminan la antijuridicidad de la acción típica tornándola lícita²⁹⁷, por lo que ya no es posible avanzar en el análisis de las restantes categorías del delito al ser acciones u omisiones típico, pero plenamente lícitas no antijurídicas. La doctrina considera como causas de justificación: **a)** el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo; **b)** la legítima defensa y **c)** el estado de necesidad.

Estas causas de justificación se encuentran regulado en el Art. 27 CP ordinales primero, segundo y tercera, el primero es el que expresa: “1) *Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita*, 2) *Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla; y, c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa (referida a la legítima defensa); y 3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o*

²⁹⁷ “Causas de Justificación, enciclopedia jurídica”, acceso el 6 de junio de 2021, <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/causas-de-justificaci%C3%B3n/causas-de-justificaci%C3%B3n.htm>.

igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo”²⁹⁸.

Conforme al criterio de la presente investigación, no puede concurrir ninguna de las causas de justificación en el tema objeto de estudio, ya que estamos ante un delito objeto de estudio que se trata del lavado de dinero y activos, pues este tipo penal tiene como fin la tutela del bien jurídico del tráfico lícito de bienes que consiste en la licitud del dinero, bienes y capitales que circulan en los distintos canales de la economía legal, es decir que no provengan de fuentes ilícitas en general y delictivas en específico; por lo que no podríamos estar en presencia del cumplimiento de un deber o ejercicio de derecho al lavar dinero, ni muchos ejerciendo legítima defensa supone un derecho que el sujeto tiene para asumir por sí, por razón de urgencia e inaplazabilidad, el mantenimiento del orden jurídico que corresponde al Estado frente al transe de lesión o pérdida de determinados derechos, no se podría mantener el orden lavando dinero y sería bien difícil que exista un estado de necesidad al querer salvar otro bien jurídico al lavar dinero, ya que en el caso de aceptar cualquiera de estos supuestos admitiríamos que el delito de lavado de dinero y activos es lícito el tráfico de bienes de origen delictivo.

4.4. Culpabilidad.

La culpabilidad como categoría de la noción jurídica del delito, ha sido quizás la que mayor influencia ha recibido en el desarrollo de las diversas corrientes doctrinales. Y no es para menos: por regla general es el último eslabón de comprobación para la imposición de la pena luego del injusto penal y a la vez

²⁹⁸ Código Penal de El Salvador, *Óp. Cit.*, Art. 27.

constituye su límite: *nulla poena sine culpa* (no hay pena sin culpabilidad) tal como lo establece el artículo 4 CP.

La culpabilidad es una categoría de la teoría del delito que tiene como función la de recoger los elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuricidad, son necesarios para la imposición de una pena²⁹⁹.

Los autores que defienden la posibilidad de imponer sanciones penales aunque la persona jurídica adolezca de falta de culpabilidad, recurren a algún otro fundamento que sustente la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas, en este línea discurren los planteamientos de Schunemann, con base en su criterio del estado de necesidad preventivo de protección de bienes jurídicos, o Alwart, quien fundamenta una responsabilidad subsidiaria por no imposición de pena a las personas individuales por la organización de la empresa.

En el ámbito Iberoamericano autores como Bajo Fernández, con su concepto de responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad, y Baigun, con su concepto de responsabilidad social han intentado también fundamentar las sanciones a las personas jurídicas con principios distintos a la culpabilidad.

La crítica general que se hace por parte de la doctrina a esos intentos de fundamentar la imposición de sanciones a las personas jurídicas sin culpabilidad, es desdibujar de alguna forma los rasgos definitorios del derecho penal contemporáneo. Si la pena se puede imponer desligada de la culpabilidad, prácticamente habremos borrado el límite con el derecho administrativo sancionado y con las medidas de seguridad. En un derecho penal construido sobre la culpabilidad del autor, no puede admitirse la imposición de sanciones con base en otras buenas razones.

²⁹⁹ José Ramón Serrano, et. al., *Manual de teoría jurídica del delito*, Óp. Cit., 105.

Un sector de la doctrina admite la capacidad de culpabilidad penal de las personas jurídicas, de manera que pueden responder penalmente y ser sujeto pasible de sanciones penales. El punto de disenso al interior de esta postura está en la configuración de esta culpabilidad penal, es decir, si la culpabilidad de las personas jurídicas es igual a la exigida para las personas naturales, o si las primeras tienen una culpabilidad penal con contornos propios.

a) **La misma culpabilidad penal para las personas jurídicas.**

Los que defienden una misma culpabilidad para las personas jurídicas y naturales parte de la idea de que la culpabilidad es un concepto variable con un contenido histórico. En este sentido, si bien la formulación original del concepto de culpabilidad no se ajustó a las personas jurídicas en un primer momento, este concepto ha evolucionado de forma tal que podría admitir hoy en su seno la realidad de las personas jurídicas. En efecto, en la actualidad no se maneja un concepto de culpabilidad con un contenido voluntario-psicológico (causalismo), ni de base ético-individual (neokantismo o finalismo), sino un concepto social de culpabilidad orientado fundamentalmente a la necesidad de la pena. En ese sentido, nada impide que una culpabilidad basada solamente en un juicio social pueda dirigirse a las personas jurídicas. En esta línea, se mueven las propuestas de Brender y Schroth; lo paradójico es que autores que parten de un concepto individualista de culpabilidad como Von Weber, Hirsch o Ehrhardt concluyan que, si cabe una culpabilidad desprendida de consideraciones individualistas, como Jakobs, concluyan que no hay una culpabilidad de las personas jurídicas³⁰⁰.

De forma muy sintética y general, podemos decir que el problema de esta comprensión de la culpabilidad de las personas jurídicas es que al final se tiene

³⁰⁰ *Ibidem*, 106-107.

concepto de culpabilidad tan amplio como poco útil en el plano dogmático. El aspecto garantista que constituye la culpabilidad penal se vería seriamente afectado³⁰¹.

b) Una culpabilidad propia de las personas jurídicas.

De todo lo expuesto puede concluirse que el camino dogmático más adecuado es construir una culpabilidad penal propias de las personas jurídicas. Esta labor la han intentado llevar a cabo Heine con la culpabilidad por la conducción del negocio y Lampe con la culpabilidad por el carácter o ser así de la empresa (esto es, la empresa con una actitud colectiva criminógena). La crítica que se le hace a esta parte de la doctrina es que la culpabilidad de las personas jurídicas se sustentaría más en una culpabilidad de autor que de acto, lo cual si bien resulta plausible, podría decirse que atenta contra uno de los logros del derecho penal contemporáneo: la culpabilidad de acto. No obstante, la exactitud de esta crítica resulta cuestionable, pues, debemos recordar que la imputación penal se basa efectivamente en un acto, pero los elementos que se toman en cuenta para hacer un juicio de responsabilidad tiene en consideración aspectos de la vida del autor (conocimiento, edad, etc).

Según el criterio de esta investigación la posibilidad de afirmar una culpabilidad penal de las personas jurídicas debe diferencia dos pasos. En primer lugar, hay que determinar si las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad, es decir, si puede ser sujetos de juicio de valor del ordenamiento jurídico-penal. Por lo que se puede decir que sí es posible hacer penalmente responsables a las personas jurídicas en la medida que tienen una individualidad (libertad organizativa) y una sociedad (sujeto de expectativas sociales). Esta capacidad de culpabilidad es similar a la de las personas naturales, por lo que si bien se trata de un concepto propio de las personas jurídicas, es

³⁰¹ Percy García Caverro, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Op. Cit.*, 143-144.

análogo al de las personas naturales. En segundo lugar, se encuentra la culpabilidad jurídico-penal, la cual tiene lugar si es que se ha cometido un injusto penal desde la persona jurídica. El contenido del reproche penal a la persona jurídica consiste en no haber actuado como ciudadano fiel al derecho, es decir, en no haberse organizado adecuadamente para evitar la producción del injusto penal³⁰².

4.5. Autoría y Participación: Actuar por otro.

El Art. 38 del Código Penal regula el actuar por otro, en el que establece: *“El que actuare como directivo 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”*³⁰³. La regla que contiene este precepto extiende a quien actúa las condiciones que cualifican a aquél a cuyo nombre se actúa, condiciones que son las que recoge el tipo penal: se transfieren a quien actúa en nombre o por cuenta de otros unas condiciones típicas de las que carece pero que sí posee el representado, quien resulta impune, bien por no tener capacidad penal como es el caso de la persona jurídica, bien por ser incapaz (un menor de edad), bien por ser ajeno a la actuación de quien le representa.

La disposición pretende evitar fundamentalmente la impunidad de actuaciones delictivas llevadas a cabo por los miembros de una persona jurídica al amparo de la misma, estando aquellos miembros perfectamente individualizados; se refiere a delitos

³⁰² *Ibíd.*, 144.

³⁰³ **Código Penal de El Salvador**, *Óp. Cit.*, Art. 38.

en los en los que la autoría exige necesariamente ciertas características que sólo concurren en la persona jurídica y no en los miembros que la integran.

Posteriormente una vez determinada la concurrencia de tales circunstancias en la persona jurídica, debe pasarse a continuación a indagar sobre la participación real de cada sujeto en los hechos, así como su culpabilidad en relación a los mismos.

El actuante al que se refiere el Art. 38 CP, es la persona que ha realizado el tipo penal tanto en su parte objetiva como en su parte subjetiva.

El precepto no establece por tanto una presunción de autoría, sino que exige que el sujeto haya actuado en términos de los arts. 33 al 36 del Código Penal únicamente la concreta condición exigida en el tipo penal; de ahí que el artículo en estudio dice que no importa que no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones fijadas en la figura delictiva, sino que basta que tales concurren en la persona en cuyo nombre o representación obre.

Los tres elementos o supuestos que mencionan el Art. 38 CP, son los siguientes:

1. Las *condiciones* se refieren a la especial posición que el tipo penal exige al eventual sujeto activo del mismo (p. ej. El comerciante social a quién se declara en quiebra).
2. Las *cualidades* son definiciones esenciales de la persona física o jurídica que difícilmente pueden separarse de ella y trasladarse a un tercero.
3. Las *relaciones* son las conexiones entre la persona y otras personas o cosas (p. ej. El deudor cuando el administrador se alza con los bienes de la persona jurídica)³⁰⁴.

³⁰⁴ **Francisco Moreno Carrasco**, et. al., *Código Penal de El Salvador comentado* (San Salvador: Escuela de Capacitación Judicial, Consejo Nacional de la Judicatura, 2005), 245-247.

La actuación en nombre de otro obliga a distinguir los *comportamientos del órgano de la persona jurídica y los de las personas que la integran*, quienes aprovechan tal condición y usan fraudulentamente una titularidad formal para las finalidades ajenas a las de la persona jurídica: hay delitos cometidos por una persona jurídica a través de sus órganos y delitos cometidos por personas físicas instrumentando su particular condición dentro de una persona jurídica, por ello es necesario la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas referida en especial referencia a los delitos como Lavado de Dinero y Activos, a fin de evitar la continuación de mayor comisión de ilícitos y que estos queden impunes, por ellos se requiere una doble imputación una referida a la conducta humana relevante y la otra a los ilícitos que puede cometer la persona jurídica.

El ámbito personal del precepto se refiere a los directivos o administradores de una persona jurídica y a quienes actúan en nombre o representación legal o voluntaria de otro. La delimitación de quienes sean directivos y administradores de la persona jurídica habrá de encontrarse en sus normas legales o estatutarias, aunque la responsabilidad se extiende también a las personas que ejerzan de “de hecho” tales funciones, con independencia de quien sean otros quienes de derecho las detenten: lo esencial en este último caso es que estas personas ejerzan *el dominio del acto de dirección o administración*, pudiendo valerse de otras personas inhábiles o meramente instrumentales³⁰⁵.

La vinculación del actuar por otro queda supeditado a dos situaciones determinadas:

³⁰⁵ Percy García Caverro, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Op. Cit.*, 150.

- a) Los actos de administración -de hecho o por derecho- de una persona jurídica o la actuación en nombre o representación de dicha persona moral, que este supuesto es el que se refiere a la presente investigación.
- b) Las representaciones de orden legal o las actuaciones en nombre una persona natural.

El Art. 38 CP tiene una íntima vinculación con apotegma de *societas delinquere non postest* o las *societates no delinquen*, cuestión que puede reconducirse a una consecuencia del principio de culpabilidad, en el sentido de culpabilidad, es personalísima, en el sentido que está referido a la conducta humana. Fijado el anterior marco la cláusula de actuar por otro, es *un paso intermedio entre la impunidad de los actos de las personas jurídicas y la responsabilidad penal que se le presente atribuir un nuevo modelo de imputación*, que cambia los cimientos del derecho penal nuclear, que está construido sobre un modelo de imputación de la persona humana.

De ahí que por la estipulación del actuar por otro, se permita -sin que la persona jurídica sea penalmente responsable- que las condiciones o cualidades especiales que dicha persona ostentan pueden ser trasladadas a la persona natural que actuará en la ejecución de la conducta delictiva, porque dichas circunstancias especiales constituyen *un elemento especial de autoría* que únicamente puede ostentar el sujeto activo, el cual en ciertos ilícitos por su alto contenido normativo, únicamente podrían ser predicables de la persona jurídica, pero no por el sujeto activo que actúa tras la persona jurídica - por ejemplo el caso de evasión de impuestos o como el lavado de dinero de dinero-, de la cláusula de transmisión de equivalencia de las cualidades, condiciones o relaciones de la persona jurídica a la persona natural que actúa en su nombre.

Solo podrá constituir actuar por otro, cuando el hecho se cometa mediante la utilización de una persona jurídica, siempre que el tipo penal exija, la concurrencia de condiciones, cualidades o relaciones en la persona jurídica, de no concurrir este

elemento en la estructura de la persona jurídica, de no concurrir este elemento en la estructura de la persona jurídica, como elemento especial de autoría no se está en presencia en la figura de “actuar por otro” y la responsabilidad es personal del sujeto que cometió el hecho utilizando como medio a la persona jurídica ello tiene importantes repercusiones en la responsabilidad civil que se deriva, porque en este caso ya no existe la concurrencia necesaria de la responsabilidad civil subsidiariedad especial³⁰⁶.

³⁰⁶ **Francisco Moreno Carrasco**, et. al., *Código Penal de El Salvador comentado*, Op, Cit., 249.

CAPÍTULO 5

MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

De acuerdo a lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, el principio *societas delinquere non potest* en la actualidad ha venido cada vez más en detrimento, por consecuencia de los avances dogmáticos alrededor de la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Así llegamos a la exposición de los diversos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que han sido manifestados por la doctrina a fin de resolver el problema de la imputación penal de las personas jurídicas, ya que en el El Salvador solo se cuenta con la imputación penal de las conductas u omisiones de las personas humanas, ya que está construido sobre el ya mencionado principio de culpabilidad, que de conformidad al Art. 4 CPP, solo puede existir delito cuando el mismo sea cometido por dolo o culpa, proscribiendo la responsabilidad objetiva.

En este se hará un análisis y estudio del *modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro*, que encuentra su máxima expresión en el modelo de responsabilidad vicarial de origen anglosajón. Posteriormente se expone y desarrolla el modelo de *responsabilidad por defecto de organización* visto de desde dos perspectivas la primera que parte de un hecho de conexión y establece una culpabilidad propia para la persona jurídica, y desde la perspectiva del establecimiento del injusto y culpabilidad propia de la persona jurídica; y finalmente se desarrolla *el modelo constructivista de responsabilidad penal* catalogado como un modelo propio de autorresponsabilidad de la persona jurídica.

5.1. Modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro.

Como su nombre lo indica, este modelo de responsabilidad penal en términos sencillos consiste en atribuirle o transferirle a la persona jurídica la responsabilidad penal por un delito que ha sido cometido por un sujeto físico que se encuentra vinculado a ésta, de manera que pueda entenderse que la acción del sujeto físico es la acción misma de la persona jurídica producto de la relación funcional que existe entre ambos³⁰⁷; de esta forma, aparentemente se soluciona el problema de incapacidad de acción e incapacidad de culpabilidad que concurre en la persona jurídica, atribuyéndosele a esta última la acción y la culpabilidad del sujeto individual quien actuó en su nombre y beneficio.

Su origen o creación se atribuye a la jurisprudencia anglosajona principalmente a través de resoluciones judiciales emanadas de los Tribunales estadounidenses e ingleses³⁰⁸. La doctrina señala que ha transcurrido más de un siglo⁹² desde que los Estados Unidos de América ha sobresalido en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por aplicar verdaderas sanciones penales a las personas jurídicas⁹³, siendo la atribución del hecho de otro el instrumento. Difícilmente se encuentra en la doctrina algún autor que abiertamente se decline por su aplicación como tal; sin embargo, el profesor Nieto Martín³⁰⁹, expone algunas ideas que permiten inferir que su línea de pensamiento se inclina por reconocer un modelo por atribución del hecho de otro, aunque con algunas variantes muy significativas.

³⁰⁷ **Silva Sánchez y Jesús María**, “La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Derecho Penal y Criminología* 29, N° 8687, (2008), 129-48. *Vid.* en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3313891.pdf>.

³⁰⁸ **Pablo González Sierra**, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Madrid, Editorial de la Universidad de Granada, 2012), *vid.* en perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160608_01.pdf.

³⁰⁹ **Adán Nieto Martín**, *La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas: Esquema de un Modelo de Responsabilidad Penal* (Madrid, Iustel, 2008), 33-45; *crf.* en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/21responsabilidad-penal.pdf>.

Según explica el profesor Silva Sánchez el modelo de responsabilidad por atribución del hecho de otro presupone que la comisión del hecho ilícito debe ser llevada a cabo por una persona física del seno de la Persona Jurídica, es decir, por alguien que forme parte de sus órganos o que figure como representante. En esa misma línea de pensamiento García Caveró coincide que este modelo consiste en la transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica por el ilícito penal cometido por sus órganos o representantes³¹⁰.

En relación al hecho ilícito ejecutado por la persona física (perteneciente al órgano o figure como representante) se sostiene que puede ser cometido ya por comisión o bien por comisión por omisión, situación que puede darse cuando los órganos omitan sus deberes de vigilancia, de coordinación o de selección y que producto de la omisión a esos deberes se origine un hecho ilícito por parte de un trabajador de la empresa ubicado en los niveles inferiores o a cargo de alguno de sus órganos³¹¹. No obstante, la aparente conveniencia de este modelo, no ha podido pasarse por alto los problemas que se presentan en cuanto al título mediante el cual será posible transferir la responsabilidad por hecho ilícito del sujeto individual a la persona jurídica.

Por otro lado, si bien este modelo presenta la posibilidad de transferir la responsabilidad penal, esta transferencia no puede alcanzar el elemento subjetivo; es decir, la culpabilidad del sujeto físico no puede ser transferida a la persona jurídica, por lo que se señala que este modelo se fundamenta en una responsabilidad propiamente objetiva de la persona jurídica, lo que resulta estar muy lejos de una imputación penal fundada en el principio de culpabilidad por el hecho propio³¹², que prácticamente es

³¹⁰ **Percy García Caveró**, “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 16 (2012), 1-12, véase <http://www.analesii.ing.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewArticle/29493>.

³¹¹ **Silva Sánchez**, *La evolución ideológica*, 33

³¹² **García Caveró**, *Esbozo de un modelo*, 9

sobre el que asienta el ordenamiento jurídico penal salvadoreño. Se discute que mediante la aplicación de este modelo se da una doble valoración del hecho para fundamentar la imputación al representante (sujeto individual) y al ente colectivo. Por un lado, se debate si el sujeto individual actuó en su calidad de representante de la persona jurídica o en su calidad personal, ya que no es posible que éste haya realizado el hecho en ambas calidades al mismo tiempo, de tal suerte que, debe determinarse si responde el representante por su hecho, o responde la persona jurídica por el hecho de su representante, pero no ambas cosas.

Se señala que existe una tendencia al abandono de los modelos de responsabilidad penal por atribución del hecho del otro, en razón que los Sistemas Penales no están de acuerdo en dejar de sancionar al sujeto individual que actúa en calidad de representante de la persona jurídica³¹³.

5.1.1. Modelo de responsabilidad vicarial.

Inicialmente, es conveniente señalar que el modelo de la Responsabilidad Vicarial es la máxima expresión de la *Atribución del hecho de otro*, y se encuentra sustentada en la “*Identification Theory*” (Teoría de la Identificación), que concibe las acciones de los directivos ya sean legalmente establecidos o no, se encuentran debidamente “identificadas” con la actividad de la persona jurídica, por ende los injustos penales cometidos por las personas de alto rango dentro de la persona jurídica son atribuidas automáticamente a ésta³¹⁴.

El *modelo de responsabilidad penal vicarial* consiste básicamente en atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal por la comisión de un delito en la que

³¹³ *Ibíd.* 65

³¹⁴ **Salvo Ilabel**, *Modelos de imputación penal...*, 233.

incurre un sujeto individual que se encuentra identificado como representante, directivo o empleado de la empresa que realiza el hecho en el marco de sus funciones y con el propósito de beneficiarla, de manera que, se transfiere la acción y la culpabilidad a la persona jurídica por existir una relación de representación con el sujeto individual.

Según expone González Sierra, en Norteamérica el modelo incursionado ha sido el de Responsabilidad Penal Vicarial o “Vicarious Liability” el cual según este autor “*consiste en un modelo de imputación mediante el cual se atribuyen a la Corporación el actus reus y la mens rea de su agente*”³¹⁵; es decir, que el injusto y la culpabilidad del agente o representante le son imputables a la Persona Jurídica este planteamiento concuerda con la Teoría del “Respondeat Superior” que establece que las “*empresas son los representados y los directivos, supervisores y empleados los representantes... las intenciones de los representantes simplemente se imputan o atribuyen al representado*”³¹⁶. Los Tribunales comenzaron a considerar que las personas jurídicas deben responder penalmente como responsables de los actos ilícitos realizados por sus trabajadores, estableciendo dos presupuestos para ello. En primer lugar los trabajadores deben actuar dentro del marco de sus funciones; y en segundo lugar debe existir la intención de beneficiar a la Persona Jurídica³¹⁷.

La práctica Judicial en los Estados Unidos ha dado pie a la creación de un sistema simple y sencillo de Responsabilidad Colectiva en el que la acción y la culpabilidad del empleado son atribuidas a la persona jurídica, estableciendo ciertas condiciones.

Es importante señalar que esta sencillez del modelo vicarial es lo que ha llegado a ser su principal éxito, pero al mismo tiempo su punto de quiebra para sus críticos

³¹⁵ **González Sierra**, *La responsabilidad penal...*, 151-152

³¹⁶ *Ibíd.*, 152

³¹⁷ **Salvo Ilabel**, *Modelos de Imputación Penal... Óp. Cit.*, 235

adeptos a la tradición romano germánica para quienes algo tan sencillo trae aparejado la consecuencia de ser incapaz de ser fundamentado y por tanto la imposibilidad de justificar su implementación³¹⁸, de manera que esta situación viene a ser su principal desventaja.

5.1.2. La acción del empleado.

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, se observa que en el modelo vicarial a la persona jurídica se le atribuye el *actus reus* y el *mens rea* de sus agentes; en ese sentido establece que uno de los presupuestos de imputación es que los empleados deben actuar dentro del marco de sus funciones, es decir, mientras actúa dentro del alcance o ámbito y naturaleza de su empleo, por tanto, se entiende que su actuación está autorizada por la misma persona jurídica. De tal suerte que, si el agente actúa fuera de los ámbitos de autorización traería como consecuencia que no se podría realizar la imputación a la persona jurídica.

Por otro lado, también es conveniente señalar que las mencionadas autorizaciones encomendadas a los agentes pueden darse de manera expresa o tácita; toda vez que se reconoce en este modelo en primer lugar, una voluntad e intencionalidad de las personas jurídicas en el caso de la expresa, y en la tácita se trata de una presunción por parte de un tercero de que existe tal autorización³¹⁹.

³¹⁸ **González Sierra**, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, *Óp. Cit.*, 3.

³¹⁹ **Amador Perilla y otros**, “Aproximación a los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, (Bogotá: Tesis Doctoral, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2012); *vid.* en <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/4055>.

5.1.3. Propósito de beneficio para la persona jurídica.

El segundo presupuesto de imputación en el modelo vicarial está determinado por la exigencia de un beneficio para la persona jurídica como el fin o propósito de la actuación de su agente. Este presupuesto se requiere con motivo de no imputar la responsabilidad penal a la persona jurídica aquellos actos que son contrarios a sus propios intereses. No obstante, a lo anterior se establece que en todo caso si las acciones del agente son opuestas a las políticas de la empresa y a las órdenes o instrucciones siempre podría atribuirse una responsabilidad vicarial en la medida de que haya una dificultad que impida individualizar al agente³²⁰.

Zugaldía Espinar afirma que la actuación del empleado en beneficio de la Persona Jurídica no debe entenderse exclusivamente en términos económicos, ya que mediante la comisión del delito puede posibilitar de alguna forma ventajas en el ejercicio de la actividad económica de la persona jurídica o la consecución de su objeto social³²¹. Por otro lado debe señalarse que no obstante se trata de un beneficio para la persona jurídica, este beneficio no necesariamente tiene que concretarse, ya que basta solamente la intención del empleado de beneficiar a la persona jurídica; así en referencia a lo anterior lo señala el profesor Gómez-Jara Diez “*tampoco resulta necesario que el objetivo principal del empleado sea el de beneficiar a la empresa ya que muchos empleados actúan con la mente puesta en su propia ganancia personal*”³²²; aunque lo más probable se la concreción del beneficio para la persona jurídica, sea ésta económica o de otra índole.

³²⁰ *Ibíd.* 33

³²¹ **Zugaldía Espinar**; *Aproximación teórica y práctica...*, 17

³²² **Perilla**; *Aproximación a los modelos...*, 65

5.1.4. Fundamento de la pena.

El fundamento de la pena resulta ser un tema de gran importancia en razón de que es a través de su establecimiento que se formula el modelo de responsabilidad penal. En principio el tema ha resultado ser motivo de discusión en la Doctrina Anglosajona; no obstante, según expone González Sierra actualmente parece dominar el “*criterio de la disuasión*” el cual consiste en términos sencillos en que la aplicación de una pena a una persona jurídica es necesaria pues tiene el propósito de disuadir a las demás personas jurídicas a que éstas eviten una cultura empresarial defectuosa o se inclinen a la violación de la ley, lo que en términos dogmáticos se refiere a la prevención general negativa³²³.

5.1.5. Situación jurídica de los sujetos individuales vinculados al delito.

Se ha señalado en los apartados anteriores, en el presente modelo de atribución del hecho de otro lo que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica es la acción y la culpabilidad del sujeto individual que se encuentra vinculado con ésta por la comisión de un delito, de manera que resulta relevante establecer como queda la situación jurídica del autor principal del hecho.

Tratándose propiamente del modelo de atribución del hecho de otro el sujeto individual es sancionado penalmente por el delito que resulta culpable, de modo que no debe entenderse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas viene a

³²³ **González Sierra**, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, 477. Afirma el autor que el promotor de esta tesis es Khanna, a quien parte de la doctrina le recrimina el excluir a la retribución como fundamento y medida de la pena a la persona jurídica, con lo que podría caer en el castigo a inocentes si solamente la necesidad social así lo exige.

sustituir la responsabilidad penal individual, sino por el contrario busca darle una mayor eficacia al derecho penal según explica el profesor Nieto Martín³²⁴.

Es conveniente señalar que a la luz del presente modelo lo que desencadena la responsabilidad penal de la persona jurídica es precisamente la responsabilidad penal individual por el hecho ilícito, de manera que, si ha resultado culpable el sujeto individual es preciso sancionarle penalmente y por consiguiente excluir de responsabilidad penal a la persona jurídica que se encuentre relacionada en el hecho punible.

5.1.6. Ventajas.

Una de las principales ventajas que ofrece el modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro, es que plantea una solución práctica y sencilla para sancionar penalmente a las personas jurídicas por los delitos cometidos por los sujetos individuales que actúan en su nombre y en su beneficio que consiste en transmitir el hecho y la culpabilidad directamente a la persona jurídica.

Mediante la aplicación de éste modelo de responsabilidad penal se estima que se puede lograr una mayor efectividad del derecho penal, ya por un lado sancionando a los sujetos individuales que han cometido el delito y por otro a las personas jurídicas que se ven beneficiadas con la comisión del delito. El mecanismo práctico que ofrece este modelo facilita la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas y también a los sujetos individuales cuando se comprobare la sola participación de este. A través de esto, puede conseguirse disuadir a las demás personas jurídicas para que

³²⁴ **Adán Nieto Martín**, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal* (Madrid, Iustel, 2008), 31-53; véase <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740728>.

eviten la comisión de delitos desde su seno e incorporen mecanismos de administración y vigilancia encaminados a conseguir la disuasión.

5.1.7. Desventajas.

Probablemente el modelo presenta más desventajas de lo que parece; en primer lugar se debe señalar que por su sencillez y practicidad resulta ser la desventaja más grave del modelo; pues, se aleja de todos los principios generales del derecho penal, en especial del principio de culpabilidad y legalidad, ya que si bien es cierto el modelo plantea la posibilidad de transferir el hecho del sujeto individual a la persona jurídica, lo cierto es que la culpabilidad jamás podría transferirse, de modo que, se trataría en todo caso de una mera responsabilidad objetiva transferida a la persona jurídica.

A través de la aplicación de la atribución del hecho de otro a las personas jurídicas resulta beneficioso para algunas personas jurídicas y lamentablemente en detrimento de otras. Por un lado los colectivos que son conformados por estructuras grandes y complejas, resulta difícil lograr identificar al sujeto individual y en algunos casos imposible por la gran distribución de funciones y distribución del trabajo que demandan estas estructuras complejas; y por el otro lado, en los colectivos de estructuras simples conformados por dos o tres miembros, resulta más sencillo encontrar al sujeto individual responsable quien normalmente se encuentra en lo más alto de la organización jerárquicamente hablando³²⁵.

Una tercera desventaja que podría presentar el modelo, es que al ser sancionado tanto la persona individual como la persona jurídica, existe una doble sanción por el mismo hecho, lo que en doctrina se conoce como el principio non bis in ídem, que

³²⁵ Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 165.

surgiría cuando el sujeto individual resultare ser un miembro de la organización, situación que puede suscitarse por ejemplo en personas jurídicas conformadas por menos de diez miembros, lo que generaría enfrentarse a una doble sanción.

5.1.8. Principal problema del modelo y una posible solución.

Se puede considerar que el principal problema que resulta de la aplicación de este modelo está relacionado al mecanismo por el cual se pretende sancionar a la persona jurídica; es decir, atribuyéndole como suyo el hecho de otro.

En el caso de este modelo, la teoría de la identificación puede ayudar a fundamentar la capacidad de acción de la persona jurídica, pero no resuelve el problema de su capacidad de culpabilidad, pues si bien es cierto es posible inferir que los actos de los sujetos individuales que actúan en el marco de sus funciones y para el beneficio de la persona jurídica pueden entenderse como los actos mismo de ésta, pero jamás será posible transferir la conciencia de los sujetos individuales, de modo que, la sanción que se impusiere a la persona jurídica estaría dada por una mera responsabilidad objetiva alejada del principio de culpabilidad y de personalidad de la pena.

No se duda que podría alcanzarse ciertos resultados positivos a través de la aplicación de este modelo, pero conllevaría a convertir al derecho penal como una herramienta deliberada del poder punitivo³²⁶.

Una posible solución. Se pueden crear criterios de culpabilidad que encierren situaciones o circunstancias propias de la persona jurídica, fundamentalmente basados en defectos organizativos o ausencia de organización, que permitan fundamentar que producto de una falta de organización adecuada dentro de la Empresa ha permitido la

³²⁶ **Cavero**, *Esbozo de un modelo...*, *Óp. Cit.*, 180-182.

comisión de algún delito por parte de los sujetos individuales, de modo que, la culpabilidad de la persona jurídica deviene de su organización misma como una situación inherente a ésta.

5.2. Modelo de responsabilidad penal por defecto de organización.

El *modelo de responsabilidad penal por defecto de organización*, básicamente consiste en hacer responsable penalmente a la persona jurídica cuando lesiona o pone en riesgo bienes jurídicos por causa de algún defecto o falta de organización de la persona jurídica de manera que su culpabilidad estará fundamentada en un defecto organizativo. La creación del defecto de organización se atribuye originalmente a Tiedemann en el ámbito de las contravenciones, probablemente sea la primera elaboración doctrinal desarrollada en la línea de una Responsabilidad Penal por el Hecho Propio, mediante el cual toma como punto de partida la culpabilidad de la persona jurídica a su organización defectuosa, entre sus principales seguidores podemos encontrar a las profesoras Laura Zúñiga Rodríguez, Silvina Bacigalupo Saggase, García Cavero, Silva Sánchez, y bajo una idea más elaborada Gómez-Jara.

Según expone García Cavero *la culpabilidad de la persona jurídica* radicaría esencialmente en una carencia o deficiencia organizativa de la propia persona jurídica. Por lo tanto, el trabajo dogmático en este modelo apunta fundamentalmente a precisar cuáles son los requisitos necesarios para atribuir a la persona jurídica una defectuosa organización³²⁷.

Principalmente se estima, que a través de este modelo se intenta alejar de las teorías de transferencia o atribución del hecho ajeno, esencialmente porque parte de establecer una culpabilidad basada en circunstancias propias de la persona jurídica,

³²⁷ **Cavero**, *Esbozo de un modelo...*, *Óp. Cit.*, 185.

como resultado de las críticas a los modelos vicariales en los que se señala que la culpabilidad no puede ser transferida del sujeto individual al ente colectivo.

Como antítesis del modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro, este modelo intenta distanciarse de una concepción que tome como punto de partida la responsabilidad penal generada a partir de un sujeto individual vinculado a la persona jurídica. Según Nieto Martín “*el objeto de reproche son factores que tienen que ver en exclusiva con la propia empresa*”³²⁸, de manera que la acción del empleado viene a convertirse en un resultado negativo de la *ausencia o defectuosa organización*.

El origen de éste modelo se debe a los resultados negativos que arrojaba la teoría de la identificación en los países anglosajones, cuando surgían casos en los que no era posible identificar a la persona física como autora del hecho en cuestión –y por tanto, no era posible transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica-; producto de esto, se somete a una constante crítica esta doctrina por estimarse además el grave desconocimiento de la forma de operar de las grandes empresas en las que las decisiones no responden tanto a criterios individuales en lo referente a las prácticas y procedimientos estructurales de las empresas.

Ciertamente se sostenía que las empresas podían continuar sus operaciones independientemente de los sujetos físicos que estuvieran a su frente, de ahí que Tiedemann³²⁹ afirmara que los autores materiales del hecho pueden ser fácilmente reemplazados dentro del ente colectivo; de tal suerte que, era hora de desprenderse de las reglas de atribución por el hecho de otro y dar pie a un modelo que hiciera responsables directos a las personas jurídicas³³⁰.

³²⁸ Nieto Martín, *La responsabilidad penal...*, *Óp. Cit.*, 33.

³²⁹ Tiedemann, *Responsabilidad penal...*, *óp. cit.*, 19.

³³⁰ Silvia Sánchez, *La evolución ideológica...*, *óp. cit.*, 37.

En la misma línea de pensamiento Heine desarrolla una propuesta que tiene a su base la responsabilidad por un deber de vigilancia; debiendo tenerse en cuenta las dificultades con relación a los deberes personales de vigilancia en las grandes empresas, la atención se centra en la organización de la propia empresa, en ese sentido afirma que no se trata de un comportamiento ilícito individual respecto al control, sino de una deficiencia o defecto en la organización de la persona jurídica debido a una errónea calificación de los riesgos empresariales³³¹.

Zugaldía Espinar, explica que la *culpabilidad por defecto de organización* ha llegado a tener en la doctrina una aceptación casi general, debido a que esta construcción parte de una relación armoniosa del principio de la prevención general, desde la forma de disuasión frente a la colectividad, hasta la forma del reforzamiento de la conciencia jurídica, siendo su objeto de imputación el hecho típico de conexión o de referencia de la persona natural y que la persona jurídica ha de ser culpable siempre que -a través de sus órganos o sus representantes- haya omitido realizar las medidas de prevención necesarias para asegurar el desarrollo lícito y normal de la actividad de la persona jurídica, en ese sentido afirma que en síntesis se trata de una infracción al deber que toda persona jurídica tiene en relación a evitar cualquier clase hechos ilícitos que puedan suscitar dentro del marco de su actividad³³².

5.2.1. Posiciones doctrinales relacionadas al hecho de conexión en el defecto de organización.

En este apartado se realizará una exposición por demás necesaria para una mejor comprensión del modelo de responsabilidad penal por defecto de organización relacionada a los dos elementos esenciales que fundamentan la responsabilidad penal

³³¹ Heine, *La responsabilidad penal...*; *óp. cit.*, 23.

³³² Zugaldía Espinar; *Aproximación teórica y práctica...*, *Óp. Cit.*, 14.

de la persona jurídica, los cuales son el hecho de conexión del sujeto individual y el defecto de organización y que por motivo de ello se encuentran dos posiciones distintas. Según expone la profesora Salvo Ilabel, por un lado se sostiene que el hecho de conexión o de referencia constituye un elemento fundamental en la responsabilidad penal, esto significaría que la comisión del delito del sujeto individual sería considerado como un injusto propio de la persona jurídica, bajo la salvedad que deben concurrir criterios relacionales a la actividad empresarial de la persona jurídica, y la culpabilidad de la persona jurídica se fundamentaría en una organización defectuosa¹¹⁶, de adoptarse esta posición se debe entender como un modelo de responsabilidad penal por hecho de conexión y culpabilidad propia de la persona jurídica³³³.

Por otro lado, se sostiene que el hecho de conexión no es vinculante a la responsabilidad penal de la persona jurídica y por tanto no forma parte del injusto de la persona jurídica; si no, por el contrario el injusto penal del ente colectivo se constituye por el defecto de organización y la culpabilidad estaría dada por conceptos tales como una cultura empresarial criminal³³⁴, por lo cual en atención a esta postura doctrinal y en atención a la clasificación de González Sierra, se ubicaría en un modelo de responsabilidad del injusto y culpabilidad propia de la persona jurídica³³⁵.

³³³ **González Sierra**, *La responsabilidad penal...*, *Óp. Cit.*, 231. El autor ubica al defecto de organización en un modelo de responsabilidad penal por un hecho de conexión y culpabilidad de la propia persona jurídica, afirmando que si hay algún tipo penal que prohíba una conducta ilícita de una persona jurídica, esto sería suficiente para determinar su capacidad de acción.

³³⁴ **Salvo Ilabel**, *Modelos de imputación penal...*, *Óp. Cit.*, 132.

³³⁵ **González Sierra**, *La responsabilidad penal...*, *Óp. Cit.*, 223.

5.2.2. Defecto de organización: hecho de conexión y culpabilidad propia de la persona jurídica.

Bacigalupo Saggase expone que la persona jurídica es responsable por los hechos ilícitos cometidos por los sujetos individuales, en razón que de ésta no ha tomado las suficientes medidas de prevención necesarias para asegurar el desarrollo lícito y normal de la actividad de la persona jurídica, es aquí donde surge el “*hecho de conexión*” entre el sujeto individual y la persona jurídicas por cuanto todo delito o infracción administrativa de los órganos o representantes surge como un error de la misma por no haberse organizado correcta o deficientemente. Afirma que el hecho individual se considera como un hecho de la empresa, en tanto la persona jurídica haya omitido tomar medidas de prevención necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad misma: Este momento omisivo es el que justifica el reproche, un reproche inferior al del derecho penal³³⁶.

Tiedeman, parte del razonamiento que al ser las personas jurídicas destinatarias de normas jurídicas, éstas pueden ser capaces de acción, mediante el establecimiento de una norma de imputación, aunque la acción deba realizarse a través de sus órganos o sus representantes, reconociendo dicha capacidad, aunque no se trate de una acción propia de la persona jurídica. Es necesario aclarar que quienes se adhieren a este modelo responsabilidad penal por hecho de conexión, afirman que el actuar de las personas físicas constituye el requisito necesario para poder comenzar a evaluar la responsabilidad penal del ente colectivo³³⁷.

³³⁶ **Bacigalupo Saggase**, *La responsabilidad penal...*; *Óp. Cit.*,194

³³⁷ **Salvo Ilabel**, *Modelos de imputación penal*, *Óp. Cit.*, 243 En relación al *hecho de conexión de la persona física*, puede ser considerado como presupuesto para la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde tres perspectivas: a) Como condición objetiva de punibilidad; b) Como indicio de la culpabilidad de la persona jurídica; c) Como requisito previo al examen de la responsabilidad penal. En el primero de casos supone que el hecho de conexión establece una liberación externa de la responsabilidad penal, por lo que da paso a la calificación de la misma; en el segundo caso, se establece

En relación a este modelo es conveniente traer a cuenta la reflexión de Feijoo Sánchez, quien expone que evidentemente si se toma como punto de partida un modelo de responsabilidad penal por el hecho de conexión mediante el la comisión de un delito realizado por los sujetos individuales pertenecientes a la entidad, acarrea responsabilidad penal para la persona jurídica por cuanto se presume que si se ha podido realizar el delito es por consecuencia de la existencia de un defecto en su organización, ocurre que surgen nuevamente los problemas del modelo de responsabilidad penal vicarial³³⁸, en ese sentido Silva Sánchez afirma que los intentos de configurar una responsabilidad penal por el hecho propio de la persona jurídica a través de este modelo fracasa, pues siempre acabaría atribuyendo a la persona jurídica un hecho ajeno, en este caso el hecho del órgano del deber de vigilancia³³⁹.

5.2.3 Defecto de organización: hecho y culpabilidad propia de la persona jurídica.

Se debe de tomar como punto de partida que cualquier imposición de una sanción desde el ámbito penal, presupone que a quien haya de imponérsele una pena sea el culpable de un injusto propio o dicho de manera más simple por un hecho propio³⁴⁰. Fijado este presupuesto requiere de las personas jurídicas el establecimiento de un injusto y una culpabilidad propios y autónomos que sean distintos al injusto y a la culpabilidad de las personas natural. Si de responsabilidad penal se habla, en

que el hecho de conexión de la persona natural establece un indicador de la responsabilidad penal, es decir establece un parámetro para establecer el grado de culpabilidad de la persona jurídica. Y en el último de los casos se establece el hecho de conexión como presupuesto necesario para entrar a examinarse la responsabilidad penal no obstante la persona jurídica no responde por el hecho de la persona natural.

³³⁸ **Bernardo Feijoo Sánchez**, *Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles*, en Miguel Ontiveros Alonso, ed., *"La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro"* (Valencia, Tirant lo Blanch Tratados, 2014), 39

³³⁹ **Silva Sánchez**, *La evolución ideológica...*, *Óp. Cit.*, 39.

³⁴⁰ **Feijoo Sánchez**, *Fortalezas, debilidades...*, *Óp. Cit.*, 223 y 225.

relación al fallo del modelo organizativo o defecto de organización como fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas significa, en este contexto, que *el delito de la persona natural es el resultado de un funcionamiento defectuoso de la organización en la gestión o control de sus propios riesgos o en el cumplimiento de sus deberes*. En ese sentido el hecho no solo debe ser objetivamente atribuible al miembro de la persona jurídica que realiza el delito, sino también a la propia persona jurídica (cuando por ejemplo en razón de la actividad económica que desarrolla es necesario posea un programa de riesgos ambientales y lo ha omitido) que ha permitido la creación de una situación que facilitó que se infringiera una norma penal¹²⁵.

En esa línea de pensamiento señala González Sierra, al referirse al sector de la doctrina que ubica el defecto de organización como hecho y culpabilidad propia de la persona jurídica que el esquema de estaría dado por: a) El injusto de la persona jurídica estaría dado por el defecto de organización; y b) La culpabilidad equivalente a una cultura empresarial de incumplimiento a la ley³⁴¹.

5.2.4. Defecto de organización como hecho propio o injusto de la persona jurídica.

Mediante esta concepción del defecto de organización como hecho propio de la persona jurídica, quienes lo adoptan, entienden que el hecho ilícito debe ser atribuido al ente colectivo precisamente por su propia organización defectuosa alejándose por completo de la transferencia de un injusto ajeno; por lo que, en atención a este

³⁴¹ **González Sierra**, *La responsabilidad penal...*, *Óp. Cit.*, 256. Aclara el autor que este planteamiento sobre el injusto y culpabilidad de la persona jurídica debe tomarse con cautela ya que no existe un bloque concreto de la doctrina que lo defina tal y como se presenta.

planteamiento el *injusto personal de la persona jurídica está dado por su defecto de organización*³⁴².

De acuerdo a esta interpretación del modelo el hecho de conexión no debe ser bajo ninguna circunstancia el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ni mucho menos, debe considerarse como injusto personal de la persona jurídica el de la persona natural³⁴³.

En el mismo sentido la profesora Salvo Ilabel, expone que interpretado el *modelo por defecto de organización* visto desde la perspectiva de hecho y culpabilidad propia de la persona jurídica, el hecho de referencia no forma parte del tipo de la persona jurídica, sino por el contrario quienes adoptan esta posición entienden que la tipicidad se constituye a partir del defecto de organización, de tal suerte que éste es considerado como el hecho propio de la persona jurídica y por ende su injusto penal³⁴⁴.

Explica además que esta posición doctrinaria tiene su base ideológica se encuentra en concebir a las personas jurídicas como entes que pueden lograr obtener un nivel de complejidad paralelo al psique de las personas naturales, en ese sentido se puede llegar a concebir a las personas jurídicas como sujetos de con capacidad de

³⁴² **Feijoo Sánchez**, *Fortalezas, debilidades...*, *Óp. Cit.*, 234. Este autor establece que a efecto de mayor comprensión el ejemplo del profesor Feijoo Sánchez: "una entidad financiera decide relajar su política de prevención de blanqueo de capitales con respecto a capitales provenientes de países sudamericanos para ganar cuota de mercado frente a sus competidores. Debido a esta política un empleado no detecta imprudentemente y, consiguientemente, no bloquea la entrada de grandes flujos de dinero provenientes de una organización dedicada al narcotráfico. En este caso el blanqueo imprudente se encuentra vinculado a un defecto organizativo de la propia entidad. No existiría un injusto, en sentido contrario, si el favorecimiento del blanqueo es debido exclusivamente a que un empleado es sobornado por la organización criminal para que eluda los mecanismos de prevención establecidos por la entidad, mecanismos que se corresponden con lo exigido legislativamente y con los estándares del sector".

³⁴³ **González Sierra**, *La responsabilidad penal...*, *Óp. Cit.*, 258.

³⁴⁴ **Salvo Ilabel**, *Modelos de imputación penal...*, *Óp. Cit.*, 123.

autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación al igual que a las personas naturales³⁴⁵.

5.2.5. Culpabilidad propia de la persona jurídica.

Se ha identificado y determinado que el *injusto de la persona jurídica es el defecto de organización*; se debe precisar entonces, cómo se construye la culpabilidad en este modelo del defecto de organización, visto desde la perspectiva de injusto y culpabilidad propia de la persona jurídica alejado por supuesto de los modelos vicariales y de atribución de un hecho ajeno, tomando en cuenta que el defecto de organización –en este caso- por ser algo objetivo (como el injusto personal) no puede formar parte de la culpabilidad³⁴⁶. De acuerdo a lo anterior, la culpabilidad de la persona jurídica según González Sierra, el contenido se encuentra dado por la llamada “*Cultura empresarial de incumplimiento a la legalidad*” o la “*Falta de ética empresarial*”, se trata de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica a partir de un concepto distinto al defecto de organización pero que se encuentre relacionado; en ese sentido, la persona jurídica solo será culpable cuando el defecto de organización que produjo el resultado lesivo a los bienes jurídicos se debe a una cultura corporativa infiel al derecho y por consiguiente constituye la explicación del defecto de organización³⁴⁷.

³⁴⁵ *Ibíd.* 127

³⁴⁶ **González Sierra**, *La responsabilidad penal...*, *Óp. Cit.*, 245.

³⁴⁷ **Feijoo Sánchez**, *Fortalezas, debilidades...* *Óp. Cit.*, 201.

5.2.6. Situación jurídica de los sujetos individuales vinculados al delito.

Se estima que la situación jurídica de los sujetos individuales dependerá del establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica o de la inocencia de ésta, pues si se comprobare que no existe ningún defecto en su organización, la persecución penal deberá dirigirse a las personas individuales que resultaran involucradas en el delito.

5.2.7. Ventajas y desventajas de este modelo.

Se estima que con el modelo de responsabilidad penal por defecto de organización como hecho y culpabilidad propia de la persona jurídica, se puede superar el problema de la responsabilidad objetiva *–propio de la atribución del hecho de otro–* de manera que se pueda establecer que el hecho propio de la persona jurídica se fundamenta en el defecto de organización y su culpabilidad en aspectos determinados en una cultura o política empresarial de violación al derecho. El problema de individualización del sujeto físico podría solucionarse por cuanto su acción ya no sería determinante para establecer el hecho de la persona jurídica, en este sentido, la dependencia de la culpabilidad del sujeto físico ya no sería un obstáculo para sancionar a la persona jurídica³⁴⁸.

Puede superarse el problema relacionado a la culpabilidad y la legalidad de la pena, por cuanto haya su fundamento en una circunstancia propia de la persona jurídica *–culpabilidad por cultura de violación al derecho–* y no en la de otro sujeto.

Se ha identificado como única desventaja de la aplicación del modelo de responsabilidad penal por defecto de organización, que pueda ser utilizado para evitar

³⁴⁸ **Gómez-Jara Díez**, *¿Responsabilidad Penal...*, *Óp. Cit.*, 87.

una responsabilidad penal individual, en cuanto se utilice a la persona jurídica únicamente como instrumento de sujetos individuales delincuentes, mediante la creación de personas jurídicas fantasma.

5.2.8. Principal problema del modelo y una posible solución.

El problema que puede presentarse en este modelo está relacionado al hecho de la persona jurídica. Se debe señalar que esta situación está sujeta a dos interpretaciones desarrolladas a partir del apartado denominado “Posiciones doctrinales relacionadas al hecho de conexión en el defecto de organización”, posiciones que están relacionadas al llamado “*hecho de conexión del sujeto individual*” mediante el cual se plantea la necesaria existencia de la intervención del sujeto individual para desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica, con lo cual se estima que a través de esto se estaría redundando en un modelo vicarial, por tomar como punto inicial el hecho cometido por el sujeto individual.

El problema puede superarse mediante el establecimiento en la norma penal que el hecho o injusto de la persona jurídica se encuentra por la ausencia o una defectuosa organización, con lo que se cierre la puerta a una interpretación del hecho de conexión; no obstante, se debe dejar en claro que no se estima equívoca, ni acertada tal posición, pues se respetan todas las interpretaciones al respecto³⁴⁹.

5.3. Modelo constructivista de autorresponsabilidad de las personas jurídicas.

De acuerdo a los apartados anteriores, los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas expuestos no dejan de tomar –al menos- como punto de referencia la conducta de determinados sujetos físicos y por ende su dependencia a

³⁴⁹ **Gómez-Jara Díez**, *¿Responsabilidad Penal...*, *Óp. Cit.*, 87.

éstos tanto en lo teórico como en la práctica. Como antítesis a estos modelos puros y con rasgos de heterorresponsabilidad, el profesor Carlos Gómez-Jara Díez, ha elaborado y propuesto un *modelo de autorresponsabilidad penal para las personas jurídicas*, con una naturaleza apática a las actuaciones de las personas físicas y fundada esencialmente en la Organización Empresarial³⁵⁰, en ese sentido pretendemos acercarnos en la medida de lo posible a la literalidad de lo que el autor propone en su teoría constructivista.

El punto de partida a la exposición del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal del profesor Gómez-Jara Díez, es la epistemología operativo-constructivista asentada en la *teoría de los sistemas autopoieticos*; y es que, adhiriéndonos al planteamiento del autor es necesario indicarse al menos brevemente ciertos postulados básicos de esta teoría pues resultan imprescindibles a la hora de entender el modelo constructivista.

Desde la óptica operativo-constructivista existen algunos sistemas que gozan de una especial “*autorreferencialidad*”³⁵¹, que en palabras de Gómez-Jara Díez, significa “*un sistema autopoietico es un sistema que se produce a sí mismo – lo cual no significa que se crea a sí mismo–. O más concretamente expresado: que produce y*

³⁵⁰ **Carlos Gómez** y Jara Díez, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas* (Cizur Menor Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006), 712-98; vid. en perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_85.pdf.

³⁵¹ En relación a la Autorreferencialidad “*se la encuentra, también, bajo los títulos de autorganización y autopoiesis. [...] En todo esto, el concepto de autorreferencia ha sido removido de su lugar clásico, en la conciencia humana o en el sujeto, y trasladado a campos del objeto, es decir, a sistemas reales como objetos de la ciencia. [...] El concepto de autorreferencia designa la unidad constitutiva del sistema consigo mismo: unidad de elementos, de procesos, de sistema. -Consigo mismo- quiere decir independiente del ángulo de observación de otros. El concepto no sólo define, sino que también incluye una afirmación de un estado de cosas, ya que sostiene que la unidad sólo puede llevarse a cabo mediante una operación relacionante. En consecuencia, la unidad tiene que efectuarse, y no está dada de antemano como individuo, como sustancia o como idea de la propia operación*”. **Niklas Luhmann**, *Sistemas Sociales: Lineamientos Para Una Teoría General*, vol. 15 (Anthropos Editorial, 1998), 55 -135; Vid. <http://books.google.com/books>.

reproduce los elementos a partir de los cuales está constituido. Precisamente de ahí que adquiera unas cualidades sumamente importantes desde el punto de vista jurídico-penal: autonomía, autoadministración, autoconducción y autoorganización. Para aprehender el núcleo de la cuestión se puede indicar, en términos comparativos, que al igual que el ser humano es un sistema autopoietico psíquico, las empresas – al menos las de cierta complejidad– son sistemas autopoieticos organizativos.”¹³⁵

La “*autorreferencialidad*” en relación a la responsabilidad penal se vuelve relevante en cuanto a que esta característica puede ser observada tanto en las personas jurídicas como las personas físicas y además en el derecho vistos como sistemas, en tanto que, los tres son considerados como “*sistemas autopoieticos*”³⁵²; sin embargo, esto no debe entenderse que la autopoiesis, se lleve a cabo de la misma manera en cada uno de los sistemas, por lo que se debe dejar claro que se trata de tres modos distintos de reproducción autopoietica³⁵³.

En ese sentido, en palabras sencillas se debe entender de la siguiente manera:
i) En primer lugar la persona física es un *sistema psíquico* que se reproduce con base a la conciencia; ii) La persona jurídica un *sistema social organizativo* que se reproduce a través de decisiones; y iii) El derecho es un *sistema social funcional* el cual se reproduce a través de comunicaciones jurídicas³⁵⁴; de tal suerte que como se dijo al inicio persona natural, persona jurídica y derecho con considerados como sistemas autopoieticos, pero con modos distintos de reproducción.

³⁵² **Luhmann**, *Sistemas Sociales...*, 56. Se puede denominar a un sistema como autorreferente cuando los elementos que los constituyen están integrados como unidades de función, y en todas las relaciones entre estos elementos corre paralela una remisión a la autoconstitución; de esta manera se reproduce continuamente la autoconstitución.

³⁵³ **Gómez-Jara Díez**, *Modelos de autorresponsabilidad...*, Óp. Cit., 79.

³⁵⁴ *Ibíd.*83

Por otro lado un segundo postulado a tomar en cuenta de la teoría de los sistemas autopoieticos, es que no puede adoptarse una postura incongruente en relación a los sistemas autopoieticos, en el sentido que, no es posible que en otros modelos de responsabilidad penal se pretenda ver a la persona jurídica como un sistema social organizativo pero contrariamente en dicho modelo se fundamente la responsabilidad de la persona jurídica en las actuaciones de las personas físicas, pues esto resultaría en definitiva contradictorio en relación a la autorreferencialidad de cada sistema. Y el tercer postulado a tomar en cuenta es que, tanto la autopoiesis psíquica (sistema humano) como la autopoiesis social (sistema social organizativo) gozan de la misma autorreferencialidad; es decir, que ambas poseen igual capacidad de reflexión,³⁵⁵ afirma Gómez-Jara Díez, que este postulado resulta apropiado determinarlo en razón de las críticas orientadas a no considerar a las personas jurídicas penalmente imputables por carecer de conciencia³⁵⁶.

Sentadas las bases sobre la teoría de sistemas sociales autopoieticos y su correspondiente epistemología del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal, corresponde entrar a conocer sobre sus fundamentos teóricos.

5.3.1. La persona jurídica como ciudadano corporativo fiel al derecho.

En continuidad al planteamiento de Gómez-Jara Díez, toma también como base teórica del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal un fenómeno social y

³⁵⁵ **Luhmann**, *Sistemas Sociales...*, *Óp. Cit.*, 92. Expone el autor “Así, los sistemas sociales no tienen que hacer referencia a una conciencia, ni los sistemas personales tienen que utilizar el cambio de frecuencia en el sistema neuronal (con lo que, por supuesto, no se niega que lo no empleado sea condición de posibilidad del sistema, es decir, condición infraestructural de la posibilidad de constitución de los elementos).”

³⁵⁶ **Gómez-Jara Díez**, *Modelos de autorresponsabilidad...*, 84

jurídico, según él, de gran importancia en la sociedad moderna, la llamada “*ciudadanía empresarial*”.

El concepto de *ciudadanía empresarial*, toma relevancia en relación al notable estatus que las personas jurídicas han ido adquiriendo en los últimos años; de tal suerte que, según el autor, ese estatus desencadena efectos importantes, específicamente sobre la cuestión de la responsabilidad penal de los entes colectivos, en ese sentido, la ciudadanía empresarial trae aparejado el nacimiento de un concepto –al respecto de este modelo– de gran importancia tanto teórico como práctico, se trata del “*ciudadano corporativo fiel al derecho*”³⁵⁷.

En términos simples lo que el profesor Gómez-Jara Díez, pretende explicar a través del concepto *ciudadano corporativo fiel al derecho* es que mediante una comparación funcional entre el derecho penal empresarial con aquello que resulta válido en el derecho penal individual: que sólo a quien se le reconoce capacidad de

³⁵⁷ **Gómez-Jara Díez**, *Modelos de autorresponsabilidad...*, *Óp. Cit.*, 105-109. Según el autor, el concepto “*Ciudadano Corporativo de fidel al Derecho*” tiene dos vertientes: formal y material. Explica que la vertiente formal hace referencia a aquella Empresa que tiene el deber de institucionalizar una cultura empresarial de fidelidad al Derecho; esta vertiente formal se compone de dos referentes teóricos, i) La evolución experimentada por la concepción del Buen Ciudadano Corporativo (Good Corporate Citizen/Good Citizen Corporation) que se define como aquella Corporación que cumple con el Derecho o que le es fiel, referido al sistema Estadounidense de responsabilidad penal de las personas jurídicas; y ii), Las posiciones doctrinales, que, de una u otra forma, apelan a ciertas características de la organización empresarial –cultura empresarial, ethos empresarial, política empresarial, identidad corporativa, etc. – a la hora de darle un significado a la Culpabilidad Empresarial. Al mismo tiempo se compone de dos referentes prácticos que son: i) Las Directrices Estadounidenses para imponer sentencias a organizaciones; y ii) Otras legislaciones que incorporan elementos de la cultura empresarial a la hora de determinar la culpabilidad de la empresa. La vertiente material, está referida a aquella empresa que participa en los asuntos públicos, el cual en términos simples a lo que el autor pretende explicar es que debido a la trascendencia de las personas jurídicas como miembros activos de la sociedad moderna implica un determinado estatus que conlleva el establecimiento de los derechos y obligaciones que ostenta, y en ese sentido se han legitimado las sanciones que les son aplicables por el hecho que el sujeto que recibe la sanción ha participado en la producción de la vigencia de la norma; en ese sentido, afirma que el derecho penal empresarial pretende ser funcionalmente equivalente al derecho penal individual.

cuestionamiento legítimo de la norma se le reconoce una capacidad de culpabilidad cuando cuestiona la norma mediante un hecho delictivo.

5.3.2. Capacidad de organización.

Para una mejor comprensión sobre este concepto, es conveniente señalar que el profesor Gómez-Jara Díez, a través de un proceso metodológico ³⁵⁸operativo-constructivista establece que la *capacidad de organización en la persona jurídica es el equivalente de la capacidad de acción individual*. Dicho esto, señalaremos las teorías organizativas de las que parte el autor para determinar la existencia de una competencia organizativa en la persona jurídica que conlleva al establecimiento de una capacidad de organización.

En primer lugar, se hace referencia a la teoría elaborada por Heine, quien establece una competencia organizativa de la persona jurídica en virtud de la existencia de un “*dominio de la organización de carácter sistémico-funcional*”.³⁵⁹ Esta teoría toma relevancia en tanto a que Heine considera que el dominio de la organización desde el punto de vista del derecho penal empresarial es el equivalente funcional³⁶⁰ al dominio del hecho en el derecho penal individual. Esta teoría de Heine puede relacionarse con la teoría de Lampe, quien introdujo a la discusión un supra concepto que denomina “*Persona Social*” mediante el cual agrupa a las personas naturales y a las personas jurídicas en una misma categoría; debiéndose entender como persona

³⁵⁸ Antes de comenzar a desarrollar este apartado referido a la “*Capacidad de Organización de las personas jurídicas*”, es conveniente hacerle énfasis al lector sobre la figura metodológica propia del Constructivismo Operativo: el “*equivalente funcional*” que utiliza el profesor Gómez-Jara Díez para construcción de estos conceptos naturales a la persona jurídica, que no iguales pero son funcionalmente equivalentes a los de las personas físicas, trasladando la cuestión de “capacidad de acción” a “capacidad de organización” en un proceso de equivalencias funcionales sobre los conceptos.

³⁵⁹ **Gómez-Jara Díez**, *Modelos de autorresponsabilidad...*, *Óp. Cit.*, 113

³⁶⁰ Al respecto de la metodología utilizada por Gómez-Jara Díez.

social a un “*productor de injusto*”, lo que conlleva a establecer que esta capacidad de producción de un injusto puede devenir de dos sujetos, bien por las personas físicas o por las personas jurídicas, de tal suerte que en relación a los primeros la adquieren a través de su capacidad de acción y las personas jurídicas a través de su capacidad de organización, en consecuencia el resultado analítico de esta teoría es que la persona social puede actuar con a través de su capacidad de acción u organización en su realidad social³⁶¹.

Por otro lado, se hace alusión al concepto desarrollado por Botike, que denomina “*organizador de contactos sociales*”, el cual tiene en común con el concepto de “persona social” de ser un supra concepto que encierra tanto personas físicas como a las personas jurídicas.

El concepto desarrollado por Botike sobre que las personas naturales y las personas jurídicas son catalogadas como organizadores de contactos sociales idóneos en la medida en que se les atribuye cierta competencia para la organización de contactos sociales y, por consiguiente, la correspondiente responsabilidad, cobra relevancia cuando –al igual que Lampe las empresas pueden producir un injusto- para Botike éstas pueden organizar contactos sociales debiéndoseles además atribuirseles cierta competencia sobre dicha producción u organización.

Estas teorías organizativas a las que hace referencia Gómez-Jara Díez, resultan a su entender, de gran importancia ya que a través de éstas intenta demostrar la existencia de una posible armonización del derecho penal individual y el derecho penal empresarial, por la atribución de competencia sobre ámbitos de organización, lo que resulta importante de esto es que según el autor se deriva que *del “ámbito de organización propio no deben dimanar riesgos superiores al permitido y en caso de sí*

³⁶¹ **Gómez-Jara Díez**; *Modelos de autorresponsabilidad...*, 115.

lo hagan, la persona es penalmente responsable por dichos riesgos”³⁶². Conforme a las teorías expuestas anteriormente, el profesor Gómez-Jara Díez, establece que la persona jurídica puede constituirse –*en algunos*–³⁶³ como un sistema autopoiético, en tal sentido, el sistema organizativo empresarial comienza a desarrollar con el tiempo una complejidad interna que deviene en una capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción tal, que resulta lógico y necesario atribuir a la persona jurídica cierta competencia sobre su ámbito de organización, concluye el autor, que desde la corriente clásica del delito *la capacidad de acción se ve así sustituida por una capacidad de organización*¹⁴⁸.

¿Pero cómo adquiere la persona jurídica esa capacidad de organización? Explica el profesor Gómez-Jara Díez, que no obstante es resulta difícil establecer que la persona jurídica actúa por sí misma, la situación cambia considerablemente cuando se plantea la posibilidad que en un momento determinado la persona jurídica adquiere un nivel de complejidad interna cuando se organiza a sí misma; es decir, se autoorganiza³⁶⁴, de manera que es hasta entonces cuando se puede adquirir la capacidad de organización de los entes colectivos.

5.3.3. Imputabilidad de la persona jurídica.

Es importante establecer si todas las personas jurídicas pueden ser imputables a la luz del modelo constructivista. Se parte de la lógica jurídico penal en cuanto a que

³⁶² **Gómez-Jara Díez**, *Modelos de autorresponsabilidad...*, *Óp. Cit.*,116

³⁶³ Se debe hacer la aclaración que no siempre debe entenderse la existencia de un Sistema Autopoiético, ya que para que se catalogue a una Organización como tal deben concurrir algunos caracteres especiales que más adelante se verán.

³⁶⁴ Vid. **Carlos Gómez-Jara Díez**; *¿Responsabilidad Penal de Todas Las Personas Jurídicas? Una Antecrítica Al Símil de La Ameba Acuñado Por Alex Van Weezel*; *Política Criminal* 5, no. 10; 2010; pp. 455–475, vid. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071833992010000200005&script=sci_arttext&tlng=pt.

si existen personas jurídicas imputables, (con capacidad de organización) también personas jurídicas inimputables (sin capacidad de organización).³⁶⁵ El planteamiento sobre la imputabilidad tiene su origen el postulado del constructivismo operativo apoyado en los avances de las ciencias de la comunicación, el cual *parte de la base que tanto conciencia como comunicación muestran los mismos caracteres de autorreferencialidad, recursividad y reflexión.*³⁶⁶

Para explicar este planteamiento el profesor Gómez-Jara Díez, se apoya en la teoría de Gunther Teubner, sobre los presupuestos de cómo se constituye una empresa en un sistema autopoietico de orden superior. *“La organización empresarial sale de su minoría de edad en el momento en el que se produce una vinculación hipercíclica entre los caracteres autorreferenciales del sistema organizativo: es decir, una doble autorreferencialidad. Expresado de otra manera: a lo largo del tiempo se produce una acumulación de círculos autorreferenciales³⁶⁷ en el ámbito empresarial hasta llegar al encadenamiento hipercíclico de los mismos, momento en el cual emerge verdaderamente el actor corporativo como sistema autopoietico de orden superior³⁶⁸.*

Al igual que en el ámbito individual para ser considerado sujetos penalmente relevantes se necesita que el sistema psíquico del ser humano adquiriera una complejidad interna suficiente, en el sistema organizativo se necesita un nivel complejidad organizativa en la persona jurídica; de tal suerte que, *la complejidad interna suficiente es un presupuesto para el desarrollo de una autorreferencialidad bastante que permita la autoderminación del sistema organizativo con respecto a su entorno, lo cual es una cuestión decisiva para el nacimiento de la responsabilidad penal.*³⁶⁹ Desde este

³⁶⁵ **Gómez-Jara Díez**, *Modelos de autorresponsabilidad...*, *Óp. Cit.*, 114.

³⁶⁶ *Ibíd.*, 117-118

³⁶⁷ Los *círculos autorreferenciales* se dan en cuatro ámbitos diferencias: 1. El límite del sistema, 2. La estructura del sistema, 3. Los elementos del sistema.

³⁶⁸ **Gómez-Jara Díez**, *Modelos de autorresponsabilidad...*, *Óp. Cit.*, 119.

³⁶⁹ *Ibíd.* 120-121

planteamiento, se manifiesta un equivalente funcional entre el desarrollo de una complejidad interna suficiente en la persona física y en la persona jurídica, siendo que al igual que una persona física menor de edad es inimputable en el Derecho Penal individual y sólo será imputable hasta que su sistema psíquico alcanza un nivel de complejidad, es decir, un nivel interno de autorreferencialidad (autoconciencia), en el caso de la persona jurídica sólo puede ser imputable en el derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo es lo suficientemente complejo, es decir, cuando ha alcanzado un nivel interno de autorreferencialidad (autoorganización).³⁷⁰

Sobre este tema es importante señalar lo que la profesora Zúñiga Rodríguez, expone al respecto, en cuanto a que *“un primer presupuesto para concebir un injusto de organización es que ésta sea realmente compleja, es decir, que, por su número, estructura, despersonalización, formalización no se pueda determinar la responsabilidad de las personas físicas que actúan dolosamente. Si se trata de una empresa unipersonal o una organización pequeña, donde se pueda identificar las actividades de sus miembros, es difícil pensar en un injusto de organización, pues claramente estaríamos ante la responsabilidad personal que instrumentalizan la organización de delitos en beneficios propios, constituidas básicamente por supuestos de empresas fantasma³⁷¹.”* Es conveniente enfatizar a lo que señala la autora, pues a través de este planteamiento se pueden lograr establecer límites a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y por consiguiente lograr identificar cuando se trata de una mera responsabilidad individual.

³⁷⁰ **Gómez-Jara Díez**, *¿Responsabilidad Penal...*, *Óp. Cit.*, 91.

³⁷¹ **Gómez-Jara Díez**, *Modelos de autorresponsabilidad...*; *Óp. Cit.*, 121

5.3.4. Culpabilidad Empresarial.

El concepto de culpabilidad es según el profesor Gómez-Jara Díez, el más difícil de elaborar para el modelo constructivista; no obstante, la manera más acertada de afrontar el problema es construyendo un concepto de culpabilidad empresarial que si bien no ha de ser idéntico al concepto de culpabilidad individual, éste ha de ser funcionalmente equivalente, de tal suerte que el modelo constructivista presente un concepto de “*culpabilidad empresarial*” funcionalmente equivalente al de culpabilidad individual.³⁷²

El concepto “*Culpabilidad Empresarial*” se construye a través de tres equivalentes funcionales que son equiparables con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual, estos son a) *Fidelidad al Derecho* como condición para la vigencia de la norma; b) *El Sinalagma* básico del derecho penal (igualdad de condiciones entre persona natural y jurídica); y c) *La capacidad de cuestionar la vigencia de la norma*.

- a) Primer fundamento funcionalmente equivalente de la culpabilidad empresarial: *fideliad al derecho como condición para la vigencia de la norma*; en términos sencillos y de manera más comprensible lo que Gómez Jara Díez trata de fundamentar es que la vigencia de la norma depende de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al derecho por parte de las personas jurídicas que surge como resultado de la incapacidad que tienen los estados para controlar los riesgos característicos por ejemplo de las empresas industriales; teniendo el estado que, trasladar a las Personas Jurídicas la obligación de que éstas se autorregulen en virtud de su naturaleza por su tamaño y complejidad interna³⁷³ en las que resulta imposible

³⁷² Gómez-Jara Díez, *Autoorganización Empresarial*, 723.

³⁷³ En el caso por ejemplo de una Multinacional.

la intervención estatal directa, de tal suerte que, resulta necesario y prudente imponer a las personas jurídicas la obligación de la fidelidad al derecho, siendo la forma ideal para esto, institucionalizando una cultura empresarial de fidelidad al derecho. El resultado de esto es el reconocimiento de autonomía de las personas jurídicas con la consecuente obligación de fidelidad al Derecho genera el nacimiento del ciudadano corporativo fiel al derecho, en ese sentido se garantiza que cuando una persona jurídica no institucionaliza una cultura empresarial de fidelidad al derecho constituye el quebrantamiento de su rol como ciudadano fiel al derecho y el resultado es que se manifiesta *la culpabilidad jurídico-penal empresarial*.

- b) Segundo fundamento funcionalmente equivalente de la culpabilidad empresarial: *el sinalagma básico del derecho penal*, consiste básicamente en que con el surgimiento del ciudadano corporativo fiel al derecho se establece un reconcomiendo mínimo de igualdad entre las personas jurídicas y las personas físicas; de ahí que se establece una libertad de organización a cambio de exigir una responsabilidad por las consecuencias de la actividad empresarial,³⁷⁴ afirma el autor que de esta manera se establece la autorresponsabilidad empresarial, la que según Heine puede establecerse como un *imperativo categórico siendo que toda persona jurídica debe organizarse autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado, es decir que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial*.¹⁶⁰
- c) Tercer fundamento funcionalmente equivalente de la culpabilidad empresarial: *la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma*, el cual consiste en reconocer la

³⁷⁴ Expresado con las palabras de *Schünemann*: “la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la autonomía de la asociación, a la cual el Derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia que, sin embargo, tiene como reverso tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad.” *Gómez Jara-Díez, Autoorganización Empresarial*, 738.

posibilidad que tienen las personas jurídicas en participar en asuntos públicos; explica el profesor Gómez-Jara Díez, la forma de cómo participan las personas jurídicas en los asuntos públicos “*se viene entendiendo que, si bien una corporación como tal no puede votar, sí que se le reconoce el derecho a participar en lo que realmente cuenta en democracia: el debate entre los ciudadanos. En definitiva, a las corporaciones, al igual que a los individuos, se les reconoce un derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales. Dicho proceso no viene marcado por el derecho de voto sino principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas sociales, contribuyendo así a la conformación de las mismas*³⁷⁵.” Este tercer fundamento hace referencia a que las personas jurídicas son creadas con el conocimiento de la existencia de las normas jurídicas a las cuales deben el cumplimiento que los seres humanos, de manera que la sola existencia de la norma presupone que las personas jurídicas han sido partícipes en proceso de su creación y por tanto su vigencia.

5.3.5. Fines de la pena.

Finalmente conviene ver como se configuran los fines de la pena a través del modelo constructivista de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Toma como base la prevención general positiva criterio que es reconocido también en el Derecho penal individual. “*Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la función de contribuir -en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación- al establecimiento comunicativo de la norma, derivando como prestación el reforzar la fidelidad al Derecho*³⁷⁶.” En este punto, lo que trata es que, a través de la imposición de una pena

³⁷⁵ Gómez-Jara Díez, *Autoorganización Empresarial...*, Óp. Cit., 20.

³⁷⁶ Gómez-Jara Díez, *Modelos de autorresponsabilidad...*, Óp. Cit.,127.

a la persona jurídica, establece la misma función que en el derecho penal individual, la del restablecimiento comunicativo de la vigencia de la norma, estableciéndose así un paralelo funcional con el derecho penal empresarial.

5.3.6. Situación jurídica de las personas individuales en el modelo constructivista.

La situación jurídica de las personas individuales resulta irrelevante para este modelo, concretamente porque se desprende y aleja de cualquier comportamiento o actuación de los individuos; en ese sentido, el modelo no plantea la posibilidad de sancionar penalmente al sujeto individual, por no tener ninguna participación en el hecho o en la culpabilidad de la persona jurídica.

5.3.7. Ventajas y desventajas.

El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas plantea la posibilidad de hacer responsables penalmente a las personas jurídicas a través de la creación de conceptos y fundamentos propios de la persona jurídica lo que permite desligarse de cualquier comportamiento humano. A través de la autorregulación se establece un nuevo rumbo para las personas jurídicas, de manera que, desde su nacimiento sean creadas como sujetos fieles al cumplimiento del derecho.

La argumentación que se utiliza para fundamentar el modelo resulta por momentos sumamente abstracta y puede llegar a ser incomprensible³⁷⁷.

Por tratarse de un modelo puramente del denominado hecho propio, el actuar de los sujetos individuales resulta irrelevante, en ese sentido la responsabilidad penal individual no resulta relevante para este modelo.

³⁷⁷ **Gómez-Jara Díez**, *¿Responsabilidad Penal...*, *Óp. Cit.*, 110.

No es posible sancionar al mismo tiempo a la persona jurídica y a los sujetos individuales, pues lo que se verifica es lo relativo únicamente a la responsabilidad penal colectiva.

5.3.8. Principal problema del modelo y una posible solución.

Se estima que el principal problema que puede representar el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal es en lo relativo al alto contenido de conceptos sumamente complejos de los que se nutre para poder fundamentar la existencia de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, esencialmente por su alta dificultad para introducirlos en la norma penal, pues esto implicara no solo su comprensión; sino, además la creación de nuevas categorías fundamentales propias de la persona jurídica, y que de no comprenderse en su totalidad el modelo constructivista, puede de alguna manera caer en la irresponsabilidad penal individual producto del desprendimiento total entre las conductas individuales y la persona jurídica.

Intentar dar una posible solución a este problema resulta sumamente complicado ya que los esfuerzos del profesor Gómez-Jara son extraordinarios. Se estima que los conceptos utilizados por el autor del modelo son necesarios para poder explicar cada fundamento que lo complementa, de tal manera que lo más conveniente es buscar la manera de capacitar e informar a los administradores de justicia, abogados en el libre ejercicio, empresarios y por supuesto a la población en general de manera que sea posible su mínima comprensión³⁷⁸.

³⁷⁸ **Gómez-Jara Díez**, *¿Responsabilidad Penal...*, *Óp. Cit.*, 112.

5.4. Regulaciones de la Responsabilidad Penal en el derecho comparado: Unión Europea.

Se toma en cuenta los países de la Unión Europea en razón de ser democracias con mayor desarrollo en esta temática. En ese sentido, cabe mencionar que en cinco Estados miembros de la Unión Europea la responsabilidad penal de las personas jurídicas no está prevista en sus legislaciones estatales: Bulgaria, Alemania, Grecia, Letonia y Suecia; los últimos en regular la referida responsabilidad penal han sido Rumanía (2006), Portugal (2007), España (2010) y la República Checa (2012). Por otro lado, ocho Estado miembros no reconocen la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas: Austria, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia³⁷⁹.

Reino Unido

En el Reino Unido, la jurisprudencia basa la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la teoría conocida como de la identificación. Según esta teoría, hay identidad entre la persona jurídica y sus dirigentes. Así, la prueba necesaria para que una persona jurídica tenga responsabilidad penal es la existencia de un hecho delictivo cometido por una persona física que represente de forma directa la voluntad de la persona jurídica.

Francia

En Francia, desde el 31 de diciembre de 2005, el artículo 121-2 del Código Penal prevé que las personas jurídicas, a excepción del Estado, son penalmente

³⁷⁹ Vid. <http://www.knc.eus/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-que-operan-en-multiples-jurisdicciones/#:~:text=En%20Alemania%2C%20la%20exigencia%20de,penal%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas>. Fecha de consulta: 15/12/2021.

responsables. En virtud del artículo 121-2 del Código Penal las personas jurídicas son punibles como autoras o partícipes tanto de una acción como de una omisión, siempre y cuando dicha punibilidad se encuentre recogida expresamente por la ley y que el hecho haya sido realizado por un órgano o representante de la misma en su propio beneficio. Para que una persona jurídica tenga responsabilidad penal se tienen que cumplir los siguientes criterios:

1. Sujetos: personas jurídicas de Derecho privado y público;
2. Acción: de un órgano o representante legal de la persona jurídica;
3. Que se realice con el propósito de obtener un beneficio para la misma;
4. Es necesario que la punibilidad de la persona jurídica esté contenida expresamente en una ley o en un reglamento.

Recientemente, la ley francesa nº 2016/1691, que entró en vigor el 1 de junio de 2017, ha establecido la obligatoriedad de implantar un programa de *Compliance* contra la corrupción en el caso de empresas con más de 500 trabajadores o que formen parte de un grupo de empresas cuya matriz esté en Francia y emplee al menos a 500 trabajadores y un volumen de negocios bruto superior a 100 millones de euros en los tres últimos ejercicios³⁸⁰.

Alemania.

En Alemania, la exigencia de culpa es requerida para que un acto sea punible penalmente. Como las personas jurídicas no pueden ser culpables, no se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, el sistema de responsabilidad administrativo alemán permite establecer sanciones de multas a las personas jurídicas por infracciones administrativas. Concretamente, la Ley de

³⁸⁰ *Ibidem.*

contravenciones o infracciones administrativas de 1968 (con las modificaciones de 1986) recoge en su artículo 30 la responsabilidad directa de las personas jurídicas. Esta responsabilidad presupone, en primer lugar, que alguien haya actuado como órgano con poderes de representación y, en segundo lugar, que en dicha actuación haya cometido un delito o una contravención al orden. Además, el artículo 30 exige que se den las siguientes condiciones:

1. Que la acción del órgano haya vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación; y,
2. Que por medio de la contravención la persona jurídica o asociación se haya enriquecido o se hubiese debido enriquecer. La sanción que se impone por dicha infracción es de multa.

Italia.

En Italia la persona jurídica que ha cometido un delito participa en un proceso penal, pero le son aplicables sanciones administrativas, con la particularidad de que éstas son acordadas por el Juez de lo Penal. Las sanciones administrativas aplicables a las personas jurídicas son: la sanción pecuniaria, la interdicción del ejercicio de una actividad, la suspensión o la revocación de las autorizaciones, licencias o concesiones, la prohibición de contratar con la administración, la exclusión de financiaciones, contribuciones o subsidios y la revocación eventual de aquellos ya concedidos, la prohibición de anunciar bienes o servicios y la confiscación³⁸¹.

³⁸¹Vid.<http://www.knc.eus/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-que-operan-en-multiplesjurisdicciones/#:~:text=En%20Alemania%2C%20la%20exigencia%20de,penal%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas>. Fecha de consulta: 15/12/2021

5.5. Toma de postura frente a los modelos de responsabilidad penal para las personas jurídicas en El Salvador.

El modelo de *responsabilidad penal de atribución por el hecho de otro*, aparentemente es el más sencillo de aplicar en cualquier lugar; sin embargo, se estima que no resultaría conveniente como tal para El Salvador por la necesaria flexibilización de algunas garantías constitucionales a las que habría que recurrir y que sin duda alguna darían lugar a una serie de problemas de carácter legal para fundamentar la aplicación de una pena sin culpabilidad y por un hecho de otro, de manera que, en este momento histórico el país no está preparado para incorporar un modelo tan radical como este, por lo que a nuestro criterio no resultaría de interés; sin embargo se considera por esta investigación que la responsabilidad objetiva, como ya se ha mencionado se encuentra regulada en el Art. 4 CP, tendría que reformarse, en el sentido que excepcionalmente se podría admitir la responsabilidad objetiva únicamente para la imputación de las personas jurídica.

El *modelo de responsabilidad penal por defecto de organización*, podría ser resultar de interés para El Salvador, ya que es un planteamiento un poco más elaborado. Se considera que los obstáculos a los que pueden enfrentarse son superables, pues una responsabilidad penal basada en el establecimiento de un hecho propio y una culpabilidad propia de la persona jurídica con probabilidad podría ser admitida la imposición de una sanción penal para los colectivos.

La propuesta del *modelo constructivista de autorresponsabilidad penal* del profesor Gómez-Jara Diez, es extraordinaria y de alguna manera pudiera ser de gran interés para El Salvador, sin embargo, se considera que es complicado por el alto contenido de conceptos abstractos y de difícil comprensión, es de mucha complejidad por lo que, aunque se lleve a cabo un proyecto de ley con base a este modelo sería de difícil aplicación por la sociedad salvadoreña. En ese sentido, lamentablemente

podría llegarse a pensar que es una locura intentar implementar como modelo como tal en el país, no se duda que el modelo podría ser de gran interés y ayuda al país, sin embargo, se ve difícil su implementación y aplicación.

Por lo que la toma de postura de la presente investigación con respecto a lo versado en el presente Capítulo, se estima que en atención a las condiciones sociales, políticas y económicas de El Salvador, el modelo que más le resultaría de interés es el de *responsabilidad penal por defecto de organización* como hecho propio y culpabilidad propia de la persona jurídica, sobre todo que el objeto de investigación de la presente tesis de Maestría es sobre el delito de lavado de dinero y activos, en primer lugar porque la sanción no depende de la responsabilidad en la que podría incurrir un sujeto diferente lo cual permitiría el respeto a las garantías constitucionales relacionada al principio de culpabilidad y la personalidad de la pena.

En segundo lugar, el defecto de organización vendría a darle un parámetro de exigencia organizativa que las personas jurídicas deben cumplir, lo que genere una cultura de fidelidad al cumplimiento de las leyes salvadoreñas y eviten la comisión de delitos, para que no quede en impunidad los actos delictivos de la persona jurídica, sobre todo considerando los compromisos internacionales de El Salvador³⁸².

³⁸² El Art. 41 de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo regula lo siguiente: “*Cuando se comprobare que individuos que integran los órganos de administración o dirección de una persona jurídica o entidad privada, permitieren, colaboraren, apoyaren, o participaren en nombre o representación de las mismas, en la comisión de alguno de los delitos previstos en la presente Ley; se ordenará por el juez que conozca del caso, cualquiera de las sanciones o medidas siguientes contra la persona jurídica o entidad privada de que se trate: a) La imposición de multa de cincuenta mil a quinientos mil dólares. b) La disolución de la persona jurídica o entidad privada respectiva, librando oficio a la autoridad competente para que proceda. La resolución o decisión firme deberá ser publicada en cualquier medio de comunicación*” Cfr. **Ley Especial contra Actos de Terrorismo**. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2006. En esta disposición se regula un régimen penal para las personas jurídicas, pero que es criticable en el sentido, ya que solo se impone sanción por la sola participación de los integrantes de los órganos de dirección y administración de una persona jurídica en la comisión de ilícitos que tipifican dicha normativa, por lo que la culpabilidad de las personas jurídicas se hace por conexión a la culpabilidad de la persona natural de poder directivo o administrativo, no encontrándose un desarrollo integral de la responsabilidad penal

5.6. Responsabilidad jurídica de las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero.

El Salvador ha ratificado la Convención de Viena del 88 y la de Palermo del 2000. También la Convención Interamericana contra el Financiamiento del Terrorismo³⁸³, y el Convenio Interamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y Activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. En el ámbito interno, la regulación penal de esta materia fue introducida por la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos (en adelante “Ley ALD”), aprobada a los dos días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, entrando en vigencia el diez de junio de mil novecientos noventa y nueve. Lo que vino a ser retomado con una verdadera imposición de sanciones penales a las personas jurídicas que realicen actos de terrorismo, tal como lo regula la Ley de Actos de Terrorismo en 2006, pero con los matices ya antes mencionados.

El delito de lavado de activos se regula y penaliza en el Capítulo II, artículos 4 a 8 de la anterior citada Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos. El Artículo 26 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, establece que serán de aplicación a esta ley las normas y procedimientos del Código Penal, la Ley Procesal y demás

de las personas jurídicas por comisión de actos de terrorismo, ni desarrollo de algunos de los modelos de imputación penal de las personas jurídicas, mencionados a lo largo de esta investigación; por otro lado, solo está referida a los ilícitos que regula dicha ley, dejando de fuera ilícitos de importancia internacional y nacional como lo es el lavado de dinero y activos, sin embargo es un importante avance para la regulación del tema investigado y al ilícito central de este informe.

³⁸³ La Convención Interamericana contra el Terrorismo es la convención de más reciente adopción en el marco de la Organización de los Estados Americanos y la de más reciente entrada en vigor. Fue suscrita durante el trigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, órgano supremo de la Organización, y se celebró en Bridgetown, Barbados, el 3 de junio del 2002. Su texto original, así como los instrumentos de ratificación de la misma, se encuentran depositados en la Secretaría General. *Cf. NEGRO, Dante M., La Convención Interamericana contra el Terrorismo: algunas consideraciones para su implementación en las legislaciones internas de los Países*, Agenda Internacional Año X, N. 0 19, 2003, pp. 221; *vid. file:///C:/Users/blrf_/Downloads/Dialnet-LaConvencionInteramericanaContraElTerrorismo-6302405.pdf.*

disposiciones legales que no la contradigan. Este precepto es complementado con el Artículo 6 del CP que establece que *“Las normas generales de este Código serán aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales, salvo que estas contengan disposiciones diferentes”*.

El lavado de activos formalmente está tipificado penalmente en El Salvador por la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, la cual viene a dar cumplimiento al e Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los de los delitos de Lavado de Dinero y de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito Drogas y Delitos Conexos. Y materialmente su regulación es muy próxima a la Convención de Palermo del 2000.

En el ordenamiento salvadoreño se aplica el principio de Integración de la Ley, muy importante para comprender su realidad jurídica. En base a este principio los tratados internacionales celebrados conforme a su ordenamiento legal con otros estados u organismos internacionales constituyen leyes en la República de El Salvador. Este principio parece ser pacífico en su práctica judicial y es aplicado muy profusamente; para llenar aparentes vacíos legales.

El delito de Lavado de Dinero se extiende a todo tipo de propiedad, independientemente de su valor; indistintamente de que represente, directa o indirectamente, los activos o resultados económicos de las actividades delictivas predicadas para el lavado.

El delito de Lavado de Dinero se aplica a cualquier persona, natural o jurídica, incluso aunque esta última no se encuentre constituida legalmente, todo ello a tenor del Artículo 2 de la Ley de Lavado de Dinero y Activos. El literal de este precepto establece: *“La presente Ley será aplicable a cualquier persona natural o jurídica aún cuando esta última no se encuentre constituida legalmente”*.

La ley procesal salvadoreña admite que el elemento intencional del delito de Lavado de Dinero sea inferido a partir de circunstancias objetivas de hecho. Formalmente tal precepto se deduce del Artículo 162 de su Código Procesal Penal, que establece el siguiente literal en cuanto a la extensión, pertinencia y valoración de la prueba: *“Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba, respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República, y demás leyes, siempre que se refiera, directa e indirectamente al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad. Los jueces darán especial importancia a los medios de prueba científica, pudiendo asesorarse por especialistas, si ellos no lo fueren, para decidir sobre las diligencias de investigación que deban encomendar al fiscal o sobre la práctica de actos de prueba definitivos o irreproducibles, práctica de prueba para mejor proveer y para reconocer adecuadamente los elementos de prueba derivados de dichos medios”*.

Para que las pruebas tengan validez deben ser incorporadas al proceso conforme a las disposiciones de este Código y en su defecto, de la manera que esté prevista la incorporación de pruebas similares. En caso de incumplimiento del requisito anterior, se estará a lo dispuesto en el inciso final del Artículo 15 de este Código *“Los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”*. En la práctica, según las autoridades judiciales o pertenecientes a la fiscalía entrevistadas, nada se opone a utilizar estas técnicas probatorias en el proceso penal. La responsabilidad criminal por Lavado de Dinero también se extiende a las personas jurídicas.

Hay que reseñar que específicamente el artículo 349 del Código de Comercio establece que: *“La sociedad que estando legalmente organizada ejecute actos ilícitos, será declarada disuelta y se liquidará inmediatamente. La acción de disolución*

compete a cualquier interesado o al Ministerio Público. El Juez deberá decretarla de oficio al tener conocimiento de la actividad ilícita. El Juez podrá practicar por sí mismo la liquidación o designar un liquidador; en este caso, deberá oír previamente a la oficina que ejerce la vigilancia del Estado y la designación recaerá, si ello fuere posible, en una institución bancaria. El importe resultante de la liquidación se distribuirá conforme a lo dispuesto en el artículo 343 ”³⁸⁴.

Esta redacción no establece proporcionalidad o graduación de la pena o medida establecida en el Artículo 349 del Código de Comercio en relación la posible sanción de las personas jurídicas y que de cierta forma no protege el bien jurídico por el lavado de dinero y activos: Tráfico ilícito de bienes, por lo que no el instrumento más adecuado para resguardar este bien jurídico y que en materia penal se logra con el *efecto disuasivo*, en el sentido que las personas jurídicas no sean utilizadas para la comisión de ilícitos, de esta forma se atacaría de forma más agresiva a la criminalidad organizada al hacer responsables penalmente a las personas jurídicas, por lo que la referida disposición mercantil es una consecuencia accesoria de cometer actividades ilícitas, pero que cuando se refiere el Art. 349 del Código de Comercio “actividades ilícitas”, no se esta refiriendo específicamente a la comisión de delitos, sino más bien de acciones contrarias a cualquier ley formal de cualquier materia o el incumplimiento de sus obligaciones, por ejemplo por lo que no estamos en presencia de una propia responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El sometimiento a las personas jurídicas a responsabilidad penal por Lavado de Dinero, no impediría la posibilidad de procesamientos penales, civiles o administrativos paralelos, salvo que sea de aplicación el principio “*ne bis in idem*”.

³⁸⁴ **Código de Comercio de El Salvador.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008.

En el ordenamiento del país, las personas naturales están sujetas a sanciones penales o responsabilidades civiles efectivas, proporcionales y disuasivas por Lavado de Dinero.

5.7. Casos que hacen necesaria la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Baterías Récord y Caso CEL- ENEL.

En este apartado se hace una breve mención de casos de trascendencia nacional que evidencian la existencia de una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que han dañado gravemente la salud de los salvadoreños o por que han afectado el erario público salvadoreño, bienes protegidos por los delitos del medio ambiente y como Peculado, delitos previos del lavado de dinero y activos, para el presente caso se ejemplifican los casos de Baterías Record y el caso CEL- ENEL.

Caso Baterías Récord.

La fábrica Baterías de El Salvador, mejor conocida como Récord era propiedad de la familia Lacayo. Uno de sus miembros, Miguel Lacayo, fue Ministro de Economía durante el Gobierno del ex Presidente Francisco Flores³⁸⁵.

De acuerdo a la Sistematización “Caso Contaminación por Plomo Ocasionado por la Empresa Baterías de El Salvador. S.A de C.V. y el Proceso de Lucha Impulsado por la Población Afectada”, llevada a cabo por el Centro Salvadoreño de Tecnología Apropiaada CESTA “Las actividades de la Empresa Baterías de El Salvador, inician entre 1994- 1995 como una distribuidora de baterías en el mercado nacional y regional, la empresa aún no se dedicaba al reciclaje. Es hasta el año 2000 que comienza el ensamblaje de baterías. Incluso inicia su funcionamiento antes de que se le otorgue el

³⁸⁵ *Vid.* <https://mpgr.org.sv/noticias/ex-fabrica-de-baterias-record-pone-en-peligro-nuevamente-a-la-poblacion-del-canton-sitio-del-nino/>. Fecha de consulta: 15/12/2021.

permiso ambiental entregado en el 2003, sus operaciones consistieron en fabricar baterías electrolíticas de ácido plomo para vehículos, y ya poseía una planta recicladora de plomo donde generaba su propia materia prima”.

Entre los años 2003 y 2004 se presentan los primeros problemas ambientales y en la salud de los habitantes, según detalla la investigación del CESTA “los niños y niñas se enfermaban con mucha frecuencia: con dolores de cuerpo, se les caía el cabello, y había muchos padecimientos de salud”. La planta de la fábrica generaba emanaciones industriales, en el proceso de elaboración de las baterías, lo que dejó muchas víctimas de contaminación en la comunidad y de trabajadores de la empresa.

La fábrica fue cerrada en el año 2007, posterior a la intervención de las carteras de Medio Ambiente, Salud y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH). Sin embargo, la judicialización del caso solo procesó a algunos ingenieros de operaciones y el representante legal de la empresa; por su parte los miembros de la familia Lacayo se encuentran prófugos.

Es por ello que los miles de personas afectadas por la contaminación por plomo han insistido por años que el caso no quede impune y se lleve a la justicia a los dueños de la fábrica. Además, han denunciado que las acciones de reparación no fueron suficientes para compensar el daño a la salud de la comunidad. En el actual contexto, el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (MARN) ha recordado que en el mes de febrero de este año emitió un decreto de emergencia ambiental por contaminación de plomo en el sitio, con un área de 271,375 metros cuadrados. La acción se debió a que “la concentración de plomo es de 400 partículas por millón, que es el parámetro para considerarse altamente tóxico para la salud humana”³⁸⁶.

³⁸⁶ *Ibidem*.

Asimismo, el mismo MARN recuerda que en el 2015, la Sala de lo Constitucional emitió una sentencia, que le ordenaba limpiar el sitio de un daño ocasionado por una empresa privada, que asciende a decenas de millones de dólares. Tema que aún está pendiente, por lo que hace necesario la existencia de responsabilidad penal de esta persona jurídica, ya que en el caso que se hubiera liquidado esto hubiera servido para indemnizar a las víctimas que sufrieron por esta contaminación ambiental, ya que además se hubiera reparado también sus derechos vulnerados.

Caso CEL-ENEL

El caso CEL-Enel, como se llamó a este proceso, cuestionaba la legalidad del contrato de concesión entre la empresa pública salvadoreña y la italiana Enel, firmado en 2002³⁸⁷. Según la hipótesis de la Fiscalía, entre 2000 y 2002 hubo una conspiración de funcionarios del gobierno de Francisco Flores (1999-2004) para entregar

³⁸⁷ En este caso se ve reflejado, los *negocios jurídicos criminalizados* son contratos que proceden del orden privado, civil o mercantil, que cumplen con todos los requisitos necesarios para su existencia. Sin embargo, son utilizados para ocultar un fraude contenido en el perjuicio que se produce por el incumplimiento de uno de los contratantes, quien obtiene provecho económico por el cumplimiento del otro contratante. Debemos estar claros que el mero incumplimiento de una obligación contractual no deviene en esta modalidad de estafa, la cual solo surge cuando se puede probar la intención antecedente o inicial de no cumplir con la obligación. En palabras del Tribunal Supremo español, “cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia el otro” (Sentencia del 22 de junio de 2015, Ref. 416/2015). Esta conceptualización es compartida por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 16 de mayo de 2016 (Ref. 405C2015), en la que expresa que “para que concurra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de los elementos constitutivos de la misma. Simulando el autor un propósito serio de contratar cuando, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta un claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido”. *Vid.* <https://derechoynegocios.net/breve-referencia-los-contratos-criminalizados-edicion-90/>. Fecha de consulta: 15/12/2021.

ilegalmente a manos privadas, mediante ese contrato, el control de la empresa pública geotérmica LaGeo.

Desde que la Fiscalía comenzó la investigación, siempre argumentó que durante el proceso de contratación de un socio estratégico para LaGeo (que en aquel momento aún se llamaba Gesal) el exministro de Economía Miguel Lacayo, el exrepresentante legal de la empresa estatal italiana Enel, y siete exdirectivos de la estatal CEL, propietaria de la geotérmica, ejecutaron o permitieron irregularidades destinadas a eliminar la competencia en la licitación, impedir que otras instituciones (incluida la Asamblea Legislativa) pudieran fiscalizar las decisiones de CEL y beneficiar a Enel de la explotación de recursos naturales del país en contra de los intereses de los salvadoreños.

En marzo de 2013, Martínez designó a una comisión especial de investigación presidida por el abogado Saúl Morales para que se hiciera cargo del caso. En noviembre del mismo año esa comisión investigadora entregó el informe final de su indagación, y dictaminó que procedía una investigación por corrupción política contra el expresidente Francisco Flores y algunos de sus funcionarios. Sin embargo, el Fiscal decidió orientar la investigación a un posible peculado en un contrato, el de 2002, “lesivo para el Estado”, y eximió al presidente Francisco Flores y al exsecretario técnico de la presidencia, Juan José Daboub de cualquier implicación en el posible delito. La Fiscalía, además, en un principio estimó que la afectación para el Estado había sido de \$1,802 millones de dólares e hizo abundantes declaraciones públicas en las que destacó en monto del supuesto robo a las arcas del país, pero en enero de 2015 terminó presentando un caso en el que el supuesto daño al Estado era un 92% menor.

Sin rectificar en público, la Fiscalía pasó de reclamar 1,802 millones a poco más de 140 millones, según los documentos judiciales que pasaron a la etapa de sentencia³⁸⁸.

En materia civil, la Fiscalía también navegó por una corriente totalmente diferente a la de la persecución penal. El 2 de agosto del 2013 Enel inició un arbitraje contra El Salvador en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en Washington, acusando al país de incumplir el contrato de 2002 y negarse a en 2006 a que Enel se convirtiera en accionista mayoritario de La Geo. El Salvador se negaba también a cumplir la sentencia sobre este mismo punto de un laudo arbitral dado en París en octubre del 2008, y que obligaba al Estado salvadoreño a pagar \$124 millones.

El 7 de diciembre del 2014, Enel y el Estado salvadoreño, a través de la representación del Fiscal General de la República, Luis Martínez, firmaron en Washington el conocido como acuerdo marco. Dicho documento permitía al Estado comprar a Enel, por un total superior a los \$128 millones, todas las acciones que la empresa italiana tenía en LaGeo, y a cambio eximía de responsabilidad civil a todos los imputados en el caso CEL-Enel, tanto aquellos que habían sido empleados de la empresa italiana como los exfuncionarios salvadoreños³⁸⁹.

Este otro caso, es un ejemplo claro que hace necesaria la responsabilidad penal para las personas jurídicas, que nazcan a la vida jurídica en el país y que operen en el país, ya que en caso de este tipo de personas jurídicas sirven como fachada para realizar ilícitos penales como en el presente caso con el cohecho, peculado y que también puede constituir un fraude para el erario público salvadoreño, ya que se evitaría que este tipo de personas naturales sigan haciendo contratos criminalizados utilizando de fachadas a

³⁸⁸ *Vid.* <https://www.elfaro.net/es/201507/noticias/17154/Fiscal%C3%ADa-desiste-del-caso-CEL-Enel-y-todos-los-acusados-quedan-en-libertad.htm>. Fecha de consulta: 15/12/2021.

³⁸⁹ *Ibíd.*

las personas jurídicas, ya que buscan la impunidad y la comisión de ilícitos, sobre todo que son delitos base del lavado de dinero y activos; a fin de generar una cultura de fidelidad al cumplimiento de las leyes salvadoreñas y eviten la comisión de delitos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

CONCLUSIONES.

- ✓ La creación y fundamentación de los conceptos de *persona jurídica* y *responsabilidad penal de las personas jurídicas* han tenido lugar en diferentes momentos históricos, la creación del concepto de persona jurídica corresponde al derecho canónico al crearse las *universitas*, por ser naturaleza parecida al concepto que se conoce actualmente de persona jurídica, además estas *universitas* tenían capacidad frente a las sanciones, que eran los colectivos más importantes vinculados a la iglesia en ese entonces; en cambio la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lógica, surge posterior a la creación de las personas jurídicas, se parte desde el derecho canónico clásico con el surgimiento de la reparación civil, en donde se establece la separación de la responsabilidad penal y civil, aunque no existe un origen como tal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como consecuencia directa de no existir en ese momento una conceptualización de responsabilidad penal y de persona jurídica, los doctrinantes establecen que ésta dio paso a la consideración de la responsabilidad de los entes colectivos, entre ella, la de carácter penal, al crearse la idea de la existencia de responsabilidad colectiva de los entes conocidos como *municipios*, con esta conclusión se da cumplimiento al objetivo específico número uno, referido a *explicar el enfoque dogmático e histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y del delito de lavado de dinero*.

- ✓ La locución *Societas delinquere non potest -las sociedades no delinquen-*, es creada por el autor Sinibaldo De Fieschi. Sin embargo, tal locución en modo alguno no

surgió con el carácter de principio general que hoy se le atribuye. Más aún, ni tan siquiera el sentido original, ya que el autor en ningún momento negó la aptitud jurídica de la persona ficta para responder penalmente por sus actos, la intencionalidad de este canonista no era la de elaborar una teoría abstracta acerca del concepto o naturaleza de la persona jurídica, sino tan solo la de apuntar una solución práctica para que se respetaran los derechos de esa colectividad, como si de derechos de una persona se tratase, llegando hasta la teoría de la Ficción de Savigny que sostiene el concepto de persona jurídica como una creación del derecho, es decir una ficción jurídica, por lo tanto niega la capacidad de acción de las personas jurídicas, fundamento que ha sido sostenido en la actualidad, siendo adoptado por mucho países en sus ordenamientos jurídicos penales como el caso de El Salvador, con esta conclusión logra el objetivo específico número uno, referido a *explicar el enfoque dogmático e histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y del delito de lavado de dinero.*

- ✓ La *teoría de la personalidad real de la asociación*, es expuesta por el doctrinante de la época Otto Von Gierke, creada en contraposición a la desaparición de la pena para las asociaciones a fines del siglo XVIII, la configuración de la teoría de la asociación, desde el punto de vista científico, significó que el interés reflexivo relacionado a su reconocimiento nunca desapareciera, por lo que desde entonces ha existido este debate en determinar y analizar si la persona jurídica es un sujeto responsable penalmente; esto ayudó a que la escuela alemana de la época considerará que las personas jurídicas es un genuino ente existente, aunque de diferente naturaleza del humano, en ese sentido se comparó a la persona jurídica con los organismos biológicos de una persona física, la persona jurídica tenía cerebro lo que estaría representado por su gobierno, sistema nervioso, por medio de los actos de comunicación, y las células obviamente los individuos; concluyendo que éstas

cuentan con voluntad distinta a la de sus miembros particulares cuyas voluntades no pueden coincidir, que cada uno debía de responder por sus actos, por lo que la persona jurídica debía responder por sus actos, por lo que se debía aplicar sanciones penales a los sujetos que están tras la persona jurídica y a la persona jurídica misma, con esta conclusión, se da cumplimiento al objetivo específico referido a *explicar el enfoque dogmático e histórico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y del delito de lavado de dinero*.

- ✓ Los pilares fundamentales que conforman la teoría del delito son la acción, culpabilidad y pena, los cuales han sido construidos dogmática y conceptualmente en relación al comportamiento de personas físicas, por lo que esta construcción teórica no logra adaptarse a la persona jurídica por su naturaleza misma, en ese sentido intentar atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas a través de la perspectiva tradicional de la teoría del delito, esta situación resulta imposible y por lo que para algunos doctrinantes lo más razonable y fácil es adoptar la postura del *societas delinquere non potest*, por lo que se advierte que si se hace un análisis de la realidad nacional e internacional está alejado de la necesidad político criminal actual, en el que se considera por los instrumentos internacionales y la doctrina actual que las personas jurídicas son utilizadas para cometer ilícitos como el Lavado de Dinero y Activos, creando impunidad y en consecuencia la situación de criminalidad continuaría, ya que la persona jurídica es el instrumento utilizado por la criminalidad organizada para la realización de actividades ilícitas como el lavado de dinero, lo que demanda la necesidad de responsabilizar penalmente al ente jurídico, pues en el caso, que los Estados que no son capaces de hacerlo corren el riesgo de no cubrir las necesidades de sus ciudadanos, y que la criminalidad organizada tome mayor ponderación; con esta conclusión se da cumplimiento al

objetivo específico número dos referido a *expresar los principales fundamentos doctrinarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

- ✓ Se establece por la doctrina que apoya el presupuesto general del *Societas delinquere non potest*, que las personas jurídicas no tienen capacidad de *acción*, en el sentido jurídico-penal del término, esto implica la existencia de un comportamiento físico, de acción u omisión, situación que no concurre en la persona jurídica por su naturaleza de ser ficticia; en segundo lugar, se refiere a las reglas de *autoría y participación*, en el sentido que no es posible aplicarla ya que las actividades ejecutivas se encuentran separadas individualmente de las actividades resolutivas; en tercer lugar, se plantea por la doctrina que en la persona jurídica no posee *capacidad de culpabilidad*, pues, visto desde cualquier concepto de culpabilidad este se refiere a una imputación subjetiva de hechos por autores individuales, ya sea con dolo o culpa, bien bajo su capacidad de libre decisión o motivado frente a las normas; y por último, no es posible legitimar los *finés clásicos de las penas* pues, la retribución toma como punto de partida la culpabilidad y en ese sentido la prevención es ejercida sobre sujetos físicos, ya que la intimidación o la resocialización son dirigidas al psiquis de estos sujetos, situación que no puede concurrir en la persona jurídica; con esta conclusión, se da cumplimiento al objetivo específico referido a *expresar los principales fundamentos doctrinarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

- ✓ Por otro lado, mencionar que actualmente con las personas jurídicas se propicia el encubrimiento de responsabilidades y de comportamientos ilícitos realizados por los sujetos individuales que actúan en nombre y representación de la persona jurídica, por la razón que en algunas empresas no se logra identificar una línea jerárquica, en el sentido, que haga posible identificar quien toma las decisiones, sino que en la

actualidad funcionan bajo una estructura empresarial funcional diferenciada en las que se produce una división entre las funciones estratégicas y operativas, de modo que se crea el peligro de una irresponsabilidad individual estructural, sobre todo considerando las personas jurídicas que se conforman hoy en día, poseen estructuras grandes y complejas, por lo que a menudo las investigaciones para intentar atribuir responsabilidades penales a los individuos resultan un fracaso, ya que no se logra determinar quien toma las decisiones; sin embargo el Código Penal salvadoreño en su artículo 38, ha tratado de darle solución a esta situación a través de la figura de actuar por otro, a fin de suplir los vacíos de punibilidad que resultan en los delitos especiales que son ejecutados por los representantes tanto de personas jurídicas, como de personas naturales; con esta conclusión, se da cumplimiento al objetivo específico referido a *expresar los principales fundamentos doctrinarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

- ✓ El nacimiento del término de lavado de dinero está relacionado con el auge del narcotráfico, a finales de la década de los 70, por ello se tiende a relacionar al lavado de dinero únicamente con el narcotráfico, pero también puede y de hecho está relacionado con cualquier otra fuente ilícita, fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito, pudiendo ser delitos económicos y cualquier otro delito común, en el caso de El Salvador la regulación la encontramos en las fuentes ilícitas y a los delitos previos relacionados en los Arts. 4 y 6 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos; con esta conclusión, se da cumplimiento al objetivo específico número tres referido a *describir los principales aspectos generales doctrinarios del delito de lavado de dinero y activos*.

- ✓ El legislador salvadoreño en la LCLDA, en su artículo 2, regula como sujetos obligados a dicho cuerpo legal a la persona jurídica, aun cuando esta última no se encuentre constituida legalmente, que tienen la obligación de presentar la información que les requiera por la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, Art. 17 LCLDA pero que, si lo relacionamos con el Art. 15 de LCLDA, en caso de incumplimiento a las obligaciones establecidas en dicho ordenamiento, expresa que: “...*el sujeto obligado asumirá la responsabilidad que regula el Art. 38 inciso segundo del Código Penal, sin perjuicio de las responsabilidades penales personales que fueren aplicables conforme al capítulo II de dicha ley...*”, por lo que cuando dice “sujeto obligado” el legislador no hace distinción entre persona humana y jurídica, pero que luego al seguir leyendo dicha disposición hace mención del término “*responsabilidades penales personales*”, por lo que responsabilidad penal que regula la LCLDA, se refiere específicamente a la persona física y/o humana, por lo que se niega la regulación de la imputación penal de la persona jurídica, no obstante ser un sujeto obligado; con esta conclusión, se da cumplimiento al objetivo específico número tres referido a *describir los principales aspectos generales doctrinarios del delito de lavado de dinero y activos*.

- ✓ El fenómeno del lavado de dinero y activos tiene un marcado carácter internacional. Es decir, sobrepasa las fronteras nacionales de los Estados e implica su desarrollo en otros, con los cambios de soberanía y jurisdicción que ello conlleva, está en constante evolución, por lo que a fin de darle apariencia de legal y legítima a este dinero, bienes fondos o derechos la doctrina ha establecido tres etapas del lavado de dinero y activos, siendo las siguientes: colocación, estratificación e integración; sin embargo, como es un fenómeno que está en constante evolución, al comparar esto con la coyuntura nacional actual, muchos grupos criminales a nivel internacional están usando la inversión en las emergentes criptomonedas, incluidas el bitcoin, con

lo cual las referidas tres etapas del lavado de dinero no encajarían a esta nueva realidad, por lo que tendría que verse si se replantearía teórico de las etapas antes mencionadas y adaptarla a la nueva realidad, cabe considerar que el 8 de junio de 2021 en El Salvador, el legislador salvadoreño aprobó una ley con respecto a ello, cuya vigencia entrará en septiembre de 2021, por lo que tendrá que verse si dicha moneda sirve para la promoción del lavado de dinero y activos y cuál es la participación de las personas jurídicas en esta situación, cuya respuesta se obtendrá con el paso del tiempo y aplicación de la mencionada ley, en cuanto a lo expuesto en el presente párrafo; con esta conclusión, se da cumplimiento al objetivo específico referido a *describir los principales aspectos generales doctrinarios del delito de lavado de dinero y activos*.

- ✓ Nuestra ordenamiento jurídico penal salvadoreño, no regula el *principio de accesoriadad limitada*, en materia de lavado de dinero y activos, que tiene aplicación en el ámbito de la autoría y participación, en el sentido que sirve para resolver los problemas de participación del delito cometido por el autor, estableciendo que este último debe realizar una conducta típica y antijurídica para poder construir la responsabilidad del partícipe, en este caso referido a persona física, porque está construida sobre la base de la teoría del delito finalista; con esta conclusión, se cumple el objetivo específico número tres referido a *describir los principales aspectos generales doctrinarios del delito de lavado de dinero y activos*.
- ✓ El ordenamiento jurídico penal salvadoreño está construido sobre la concepción de la *escuela finalista de la teoría del delito*, siendo esta teoría del delito construida sobre la imputación de la conducta humana, no de la imputación de una persona jurídica, ya que prácticamente una de las bases de la teoría del delito es el ya mencionado principio *societas delinquere non potest* o *las sociedades no*

delinquen, por lo que existe solo una imputación penal y es dirigida a la persona natural, en virtud del Art. 4 CP en el que establece la prohibición de responsabilidad objetiva, en el que requiere para la imposición de pena o medida de seguridad, en la acción u omisión se requiere que la misma sea realizada con dolo o culpa; con esta conclusión, se da cumplimiento el objetivo específico número cuatro referido a *identificar los elementos dogmáticos jurídicos necesarios para la exigencia de la responsabilidad penal en las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero y activos*.

- ✓ La figura del actuar por otro, regulada, en el Art. 38 CP tiene una íntima vinculación con apotegma de *societas delinquere non potest* o las *societates no delinquen*, cuestión que puede reconducirse a una consecuencia del principio de culpabilidad, en el sentido de culpabilidad, es personalísima, en el sentido que está referido a la conducta humana; la figura del actuar por otro, es *un paso intermedio entre la impunidad de los actos de las personas jurídicas y la responsabilidad penal que se le presente atribuir un nuevo modelo de imputación*, que cambia los cimiento del derecho penal nuclear, que está construido sobre un modelo de imputación de la persona humana; con esta conclusión, se cumple el objetivo específico número cuatro referido a *identificar los elementos dogmáticos jurídicos necesarios para la exigencia de la responsabilidad penal en las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero y activos*.
- ✓ Se estima que en atención a las condiciones sociales, políticas y económicas de El Salvador, el modelo que más le resultaría de interés es el de *responsabilidad penal por defecto de organización* como hecho propio y culpabilidad propia de la persona jurídica, sobre todo que el objeto de investigación de la presente tesis de Maestría es sobre el delito de lavado de dinero y activos, en primer lugar porque la sanción

no depende de la responsabilidad en la que podría incurrir un sujeto diferente lo cual permitiría el respeto a las garantías constitucionales relacionada al principio de culpabilidad y la personalidad de la pena. En segundo lugar, el defecto de organización vendría a darle un parámetro de exigencia organizativa que las personas jurídicas deben cumplir, lo que genere una cultura de fidelidad al cumplimiento de las leyes salvadoreñas y eviten la comisión de delitos; con esta conclusión, se cumple el objetivo específico número cuatro referido a *identificar los elementos dogmáticos jurídicos necesarios para la exigencia de la responsabilidad penal en las personas jurídicas en el delito de lavado de dinero y activos.*

RECOMENDACIONES.

- ✓ Que ante la imperante coyuntura nacional e internacional en la que las personas jurídicas son utilizadas por los grupos criminales y lavadores de dinero y activo, para la comisión de sus hechos delictivos es necesario la existencia en El Salvador del reconocimiento de la imputación de la persona jurídica, a través de ordenamiento jurídico pertinente, a fin de poner un alto a la creciente criminalidad del lavado y por otro lado, se evita la impunidad en casos donde la estructura de la persona jurídica es demasiado compleja y jerarquizada.
- ✓ Por otro lado, expresar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tendría que estar regulado en un ordenamiento jurídico aparte contenido en algún decreto legislativo aprobado por el legislador salvadoreño, donde conste que se va entender por responsabilidad penal de las personas jurídicas, que delitos pueden ser cometidos por las mismos, que en ese apartado se debe incluir el delito de lavado de dinero y activos, establecer también excluyentes

de responsabilidad penal para las personas jurídicas al implementar o aplicar un programa de prevención y gestión de riesgos penales, sobre todo para la prevención de lavado de dinero, que cuente con certificaciones de cumplimiento normativo y de gestión de riesgos, así como el catálogo de penas principales y accesorias a imponer a las personas jurídicas y que figuras del Código Penal y Código Procesal Penal podrían ser aplicables a esta responsabilidad penal de las personas jurídicas.

- ✓ El Estado de El Salvador debe darle cumplimiento a los tratados firmados y ratificados en donde se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo algunos de estos: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Art. 26), Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Art. 10) y Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Art. 5), esto relacionado a la recomendación antes referida que tiene que ser desarrollado en una ley formal, conforme a las características de la realidad salvadoreña, ya que es necesario una regulación al respecto, y creando esta ley formal sería una forma de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos por el Estado salvadoreño los cuales tienen como base e principio de *pacta sub servanda* (buena fe) de la adhesión a un instrumento internacional.
- ✓ A la vez, se recomienda mayor difusión, estudio y concientización de parte de los actores nacionales que tienen toma de decisión, en cuanto a la importancia que tiene la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con especial énfasis en el delito de lavado de dinero y activos, ya que muchos países a nivel internacional reconocen como tal esta responsabilidad, al tener dos sistemas de imputación, uno dirigido a la persona natural y el otro a la persona jurídica,

consultando con diversos sectores de la sociedad previo a la aprobación de algún ordenamiento jurídico pertinente.

- ✓ Se recomienda requiere una reforma al Art. 4 CP, donde se prohíbe la responsabilidad objetiva de la acción penal, estableciendo como excepción cuando se trate de una persona jurídica, claro siempre y cuando logre vigencia algún decreto legislativo donde se reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, asimismo, la derogación del Art. 38 CP en el que se reconoce la figura del actuar por otro, en lo referido a la persona jurídica, quedando vigente únicamente para las personas naturales incapaces, ya que este constituye un eslabón entre el principio *societas delinquere non potest* y el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que no sería necesaria dicha figura.

BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.

- ✓ **Aránguez Sánchez, C.** *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Madrid, Marcial Pons, 2000.
- ✓ **Bacigalupo Saggese, Silvina.** *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un estudio sobre el derecho penal*, 1997.
- ✓ **Basabe Serrano, Santiago.** *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas*. Ecuador: Corporación Editora nacional, 45 vols., magister, Universidad Andina Simón Bolívar sede, 2003.
- ✓ **Blanch Nougués, José María.** *Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano*. Librería-editorial dykinson; 2007.
- ✓ **Blanco Cordero, Isidora.** *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Navarra, Aranzadi, 2025.
- ✓ **Bustos Ramírez, Juan José y Hernán Hormazábal Malarée,** *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Trotta, Serie Derecho, Madrid, 2006.
- ✓ **Caño Tamaño, Xavier.** *Blanqueo de dinero e hipocresía económica*. Madrid, Centro de Colaboraciones Solidarias, 2001.
- ✓ **Chesnais, Francois.** *Blanqueo de dinero sucio y mundialización financiera*. Rebelión, 2001.
- ✓ **Chong, Alberto y Florencio López De Silanes.** *Lavado de Dinero en Latinoamérica*. México D.F., 2005.
- ✓ **Corral Talciani, Hernán;** *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 2004.
- ✓ **Dannecker, Gerhard.** *Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Revista penal, no. 7; 2001.

- ✓ **De la Cuesta Aguado, Paz.** *Tipicidad e Imputación Objetiva (Según el nuevo Código Penal de 1995.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- ✓ **Del Olmo Gálvez, J.** *El Blanqueo Desde La Perspectiva Del Juez Instructor; et. al.; Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- ✓ **Del Pozo, Luis Fernando.** *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital.* Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.
- ✓ **De Castro y Bravo Federico,** *Persona Jurídica.* Madrid, Civitas, 1994.
- ✓ **Díaz Cortés, Lina Mariola.** *Societas delinquere potest: hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico,* (2006).
- ✓ **Diez Ripollés, José Luis.** *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español.* Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial; CGPJ., 1994.
- ✓ **Feijoo Sánchez, Bernardo, Miguel Ontiveros Alonso y Javier Alonso Díaz.** *Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles.* Valencia: Tirant lo Blanch Tratados, 2014.
- ✓ **García Arán, Mercedes.** *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Coruña, Universidad de Coruña, 1998.
- ✓ **García Cavero, Percy.** *La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro.* 2002.
- ✓ **González Sierra, Pablo.** *La responsabilidad penal de las personas jurídicas.* España: Editorial de la Universidad de Granada, 2012.
- ✓ **Gómez, Carlos y Jara Díez.** *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas.* Cizur Menor Navarra: Thomson-Aranzadi; 2006.
- ✓ **Gómez Tomillo, Manuel.** *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español.* E-book; Lex Nova; 2010.

- ✓ **Gómez Iniesta**, Diego; *El Delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*; Cedecs Editorial, S.L.; Barcelona, España; 1996.
- ✓ **Gómez-Jara Díez**, Carlos. *¿Responsabilidad Penal de Todas Las Personas Jurídicas? Una Antecrítica Al Símil de La Ameba Acuñado Por Alex Van Weezel*. *Política Criminal* 5, no. 10; 2010.
- ✓ **Guillén, José**, Vrbs Roma. *Vida y costumbre de los romanos. I: La vida privada*, *Sígueme*. Salamanca: 5ª edición, 2004.
- ✓ **Günter Heine**. *La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales; Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 1997.
- ✓ **Hurtado Pozo**, José Hurtado. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- ✓ **Ibañez Najjar**, J. *Estudios De Derecho Constitucional Económico*. Bogotá: 1era. Ed., 2001.
- ✓ **Jakobs**, Günther. *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*. Bogotá: 1ª Edición, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ✓ **Jiménez García**, Francisco. *Blanqueo de Capitales y Derecho Internacional*. Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2016.
- ✓ **Jürgen Louis** y Martín Wassmer. *Sistemas penales comparados*. Alemania; 2010.
- ✓ **Luhmann**, Niklas. *Sistemas Sociales: Lineamientos Para Una Teoría General*. vol. 15, Anthropos Editorial, 1998.
- ✓ **Luzón Peña**, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Madrid: Editorial Universitas 2004.
- ✓ **Maroto J.** y Villarejo. *El Blanqueo de Capitales En El Derecho Español*. .DYKINSON, Madrid, 1999.
- ✓ **Martínez**, Blanco. *Derecho Canónico*. Editorial DM, Murcia, 1995.

- ✓ **Martínez Pardo**, Vicente José. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Diciembre de 2010, 2011.
- ✓ **Mir Puig**, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005.
- ✓ **Modolell González**, Juan Luis y José Ignacio Gallego Soler. *Empresa y Derecho Penal*. Caracas: Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- ✓ **Moreno Carrasco**, Francisco y Luis Rueda García. *Código Penal de El Salvador Comentado* (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999).
- ✓ **Nieto Martín**, Adán. *La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas: Esquema de un Modelo de Responsabilidad Penal*; Iustel; Madrid, España; 2008.
- ✓ **Paliero**, Carlo Enrico. *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, 2001.
- ✓ **Palma Herrera**, José Manuel. *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*. Madrid, EDERSA, 2000.
- ✓ **Palmero**, Juan Carlos. *Personalidad, Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario*. Huerta Grande, 1992.
- ✓ **Pérez Arias**, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. España: Universidad de Murcia, 2013.
- ✓ **Petras**, James. *Dinero negro: Fundamento del crecimiento y del imperio de los Estados Unidos*. Santiago de Chile, El Chileno Rebelión, 2001
- ✓ **Rodríguez Huertas**, O. *Modulo I: Lavado De Activos. Generalidades; Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*. Santo Domingo: 1era. Ed., USAID, 2005.

- ✓ **Sánchez**, Silva y Jesús María. “La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Derecho Penal y Criminología* 29, N° 8687, (2008).
- ✓ **Sevares**, Julio. *El Capitalismo Criminal: Gobiernos, bancos y empresas en las redes del delito global*. Argentina: Grupo Editorial Norma, Bs. As, 2003.
- ✓ **Soare**, Jardel De Freitas. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un estudio de Derecho Comparado entre Argentina y Brasil*.
- ✓ **Souto**, Abel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Madrid, Santiago de Compostela, 2001.
- ✓ **Superintendencia de Competencia de El Salvador**, *Glosario de Términos*, Imprenta Nacional, San Salvador, 2009.
- ✓ **Tondini**, Bruno M. *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*. Buenos Aires, Centros de Estudios Internacionales, 2012.
- ✓ **Zugaldía Espinar**, José Miguel. *Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2010.

ÍNDICE DE REVISTAS ACÁDEMICAS Y PROFESIONALES.

- ✓ **Bacigalupo Saggese**, Silvina. “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del código penal de 2006”. *Estudios de derecho judicial*; No.115, (2007).
- ✓ **Bajo Fernández**, Miguel. “El derecho penal económico: un estudio de derecho positivo español”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, no. 1, (España, 1973).

- ✓ **Boldova Pasamar**, Miguel Ángel. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación Española”, *Estudios penales y criminológicos*, XXXIII (2013).
- ✓ **Bueno Salinas**, Santiago. “La noción de persona jurídica en el derecho canónico: Su evolución desde inocencio iv hasta el c.i.c. de 1983”; *Revista Collectània sant pacia*, no. 33, Barcelona, Facultad de Teología, Universidad de Barcelona, 1985.
- ✓ **Contreras López**, Rebeca Elizabeth. “Actualidad penal: una vez más sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV*, N.º 7, (2003).
- ✓ **Dannecker**, Gerhard. “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista penal*, n.º 7, (2001).
- ✓ **Escobar Vélez**, Susana y otros. “El actuar en lugar de otro en el código penal colombiano: Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3”. *Cuadernos de Investigación*, n.º 44 (2012).
- ✓ **Hirsch Hans**, Joachim. “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 46, no. 3, 1993.
- ✓ **García Caveró**, Percy. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 26, N° 78 (2005).
- ✓ **García Caveró**, Percy. “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 16 (2012).
- ✓ **González Vicent**, Felipe. *Felipe González Vicent*, “La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto Von Gierke”. *Anuario de filosofía del derecho*; número 16; (1971).

- ✓ **Fundación Para El Desarrollo Económico y Social (Fusades)**, *¿Existe voluntad de combatir el delito de lavado de dinero en El Salvador?*; Revista, Editorial FUSADES, Antiguo Cuscatlán, El Salvador; 2013.
- ✓ **Manrique**, Ricardo García. “Radbruch y el valor de la seguridad jurídica”. *Anuario de filosofía del derecho*; número 21 (2004).
- ✓ **Meincke**, María José. “Blanqueo de Capitales. Desde la represión del delito a la Prevención”, en revista *Prudentia Juris* nro. 57.
- ✓ **Morillas Cueva**, Lorenzo. “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Anuales de Derecho*; vol. 29, (2011).
- ✓ **Negro**, Dante M., “*La Convención Interamericana contra el Terrorismo: algunas consideraciones para su implementación en las legislaciones internas de los Países*”, Agenda Internacional Año X, N. 0 19, 2003.
- ✓ **Ramón Serrano**, José, et. al., *Manual de teoría jurídica del delito* (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2013).
- ✓ **Regis Prado**, Luiz. “La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 6 (2000).
- ✓ **Sánchez**, Pedro Donaires. “Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. *Derecho y cambio social*, Revista N° 31, (2013).
- ✓ **Tiedemann**, Klaus. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Anuario de Derecho Penal”, vol. 96, (1997).
- ✓ **Zúñiga Rodríguez**, Laura. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el anteproyecto de Código Penal peruano de 2009*. Lima, *Anuario de Derecho Penal*, (2009).

ÍNDICE DE TESIS.

- ✓ **Amador Perilla**, Amador y otros, “Aproximación a los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Bogotá: Tesis Doctoral, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2012.
- ✓ **Salvo Ilabel**, Nelly. “Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno”. Tesis Doctoral; Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2015.

ÍNDICE DE DOCUMENTOS PRESENTADOS EN CONFERENCIAS, PONENCIAS O CONGRESOS.

- ✓ **Bas**, Francisco Junyent. “Personas Jurídicas Privadas”. Ponencia, XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.
- ✓ **Fernández, Jorge R.** *La globalización y su incidencia en el lavado de dinero. Normas aplicables*; I.E.F.P.A.; Argentina; 2003; publicado en el XII Encuentro internacional de Administradores Tributarios en Argentins Mar del Plata 2003

ÍNDICE CONSTITUCIONAL, LEGISLATIVO Y REGLAMENTARIO.

- ✓ **Constitución de la República de El Salvador.** El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983
- ✓ **Código Civil de El Salvador.** El Salvador: Órgano Ejecutivo, 1860.
- ✓ **Código de Comercio de El Salvador.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008.
- ✓ **Código Penal de El Salvador.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997.
- ✓ **Código Procesal Penal de El Salvador.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 2009.

- ✓ **Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998.
- ✓ **Ley Especial contra Actos de Terrorismo.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 2006.
- ✓ **Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 2003.
- ✓ **Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos.** El Salvador: Órgano Ejecutivo, 2000.

ÍNDICE DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y NORMATIVA EXTRANJERA.

- ✓ **Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997.
- ✓ **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 2004.
- ✓ **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.** Palermo, Organización de las Naciones Unidas-ONU, 2000.
- ✓ **Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.** El Salvador: Asamblea Legislativa, 1995.
- ✓ **Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo** (El Salvador: Asamblea Legislativa, Ratificación, 2003).
- ✓ **Declaración Universal de los Derechos Humanos.** Estados Unidos de América, Organización de los Estados Unidos de América, 1948.
- ✓ **Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de Mérida.** Mérida, Organización de las Naciones Unidas, 2012.

- ✓ **Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas.** Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1997.
- ✓ **Código Penal de España.** Juan Carlos I: Rey de España: España, 1995

ÍNDICE JURISPRUDENCIA.

- ✓ **Sala de lo Constitucional.** *Hábeas Corpus, referencia 111-2003*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003.
- ✓ **Sala de lo Constitucional.** *Sentencia en Proceso de Inconstitucionalidad*, referencia 2-92. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1999.
- ✓ **Sala de lo Penal,** *Sentencia de casación, Ref. 66-CAS-2012.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.
- ✓ **Sala de lo Penal,** *Sentencia de casación, Ref. 314-CAS-2011.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.
- ✓ **Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro,** departamento de San Salvador. *Recurso de Apelación, referencia 334/335-2020-5.* El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021.
- ✓ **Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador.** *Sentencia con referencia P0103-45-2004.* El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004.

OTRAS FUENTES.

- ✓ file:///C:/Users/Inspiron/Downloads/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-anteproyecto-decodigo -penal-peruano-de-2009.pdf.

- ✓ [www.cicad.oas.org/oid/NEW/Information/ElObservador/ElObservador2_2003/Historia Lavado. doc.](http://www.cicad.oas.org/oid/NEW/Information/ElObservador/ElObservador2_2003/Historia%20Lavado.doc)
- ✓ [www.ciidpe.com.ar/area1/Z% 20Espinar.pdf.](http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf)
- ✓ <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=169189>
- ✓ <https://dle.rae.es/responsabilidad?m=form>
- ✓ <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/causas-de-justificaci%C3%B3n/causas-de-justificaci%C3%B3n.htm>
- ✓ [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned...2002-95040/Documento.pdf.](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned...2002-95040/Documento.pdf)
- ✓ [https://filosofosinsentido.files.wordpress.com/2013 /07/2176.pdf. 79](https://filosofosinsentido.files.wordpress.com/2013/07/2176.pdf)
- ✓ <http://gredos.usal.es/xmlui/handle/10366/18509>
- ✓ [http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/7/rcontreras7.pdf.](http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/7/rcontreras7.pdf)
- ✓ [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf.](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf)
- ✓ [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets /files/anuario/an_ 1996_07.pdf.](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf)
- ✓ [http://perso.unifr.ch/derecho penal/assets/files/anuario/an_1996 _05. pdf.](http://perso.unifr.ch/derecho%20penal/assets/files/anuario/an_1996_05.pdf)
- ✓ [https://personal.us.es/alporu/historia/universitas_termino.htm.](https://personal.us.es/alporu/historia/universitas_termino.htm)
- ✓ <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4345>
- ✓ [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10722/CC% 2045% 20art% 204.pdf?sequence=1](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10722/CC%2045%20art%204.pdf?sequence=1)
- ✓ [https:// thales.cica.es/rd/Recursos /rd98/HisArtLit/01/hammurabi.htm](https://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/HisArtLit/01/hammurabi.htm)
- ✓ [https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internaciona les/ grupo _accion_financiera_711](https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_accion_financiera_711)
- ✓ <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/275/265>
- ✓ [http://uhu.es/revistapenal/index.php /penal/article/viewFile/97/92](http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/97/92)
- ✓ [https://www.conceptosjuridicos.com /ar/usucapion/](https://www.conceptosjuridicos.com/ar/usucapion/)
- ✓ [http://www.encyclopedia-juridica.com/d/glosadores-escuela-de- los/glosadores-escuela-de-los.htm.](http://www.encyclopedia-juridica.com/d/glosadores-escuela-de-los-glosadores-escuela-de-los.htm)

- ✓ <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/lex-julia-de-collegiis/lex-julia-de-collegiis.htm>
- ✓ <https://www.linguee.es/aleman-espanol/traduccion/genossenschaft.html>.
- ✓ https://www.tesorillo.com/roma/bajo_imperio_frame.htm
- ✓ https://www.notinet.com.co/serverfiles/load_file_ju_ntnt.php?id=2191
- ✓ http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/documentos/basilea.htm.
- ✓ <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46331.pdf>.
- ✓ <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/glosadores-escuela-de-los/glosadores-escuela-de-los.htm>.
- ✓ <https://www.monografias.com/trabajos14/interpretacion/interpretacion.shtml>
- ✓ https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_08.pdf.
- ✓ <http://www.expansion.com/diccionario-economico/blanqueo-de-capitales.html>
- ✓ <http://revista.lamardeonuba.es/la-ley-le-chapelier/>
- ✓ <https://todosloshechos.es/que-son-los-glosadores-y-postglosadores>
- ✓ https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales_grupo_accion_financiera_7114.
- ✓ www.cicad.oas.org/oid/NEW/Information/ElObservador/ElObservador2_2003/Historia
- ✓ https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales_grupo_accion_financiera_71.
- ✓ <https://zagan.unizar.es/record/32178/>.