

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRIA DE DERECHO PENAL ECONOMICO



**“LA ANTICIPACIÓN DE LA ACTUACIÓN PENAL COMO INSTRUMENTO
PARA LA TUTELA DEL ORDEN ECONÓMICO; A TRAVES DE LA
TIPIFICACIÓN DE LA PREPARACIÓN DELICTIVA DE LAVADO DE
DINERO EN EL SALVADOR”.**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TITULO DE:

MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

PRESENTADO POR:

SOLANO TRIGUEROS, CARLOS ERNESTO ARTURO

ST08001

DR. SAÚL ERNESTO MORALES

DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 30 DE MARZO DE 2022

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO
RECTOR

PHD. RAÚL ERNESTO AZCÚNAGA LÓPEZ
VICE-RECTOR ACADÉMICO

ING. JUAN ROSA QUINTANILLA
VICE-RECTOR ADMINISTRATIVO

ING. FRANCISCO ALARCÓN
SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DECANA

DR. EDGARDO HERRERA PACHECO
VICE-DECANO

MSC. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO
SECRETARIA

MSC. HUGO DAGOBERTO PINEDA
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

DR. JOSÉ MIGUEL VÁSQUEZ LÓPEZ
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE POST GRADOS

DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO
COORDINADOR DE LA MAESTRIA DE DERECHO PENAL ECONOMICO

DR. SAUL ERNESTO MORALES
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art.	Artículo.
A.C.	Antes de Cristo.
A.L.	Asamblea Legislativa.
Apdo.	Apartado
Atrib.	Atribuciones.
C.C.	Código Civil.
Cfr.	Confróntese.
C.n.	Constitución Nacional.
C.P.	Código Penal.
C.S.J.	Corte Suprema de Justicia.
D.C.	Después de Cristo.
D.D.H.H.	Derechos Humanos.
D.O.	Diario Oficial.
D.L.	Decreto Legislativo.
Edit.	Editorial.
Edic.	Edición.
G.A.F.I.	Grupo de Acción Financiera Internacional.
Inc.	Inciso.
L.R.ARD	Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas.
LCLDA	Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos.
LECAT	Ley Especial Contra Actos de Terrorismo
LEPCySLA	Anteproyecto de la Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos.
Lit.	Literal.
Núm.	Numeral

Ord.	Ordinal
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas.
Párr.	Párrafo.
Págs.	Páginas.
P.ej.	Por ejemplo.
Rom.	Romano.
S.C.	Sala de lo Constitucional.
S. P.	Sala de lo Penal
s.s.	Siguientes
Tit.	Título.
Trad.	Traducción.
Tom.	Tomo.
V.gr.	Verbigracia.
Vid.	Véase.
Vol.	Volumen.

Agradezco

A Dios,

A mi hijo Jared Ernesto que es una fuente inagotable de inspiración a mi vida,

A mi familia, por su apoyo incondicional en los momentos inextricables,

A Bea que me apoyo en el último tramo de este recorrido, y

A los docentes que me acompañaron el desarrollo y culminación de este arduo trabajo investigativo.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO 1

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-DOGMÁTICA DE LA ANTICIPACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PENAL, SU COMPRENSIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA, COMO UNA TENDENCIA REFERENCIAL DE NUESTRA LEGISLACIÓN PENAL.	1
---	----------

1.1 Evolución en el plano internacional.	1
--	----------

1.1.1. Época de sus orígenes.....	1
-----------------------------------	---

1.1.2 Época del Medievo: El impulso científico por descubrir la noción de la tentativa.	4
--	---

1.1.3 Época Moderna: El esfuerzo de los prácticos por la descomposición de las fases delictivas.	5
---	---

1.1.4 Época contemporánea: Su comprensión legislativa y la génesis de un permanente debate doctrinario.	7
--	---

1.1.5 El surgimiento de la anticipación de la intervención del Derecho Penal.	9
--	---

1.1.6 La evolución legislativa del Derecho Penal español.	13
--	----

1.2 Historiografía de la codificación salvadoreña.	19
--	-----------

1.2.1 Código Penal del Estado de 1826.	19
---	----

1.2.2. Código Penal de 1859.	22
-----------------------------------	----

1.2.3. Código Penal de 1881.	24
-----------------------------------	----

1.2.4. Código Penal de 1904.	25
-----------------------------------	----

1.2.5. Código Penal de 1973.	27
-----------------------------------	----

1.2.5. Código Penal de 1998.	28
-----------------------------------	----

CAPÍTULO 2

LA PROCLAMACIÓN DEL ÁMBITO PREVIO DE PUNICIÓN COMO UN RASGO DEL DERECHO PENAL MODERNO: SU ORIGEN, CONCEPTUALIZACIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y LOS CRITERIOS DE SU ORDENACIÓN.	32
--	-----------

2.1 La expansión del Derecho Penal Moderno como un fenómeno global.....	32
--	-----------

2.1.1 Las presuntas causas de la proclamada expansión.	35
---	----

2.1.1.1 Los nuevos intereses.	35
------------------------------------	----

2.1.1.2 La efectiva aparición de nuevos riesgos.	37
---	----

2.1.1.3 La sensación social de inseguridad.	39
--	----

2.1.1.4 La identificación de la mayoría social con la víctima del delito.....	41
2.1.2 Manifestaciones de la expansión en el Derecho penal moderno.	42
2.1.2.1 El incentivo constante a la acción penal.	43
2.1.2.2 La tutela de los bienes jurídicos difusos.	44
2.1.2.3 La anticipación de la intervención penal.....	45
2.1.3 La influencia de la filosofía en la intervención anticipada del Derecho Penal. ...	47
2.1.4 Conceptualización.....	50
2.1.5 Rasgos del ámbito penal previo.....	52
2.1.5.1 La apuesta preventiva por la reconfiguración del modelo de legislación penal.....	52
2.1.5.2 Su amplitud hacia nuevos ámbitos o realidades sociales.	54
2.1.5.3 La intensificación de sus sanciones.	56
2.1.6 Las dimensiones preventiva, ideológica y política de la anticipación de la tutela penal.	57
2.1.6.1 Dimensión preventiva: Reducción del riesgo	58
2.1.6.2 Dimensión ideológica.	61
2.1.6.3 Dimensión política.	63
2.1.7 Criterios de ordenación de la anticipación de la tutela penal.....	65
2.3. En función del emplazamiento dentro del iter criminis.....	66
2.3.1 Consideraciones previas.	67
2.3.1.1 El camino del delito.	67
2.3.1.2 Fase interna.	68
2.3.1.3 Fase externa.	70
2.3.1.4 El fundamento de la punición de los actos previos a la consumación.	72
2.3.1.4.1 Teorías objetivas.	74
2.3.1.4.2 Teorías subjetivas.....	76
2.3.1.4.3 Teorías mixtas.	78
2.3.2 Formas de anticipación de la punibilidad.	83
2.3.3 Delitos de tentativa.	83
2.3.3.1 Delitos de tentativa de la autoría.....	84
2.3.3.2 Delitos de tentativa de la participación.	85
2.3.3.2.1 Tipos omnicomprensivos.	85
2.3.3.2.2 Tipos concretos de castigo.	87
2.3.4 Delitos de emprendimiento.....	88
2.3.5 Delitos preparatorios.....	90
2.3.5.1 Definición.	91

2.3.5.2 Caracteres.....	93
2.3.5.2.1 La disyuntiva valorativa con el hecho principal.....	93
2.3.5.2.2 El carácter pre-ejecutivo.	94
2.3.5.2.3 La mediatriz del peligro	95
2.3.5.3 Naturaleza jurídica.	96
2.3.5.4 Alcances.	100
2.3.5.5 Formas de aparición de las conductas preparatorias.	102
2.3.5.5.2 La extensión de tipos no autónomos.	103
2.3.5.5.1 Tipos autónomos.	106
2.4 En función de juicio de riesgo.	107
2.4.1 Formas de aparición de los delitos de peligro.	108
2.4.2 Delitos de peligro concreto.....	109
2.4.3 Delitos de peligro abstracto.....	110
2.4.3.1 Las que no poseen peligrosidad.	111
2.4.3.2 Delitos de peligro abstracto de resultado	112
2.4.3.3 Delitos de aptitud o de peligro abstracto-concreto.....	113
2.4.3.4 Delitos de acumulación.....	114
2.4.3.5 Con capacidad lesiva mediata.	115

CAPÍTULO 3

EL MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL, Y LA EXPERIENCIA EN EL DERECHO PENAL COMPARADO SOBRE LA PUNICIÓN DE LA PREPARACIÓN DELICTIVA EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS.....	116
--	------------

3.1 El ámbito jurídico nacional sobre lavado de dinero.....	116
3.1.1 Constitución de la República de El Salvador.....	116
3.1.2 Ley contra Lavado de Dinero y Activos.....	120
3.1.3 Anteproyecto de la Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos.	122
3.1.4 Jurisprudencia.....	125
3.2 Estándar normativo internacional sobre el lavado de dinero.....	127
3.2.1 Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.	128
3.2.2 Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias de 1988.	130

3.2.3 Convenio Europeo sobre blanqueo, detención, embargo y confiscación de los productos de un delito de 1990.	132
3.2.4 Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos de 2000.	134
3.2.5 Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.	137
3.2.6 Los estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación del Grupo de Acción Financiera.	140
3.3 Derecho Penal Comparado.	142
3.3.1 Reino de España.....	143
3.3.2 República de Chile.	145
3.3.3 República de Honduras.....	148
3.3.4 República Dominicana.	150
3.3.5 Cuadro de análisis comparativo.....	153

CAPÍTULO 4

LA IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN ANTICIPADA DEL DERECHO PENAL EN MATERIA DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS PARA CONTRARRESTAR LA IMPUNIDAD SOCIOECONÓMICA EN EL SALVADOR.....	157
---	------------

4.1 Preludio.	157
4.1.1 Precisión terminológica.	157
4.1.2 Definiciones.	158
4.1.3 Fase externa del lavado de dinero y activos.....	160
4.1.4 El ciclo del lavado de dinero y activos propuesto por la GAFI.....	167
4.1.5 El orden socioeconómico y sus implicaciones.	168
4.2 Sobre la fenomenología criminógena del lavado de dinero en el ámbito económico.....	173
4.2.1 Criminalidad organizada y globalización como factores de propagación del lavado de dinero.	174
4.2.2 La imperceptible impunidad de la legitimación de capitales en el orden económico.	177
4.2.3 Análisis de los efectos perjudiciales que ocasiona el blanqueo de capitales en la economía.	178

4.2.3.1 Efectos macroeconómicos.....	179
4.2.3.2 Efectos microeconómicos.....	183
4.3 El panorama normativo en El Salvador, sobre la preparación delictiva del Lavado de dinero y activos y sus casos especiales.	185
4.3.1 Una revisión crítica entorno a la masificación de la confabulación en delito de lavado de dinero y activos.	186
4.3.2 La disyuntiva entre la perspectiva legislativa y la política criminal sobre la preparación delictiva del lavado de dinero.	188
4.3.3 La prolepsis interpretativa de la actuación penal anticipada.....	191
4.4 La incursión del ámbito previo en el Derecho penal económico.	192
4.4.1 El sendero marcado por el Derecho penal económico, hacia la tipificación de la preparación delictiva en el blanqueo de capitales.	194
4.4.2 Las fórmulas típicas de confabulación propuestas en los estándares internacionales.	195
4.5 La apuesta por el adelantamiento de la actuación penal en materia de lavado de dinero y activos.	196
4.5.1 La proposición y conspiración en el delito de lavado de dinero.	199
4.5.2 Un intento doctrinal por distinguir los límites de punibilidad en la preparación delictiva en materia de lavado de dinero.	202
CONCLUSIONES.	210
RECOMENDACIONES.	212
BIBLIOGRAFÍA	213

INTRODUCCIÓN

Esta investigación de carácter descriptiva partió de una interrogante ¿Porque puede considerar que los actos preparatorios en materia de Lavado de Dinero y Activos, son un instrumento para la tutela del orden económico en El Salvador?

La respuesta indudablemente es afirmativa, y relevante porque representa la concreción de un objetivo principal, que tiene lugar en este ensayo, el cual contiene imbitamente la propuesta legal de introducir la tipología auxiliar en el delito base de lavado de dinero y activos, como una de las formas de aparición del adelantamiento de la actuación penal, a efecto de salvaguardar el orden socioeconómico de la nación.

Por supuesto que se establecieron otros objetivos secundarios, tales como: a) Descubrir el origen histórico del adelantamiento de la actuación penal; b) Determinar los aspectos esenciales de tutela penal anticipada desde la perspectiva de la doctrina del Derecho Penal moderno; c) Delimitar la tipología auxiliar propuesta en el estándar normativo internacional, el anteproyecto de la Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos y el Derecho comparado; y d) Definir la importancia del adelantamiento de la actuación penal en materia de lavado de dinero y activos en El Salvador.

En razón de la exposición anterior, este trabajo versa sobre cuestiones básicas y comunes a la tutela penal anticipada, iniciando por el reto metodológico en el primer capítulo denominado: *“La evolución histórico dogmática de la anticipación de la intervención penal, su comprensión en la normativa española, como una tendencia referencial de nuestra legislación penal”*, por desentrañar su génesis en el Imperio Romano, con influencia de Ulpiano.

Luego nos encontramos con su progresión en ambiguas referencias en las Leyes de Cicerón y de Platón, trascendiendo en la baja Edad Media, con influencia religiosa en el Libro de las Leyes de Alfonso X, conocidas posteriormente como *“Las Siete Partidas”*, con posterioridad su comprensión en la *“Constitutio Criminalis Carolina”* de 1532, el *“Nouveau Code Pénal del ‘Empeureur”* de 1787, el *“Code Penal”* de

1810, entre otros cuerpos normativos en el continente de Europa, hasta alcanzar nuestra herencia en el Reino de España.

Finalmente, se desarrolló la evolución histórica partiendo del Código Penal del Estado de 1826, continuando con un singular despliegue normativo, que culminó con el surgimiento doctrinario de la anticipación de la tutela penal, con tintes de punitivismo máximo.

En tanto, el segundo capítulo llamado *“La proclamación del ámbito previo de punición como un rasgo del Derecho penal moderno: Su origen, conceptualización, naturaleza jurídica y los criterios de su ordenación”*, se perfilo a partir del debate doctrinario sobre el Derecho penal mínimo y el Derecho penal máximo o del Riesgo, continuando con la descripción de algunas de las presuntas causas que caracterizan la introducción del Derecho penal moderno, cuyas manifestaciones sin duda alguna, se fueron extendiendo hacia el reconocimiento de distintos valores colectivos –medio ambiente, socio económicos, entre otros- en los ámbitos del Derecho penal económico, precisando por ello, la introducción de una tipología particular –como manifestación del adelantamiento de la tutela penal- que vela por la protección de los mismos, a efecto de evitar que el injusto penal ocasione un verdadero resultado concreto, así también se enmarcó la influencia filosófica de Jakobs, específicamente con la construcción del Derecho penal del enemigo.

Seguidamente se estableció la conceptualización, rasgos y dimensiones de la anticipación de la actuación penal, los criterios de su ordenación, en función del camino del delito y, por la vía del riesgo, siendo que, en el primero, encontramos con un despliegue doctrinario compresivo respecto de las tentativas propias y de participación, los delitos de emprendimiento y, los actos preparatorios, que han sido definidos, caracterizados y, se han sentado la bases sobre el debate continuó respecto de su naturaleza jurídica, el fundamento de su punición y sus alcances, culminando con el apartado relativo al riesgo, y las formas de su aparición.

Mientras que, en el tercer capítulo titulado *“El marco normativo internacional y nacional, y la experiencia del Derecho Penal Comparado respecto a la punición de la preparación delictiva en el delito de blanqueo de capitales”*, se produce una importante variante con un introito normativo constitucional sobre el orden socioeconómico, lo relativo a los tipos base de lavado de dinero y activos y casos especiales, en la LCLDA y el anteproyecto de la LEPCySLA contemplando también su demarcación en los estándares internacionales; culminando con el examen comparativo en los países de distintas regiones -Europea, Suramericana, Centroamérica y el Caribe-.

El último capítulo denominado *“La importancia de la intervención anticipada del Derecho Penal en materia de lavado de dinero y activos para contrarrestar la impunidad socioeconómica en El Salvador”*, inició por el típico prelude sobre la terminología y la definición provista en el Derecho comparado, con importantes precisiones aportadas por este investigador para establecer la comprensión la fase externa y el ciclo del delito esquematizado por la GAFI.

La temática central se fue asentando por destacar que, este impulso precede del Derecho penal moderno, persiguiendo el adelantamiento de barreras en vilo de la tutela de los valores –el orden socioeconómico, integrando el mercado financiero y la hacienda pública; la administración de justicia, entre otros- que constituyen el ámbito de protección de un tipo penal que se distingue por evitar cualquier confabulación colectiva que pueda ocasionar daños concretos en los mismos.

En ese orden, la genuina comprensión se fue encaminando hacia el entendimiento de la fenomenología criminógena de la actividad de blanqueo de capitales, que se propagó por diversos factores, destacándose la globalización de mercados y la criminalidad organizada, a fin de asentar que su lesividad es imperceptible en la sociedad moderna, por lo que este investigador plasmó el análisis de sus efectos perjudiciales en los niveles macro y micro de la economía.

En paralelo, se subrayó que la LCLDA que data de 1998, no concibió la tipología de confabulación, proposición o conspiración para las actividades de blanqueo de capitales, pese a enfatizarse su progresiva relevancia en los instrumentos internacionales, cuya asunción de responsabilidad se examinó en el ámbito de las competencias constitucionales conferidas a los Órganos del Estado –Legislativo y Ejecutivo- y las alocuciones realizadas por máximo intérprete acerca del ámbito previo.

El desenlace por desentrañar la relevancia de la anticipación penal en materia de lavado de activos, partió por enfatizar exponencialmente la progresiva intensificación punitiva que precede del estándar normativo internacional, al c compas de un enfoque funcionalista que evoca en prima ratio la actuación penal ante las falencias advertidas de los controles administrativos previstos para el combate del lavado de dinero.

Definitivamente se asentó que el sendero fue marcado internacionalmente, que en nuestro país puede considerarse una apuesta razonable y eficaz en el procesamiento de la actividad pre delictiva, con el claro propósito de evitar un daño concreto a los bienes colectivos, que clama por una respuesta contundente y eficaz mediante la instrumentalización de técnicas que están reconocidas internacionalmente en los distintos planos -doctrinario y normativo- que pueden ser recogidas modélicamente para imprimirlas en una nueva normativa que responda a las demandas de la denominada “*sociedad moderna*”.

Resumen

El propósito de este trabajo de investigación es establecer la preminencia de la anticipación de la actuación penal, como un instrumento del Derecho penal expansivo, que procura la protección del orden socioeconómico de la Nación, concibiendo la necesidad de la creación de una tipología auxiliar sobre la preparación delictiva en el Lavado de Dinero y Activos, la cual arroga el cumplimiento de un compromiso contraído por nuestro Estado con la suscripción y ratificación de un amplio estándar normativo internacional que combate el mencionado fenómeno criminal conexo con la asociación criminal.

La construcción propuesta, responde definitivamente a un enfoque funcionalista, que, incide directamente en la reconfiguración de la normativa penal que promueve la prematura respuesta punitiva del Estado, por la demanda social de inseguridad latente en la sociedad moderna.

Palabras clave: Anticipación de la actuación penal, ámbito penal previo, preparación delictiva, Proposición y Conspiración, y Lavado de Dinero y Activos.

Capítulo 1

La evolución histórico-dogmática de la anticipación de la intervención penal, su comprensión en la normativa española, como una tendencia referencial de nuestra legislación penal.

Este apartado deberá entenderse por anticipación de la actuación penal, a una manifestación del Derecho penal moderno, que se inclina por adelantar la intervención punitiva del Estado, a través de diversas técnicas o instrumentos –actos preparatorios, delitos de emprendimiento, tentativa, delitos de peligro, entre otras– que tienen como finalidad implementar un valladar a fin de evitar una lesión concreta que perjudique los valores, bienes o funciones protegidas por una norma penal.

Seguidamente debe decirse que, no se pretende alcanzar el nivel de una tarea enciclopédica, en el establecimiento del enfoque histórico, teniendo en cuenta lo exiguo de su exposición en documentos ahora antediluvianos, por ende resulta complejo abarcar con profundidad toda su evolución jurídica, pero, mediante un esfuerzo descriptivo y verificable se desarrolló su progresión histórica.

1.1 Evolución en el plano internacional.

El punto de partida histórico se localiza en el sistema romanista, lógicamente no surgió con independencia técnica, puesto que, a lo largo de su evolución la preparación delictual estaba imbíbida en la tentativa, pero, obviamente logró diferenciarse para permanecer aún vigente como toda institución jurídica autónoma, su despliegue tuvo matices doctrinarios y legales, marcando su evolución de forma silenciosa hasta convertirse en un hito prioritario del fenómeno expansivo del Derecho Penal contemporáneo.

1.1.1. Época de sus orígenes.

El Derecho romano es el sistema jurídico que nació con la fundación de la ciudad de Roma en el año 753 A. C. y fue evolucionado a través del tiempo, fue el derecho que

estuvo vigente en la parte occidental del Imperio Romano hasta el año 476 D.C., y en la parte oriental hasta el año 1453 D.C.¹

En lo particular, su aproximación contemporánea, se franquea a partir de la *Lex Cornelia* del 81 A.C. redactada, bajo el régimen de Sila, de lo cual se desprende el tema de la voluntad, es decir, “*voluntas, animus o mens occidendi*”,² que además concibió como poco probable la idea de reprimir el comienzo de ejecución en cuanto tal punto, no quiere decir que los actos de tentativa permanezcan impunes, pues muy al contrario, la importancia que le fue dada a la *voluntas* culpable en el análisis del delito y la descripción de infracciones es tal, que el delito intentado y el delito consumando parecen confundirse a veces, por su motivación de origen político.³

Mientras que, con la reconocida “*Constitución de Tanta*” de diciembre del 533, Justiniano ordenó la publicación de la obra denominada “*Pandectas en Griego o Digestum en latín*” lo que hoy denominamos Digesto⁴ que adquirió fuerza de ley desde el 30 de diciembre de ese año.⁵

En el libro 48, título 19 y párrafo 18 de ese documento, surgió el aforismo “*Cogitationis Poenam Nemo Patitur*”⁶ instituido por Ulpiano, que al complementarse con el libro II de la Séptima Partida en su Título XXI, es terminante y clara: “*...Pensamientos malos vienes muchas vegadas en los corazones de los homes, de manara que no se afirman en aquello que piensa para lo cumplir, por fecho: et después deso, asman que si lo compliesen, que farian mal et repiéntense. Et por ende*

¹ **Elvira Méndez Chang**, *Introducción al Derecho Romano*, (Perú, Fondo Editorial, 2019) 17.

² Cfr. **Luís Rodríguez Álvarez**, *La tentativa de homicidio en la jurisprudencia romana*, publicado en el Anuario de historia del derecho español, N° 49, (España, 1979) 18.

³ *Ibid.*, 16.

⁴ “... La obra fue encargada a una comisión de juristas bajo la dirección de Triboniano y se compone de 50 libros. Éstos se subdividen en títulos y fragmentos, que constan de párrafos numerados. Cada fragmento se inicia con el nombre del autor correspondiente y la indicación de la obra citada. ...”. Vid. **Marta Morineau Iduarte** y **Román Iglesias González**, *Derecho Romano*, 4ª edic. (México, Oxford University Press, 2008) 22,

⁵ Cfr. **Mariana Moranchel Pocaterra**, *Compendio de Derecho Romano*, (Universidad Autónoma Metropolitana de México, 2017) 33 y 34.

⁶ Según **Francisco Pavón Vasconcelos**, en castellano “*El pensamiento no delinque*”. Vid. *Breve ensayo sobre la tentativa*, 4ª edic. (México, Editorial Porrúa, 1989) 11.

*decimos que cualquier home que se repintiese de mal pensamiento ante que comenzase a obrar por él, que non merece por ende pena ninguna, porque los primer movientos de las voluntades son poder de los homes”.*⁷

Así pues, se concibió que, el pensamiento criminal que no iba acompañado de una exteriorización, no estaba sujeto a ninguna responsabilidad civil, dicho en otras palabras, los pensamientos escapaban del ámbito de punición.

El mismo cuerpo legal (D. 47, 11, 1 y 2) existía una distinción entre “*flagitium perfectum*” e “*imperfectum*” –que traducido es delito perfecto e imperfecto-⁸ que es producto de un texto de las Sentencias de Paulo, el cual preliminarmente puede parecer una contradicción con el pensamiento de Ulpiano, aunque desenmarañándolo la regla significa que, el hecho, cuando es ambiguo, debe ser esclarecido con la búsqueda de la intención⁹.

El italiano Biondi estableció que, el comienzo de la ejecución no fue distinguido en el Bajo Imperio, aunque es cuestionable porque su teorización surgió de las constituciones de Honorio y Arcadio del 397 D.C., cuya aproximación es algo confusa entre la voluntad expresada y el delito consumando.¹⁰

En suma, la exegesis de la institución se puede localizar en Roma, donde se sancionó justamente la conducta exteriorizada, pero, no fue suficiente vanguardista para alcanzar un criterio distintivo, debido a que se tenía un oscuro esquema el que parecía confundirse el ámbito externo de los actos exteriorizados y aquellos enfocados por alcanzar la consumación de un ilícito, e intrínsecamente se desconocía el concepto de la tentativa, por lo que se sancionaban indistintamente.

⁷ **Jorge Frías Caballero**, *El proceso ejecutivo del delito*, 3ª edición, (Venezuela, Livrosca, 1996, XXIX. Véase también **José María Rodríguez Devesa**, *Derecho Penal: Parte General (Madrid, 1970)* 730.

⁸ **Edmund Mezger**, *Derecho Penal: Parte General (Argentina, Edit. Bibliográfica, 1958)* 276.

⁹ **Rodríguez Álvarez**, *La tentativa de homicidio en la jurisprudencia romana*, 11.

¹⁰ **Biondi Biondo**, *Dirrito Romano Cristiano II*, (Milano: 1952) 306-313, apúd. **Rodríguez Álvarez**, *La tentativa de homicidio en la jurisprudencia romana*, 19.

1.1.2 Época del Medievo: El impulso científico por descubrir la noción de la tentativa.

En el año 476 D.C. culminó la Edad Antigua y se da el inicio al Medievo, existió un período de transición, que comenzó casi insensiblemente en la comprensión de la historia, pero, antes de que el Imperio de Occidente desapareciera, había comenzado la decadencia de la cultura romana y el inicio de la cristianización del Imperio; la evolución social y económica, así como la continua afluencia de elementos de origen bárbaro, pusieron los cimientos sobre los que había de asentarse el mundo occidental de la Alta Edad Media.¹¹

En ese trascurso, el reconocido Alfonso X emprendió la reforma de la legislación, y con este fin, promulgó el “*Libro de las Leyes*”¹² denominado posteriormente como el de “*Siete Partidas*”, con fuerte influencia religiosa, en la Partida III, tit. III, enfatizó, aunque en el ámbito espiritual, algo interesante, que, coadyuvó para que ahora podamos apreciar una distinción significativa entre los pensamientos y el obrar externo:

*“...el hombre según naturaleza tiene en sí tres cosas: La una es pensamiento con el que aprecia los hechos que ha de hacer, la otra, palabra, con que los muestra, la tercera, obra, con que convierta en obra lo que piensa...”*¹³

Además, Las Partidas recogían la tentativa, consistente en “*comenzar a meter en obra*” “*...como el omen non debe refcebir pena por mal penfamiento que aya en el coraço folo que no lo meta en obra*”, sin embargo, el castigo estaba limitado a los

¹¹ Cfr. **Moranchel Pocaterra**, *Compendio de Derecho Romano*, 33.

¹² Vid. **Ruperto Navarro y otros**, *Curso Completo Elemental de Derecho Romano*, (Madrid, Colegio de Sordo Mudos, 1842) 260 y 261.

¹³ **Las Siete Partidas** (Editorial del Cardo, Argentina, 2006) consultado el día 14 de abril de 2020, cuyo texto está disponible en la página web: www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf

delitos más graves, como la traición, el homicidio, el robo o la violación, y tales supuestos se sancionaban como delito consumado –Partida VII, ley II, tit. XXXI-.¹⁴

En el mismo orden, el Derecho post clásico y bizantino desarrollaron una teoría de la tentativa punible ligada a la influencia de la moral cristiana sobre el Derecho penal, castigándola en oposición al Derecho pagano, que no había reprimido más que actos consumados.¹⁵

Mientras que, el Derecho italiano de la Edad Media, describió a la tentativa como un “*cogitare, agere, sed non perficere*”- con extensa trayectoria ideológica que fue necesaria recorrer para arribar, desde la concepción concreta de los derechos más antiguos, al concepto de la auténtica tentativa.¹⁶

Finalmente, el Derecho longobardo se consideró a la tentativa como una lesión jurídica de menos importancia que la consumación,¹⁷ se castigaba con un *quantum menor*. Se tomaba en cuenta, asimismo, la tentativa inidónea y el desistimiento en la tentativa.¹⁸ Podemos concluir que en el medievo se registró teóricamente la idea de la tentativa.

1.1.3 Época Moderna: El esfuerzo de los prácticos por la descomposición de las fases delictivas.

El tercer periodo histórico está marcado por la conquista de Constantinopla por los turcos –en 1453-, que supuso la caída del Imperio Bizantino, llegaron a Italia, manuscritos griegos y, acaeció el conocimiento del texto original de 168 novelas pertenecientes en su mayoría a Justiniano, Justino II y Tiberio II y una serie de

¹⁴ **José Carlos González Mateos**, *Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: Las teorías objetiva y subjetiva, Actual evolución de la doctrina en España*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, dir. Enrique Gimbernat Ordeig, (Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, España, 2003) t. LIV, nota N° 4, 231.

¹⁵ **Biondi Biondo**, *Dirrito Romano Cristiano II*, (Milano: 1952) 306-313, apúd. **Rodríguez Álvarez**, *La tentativa de homicidio en la jurisprudencia romana*, 19.

¹⁶ **Mezger**, *Derecho Penal: Parte General*, 276.

¹⁷ **Luis Cova García**, *Homicidio con jurisprudencia de casación y doctrina extranjera* (Madrid, Edit. Jaime Villegas, 1952) 124.

¹⁸ **Mezger**, *Derecho Penal: Parte General*, 276.

edictos que fueron recogidas en el volumen III de la obra alemana del *Corpus Iuris Civilis*, de Scholl y Kroll.¹⁹ Pero, en el Derecho Germánico en un principio fue desconocida la tentativa, posteriormente se equiparó al delito consumado principalmente en el ilícito flagrante.²⁰

Por fin un acontecimiento trascendente acaeció con la *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507, que se debe al duque Shwarzenberg y Hohenlandsberg,²¹ fue el insumo para la elaboración en el año 1532, de la “*Constitutio Criminalis Carolina*” denominada en latín por el sacro emperador Carlos V,²² que, marcó una diferencia cualitativa en la modernidad temprana, el texto contaba con 219 artículos, alrededor de setenta artículos eran de Derecho penal de fondo.²³ Pero, de importancia, resultó ser, su art. 178²⁴, que ofreció una definición detallada de la tentativa, que se sitúa, esencialmente, en el terreno de una teoría objetiva.

A partir de la *Carolina* empieza a precisarse la distinción entre actos preparatorios, actos de ejecución como constitutivos de tentativa punible y delito frustrado o tentativa acabada. Se conservó casi invariable el principio de penar en forma atenuada a la tentativa y, en algunos casos, se equiparó, en cuanto a la sanción, al delito frustrado y al consumado.²⁵

En corolario, el profesor italiano Bernardino Alimena de la Universidad de Módena – Italia- nos compartió que la doctrina de la tentativa, donde encontró su mayor

¹⁹ Vid. **Juan Antonio Bueno Delgado**, *La Legislación religiosa en la compilación Justiniana*, (Madrid, Dykins S.A., 2015) 51.

²⁰ **Pavón Vasconcelos**, *Manual de Derecho Penal Mexicano: Parte General*, 594.

²¹ **Eugenio Raúl Zaffaroni**, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, (Argentina, Ediar, 1998) 1: 349.

²² **Frías Caballero**, *El Proceso Ejecutivo del Delito*, 8.

²³ **Zaffaroni**, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 1:350.

²⁴ El texto traducido al castellano: “...Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo (*Missethat*) mediante algunas obras externas que puedan ser apropiadas para la consumación del acto malo, y, sin embargo, en la consumación de dicho acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios, será castigada penalmente esta voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice, alguna obra mal, pero en un caso más severamente que en otro, en vista de las circunstancias y forma de la cosa...”. Véase **Pavón Vasconcelos**, *Breve ensayo sobre la tentativa*, 27.

²⁵ **Pavón Vasconcelos**, *Manual de Derecho Penal Mexicano: Parte General*, 594 y 595.

desarrolló fue en sus prácticos. La Carolina le dio la primera definición legal a la tentativa. Como un mero propósito, no puede castigarse; es preciso aferrar el delito cuando nace al mundo exterior.²⁶

Lo anterior era tan claro que se imprimió por primera vez²⁷, en el art. 9 del “*Nouveau Code Pénal del 'Empeureur*”²⁸ también conocido como Código Josefino o “*la Josefina*” dictada en Francia en el año 1787, al exigir para la punición de la tentativa la realización de actos dirigidos a la consumación de un delito.²⁹

Al saber jurídico de Andrea Alciato le debemos el establecimiento del proceso ejecutivo del delito denominado como *iter criminis o iter criminalis*: “*Aliud est crimen, aliud conatus; hic in itinere, illud in meta est*” –una cosa es el crimen y otra el conato, éste está en el camino, aquél en la meta-. Dando lugar a la célebre tri-división de los actos: Preparatorios, ejecutivos y consumativos.³⁰ Con rigor científico el concepto general de la tentativa era *conatus*, distinguían además distintas especies, según su proximidad a la consumación, comprendiendo en el *remotus*, los actos preparatorios.³¹

1.1.4 Época contemporánea: Su comprensión legislativa y la génesis de un permanente debate doctrinario.

En otra etapa del devenir histórico, el Derecho territorial general prusiano de 1794 castigó el delito iniciado, más levemente que la consumación.³² Mientras que, la *Ley Predial* del año IV, que data del 10 de mayo de 1796, ya había adoptado el germen del comienzo en la ejecución como fundamento de la tentativa.

²⁶ Cova García, *Homicidio con jurisprudencia de casación y doctrina extranjera*, 55.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Vid. Bernardino Bravo Lira, *Bicentenario del Código Penal de Austria*, publicado en la revista de Estudios Histórico Jurídicos, Sección de Historia del Derecho Europeo, XXVI (Valparaíso, Chile, 2004) 130.

²⁹ Pavón Vasconcelos, *Breve ensayo sobre la tentativa*, 28.

³⁰ Julio E. Rozo Rozo, *La Tentativa* (Colombia, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2002) 8.

³¹ González Mateos, *Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: Las teorías objetiva y subjetiva, Actual evolución de la doctrina en España*, 232.

³² Mezger, *Derecho Penal: Parte General*, 277.

Luego el “*Code Penal*” denominado también Código Napoleónico, sancionado en siete leyes del 13 al 20 de febrero de 1810, y puesto en vigencia el 1 de enero de 1811, fue el tercer código post revolucionario, introdujo modificaciones sustanciales respecto a los anteriores, influenciado por las ideas de Beccaria, Filangeri, Voltaire, Rousseau, y que receptó con mayor amplitud de Bentham, que pone al servicio su ideal imperialista,³³ por lo que se fue considerado como utilitarista, que evitó caer en el penalismo del Imperio Romano, aunque algunos lo enmarcan como liberal.³⁴

En su art. 2, a tenor literal decía: “...*Toutetentative de crimequi aura étémanifestée par un commencementd’ exécution est considéréecomme le crimemême...*”³⁵ que consagró la fórmula excepcional del “*commencementd’exécution*” que definió precisamente, el modelo de la evolución en el siglo XIX, de un principio de ejecución,³⁶ esto es, del crimen o delito que el autor se había resuelto o propuesto cometer, aunque, Frias Caballero opinó que no logró desentrañar del todo el problema del “*comienzo de la ejecución*”.³⁷

En una interpretación sistemática debía integrarse el art. 2 con los arts. 69 y 71, que determinaban su castigo para casos particulares, y el art. 70 que predisponía el castigo

³³ **Eugenio Raúl, Zafaroni**, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, (Argentina, Ediar, 1998) 366.

³⁴ De acuerdo con **Juan B. Canizares Navarro**, en clara referencia a que: “...*fue aprobado en el seno de un Estado liberal basado sobre todo en la soberanía nacional, en la separación de poderes del Estado y en la primacía de los principios de libertad e igualdad, y, en cumplimiento de todas estas características, aprobación del Código por parte de un parlamento constituido y basado en esos principios...*”. Vid. “*El código penal de 1822: Sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico desde el siglo XX*”, publicado en *Glossae European Journal of Legal History* 10, (España, Instituto de Estudios Sociales, Políticos y Jurídicos 2013) 113.

³⁵ La versión original, fue retomada de **Cova García**, en *Homicidio con jurisprudencia de casación y doctrina extranjera*, 124, mientras que, la traducción al español se extrajo de **Pacheco**, *El Código Penal: Concordado y comentado*, 2ª. edición, 19, decía que: “...*Toda tentativa de crimen que se haya manifestado por un principio de ejecución, si no ha suspendida, o si no ha carecido de efecto más que por circunstancias independientes de la voluntad de su autor, es considerada como el crimen mismo...*”.

³⁶ **Frias Caballero**, *El Proceso Ejecutivo del Delito*, 8.

³⁷ *Ídem*.

de una “*tentativa de un crimen*” cuando se manifestaba actos exteriores próximos a la ejecución, pero que aún faltaba algo para la consumación.³⁸

Pero, el impulso del *Code Francés*, trascendió al campo de la dogmática, con planteamientos en una auténtica línea liberal que se irradió en el *Bayerisches Strafbgesetzbuch* -o Código Penal del Reino de Baviera- del 16 de mayo de 1813,³⁹ que fue escrito por el jurista alemán Paul Johann Anselm Von Feubarch, a quien se le encomendó por su destacada exposición de la punibilidad de la tentativa, en su “*Critica al proyecto de Kleinschrod de 1804*”, donde subrayó una solución teórica objetiva de la tentativa, a la cual se opondría August Tittmann como partidario de la teoría subjetiva.⁴⁰

Además, el influjo ideológico del Código Napoleónico, fue vital para la configuración del CP de España 1822, que erigió la excepcional formula de punición de los actos preparativos, aunque no fue considerado como un modelo único por sus redactores, o al menos predominante, debido a que, se contó con otras fuentes doctrinales como Bentham, Filangiere, Bexon, Larizabal y otros que tuvieron a la mano.⁴¹

1.1.5 El surgimiento de la anticipación de la intervención del Derecho Penal.

En la opinión de Fuentes Osorio, se puede establecer un veredicto de la permanencia en el devenir histórico de la anticipación de la intervención punitiva del Estado, manifestando como valido que no puede ser considera necesariamente como una

³⁸ Pacheco, *El Código Penal: Concordado y comentado*, 89.

³⁹ Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 369.

⁴⁰ Vid. José Carlos González Mateos, *Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: Las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España*, publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, (V. LIV, España, 2001) 233 y 234.

⁴¹ José Antón Oneca, *Historia del Código de 1822*, publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 18, N° 2, Fasc./Mes 2, (España, 1965) 270, además fue retomado por Juan B. Canizares Navarro, en “*El código penal de 1822: Sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico desde el siglo XX*”, 112.

transformación acontecida en las últimas décadas, más bien es una constante vinculada al Derecho penal en todos sus periodos históricos.⁴²

Según Sánchez García De Paz, el nacimiento de la denominada tutela penal anticipada o ámbito previo de punición penal, tuvo lugar en el Tribunal imperial alemán que influenciado por Von Buri,⁴³ cambio de orientación a partir de 1880, en el sentido de abandonar una concepción objetiva de la tentativa y reconocer, el primer hito histórico en esta evolución, que lo constituye la teoría subjetiva de la tentativa. Para ella el fundamento de la punición de la tentativa radica en la voluntad manifiesta contraria al Derecho, esto es, en el desvalor subjetivo de la acción.⁴⁴

La referida teoría tuvo como consecuencias político criminales la ampliación del ámbito de la tentativa punible a costa de los actos preparatorios, la equiparación de la pena entre la tentativa y la consumación⁴⁵ que nació en Alemania al amparo de la regulación de la tentativa en el § 22 del Strafgesetzbuch⁴⁶ -infra StGB-.⁴⁷

En un momento posterior, la comentada teorización fue reivindicada en el seno de la teoría finalista⁴⁸ iniciada a partir de la obra de Welzel, que propugna lo decisivo es la resolución criminal contraria al Derecho, que demuestra la enemistad con el ordenamiento jurídico, los actos externos tienen una función mera informativa.

⁴² **Juan Luis Fuentes Osorio**, “La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito”, (Tesis de doctorado, Universidad de Jaén, 2003) 32 y 33.

⁴³ Vid. **Jiménez de Asúa**, *Principios de Derecho Penal: La ley y el delito*, 488.

⁴⁴ **María Isabel Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal* (Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1999) 21.

⁴⁵ *Ídem*.

⁴⁶ **José Ramón Serrano-Piedecasas**, *Fundamento de la Punición*, publicado en la revista Nuevo Foro Penal N° 61 (Colombia, Universidad EAFIT, 1999) 5.

⁴⁷ La traducción del Strafgesetzbuch, al castellano sería Código Criminal.

⁴⁸ La teorización se sostiene en que: “...la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal” la “finalidad” o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad un plan tendiente a la obtención de esos objetivos...”. Vid. **Hans Welzel**, *Teoría de la acción Finalista*, (Argentina, Depalma, 1951) 19 y 20.

Ahora bien, con la punición de la tentativa se penaba la voluntad dirigida hacia la completa concreción del delito y en esa actividad ya no es más una preparación sin compromiso, sino que inicia, inmediatamente, la concreción del delito, y en ella, por tanto, la manifestación de voluntad que tiene una significación peligrosa para el orden jurídico.⁴⁹

Luego el progreso –de la anticipación penal- se dividió en los años 30, al poco tiempo de llegar Hitler al poder en 1933, el régimen nacionalista intentó destruir el Derecho penal liberal, el delito nos es más que el reproche de la culpabilidad de un resultado posible. El punto de arranque no era ese resultado, sino la conducta peligrosa del agente. Ese nuevo Derecho tendría a captar la voluntad y no la acción.⁵⁰ Siendo el Ministro de Justicia de Prusia quien publicó un “*Denkschrift*”, que era una memoria para la reforma del Derecho penal, en la que se destacó ese voluntarismo criminal, el cual castigaba los actos preparatorios, y la tentativa.⁵¹

Desde el punto de vista sistemático y conceptual, la renovación jurídico penal, tomó partido por el uso anticipado del Derecho penal. Así que varios autores propusieron la protección de los bienes jurídicos mediante la creación de tipos penal tomando como punto de partida el comportamiento peligroso del autor.⁵²

En tercer lugar, es válido sostener que, el resurgir de la anticipación penal puede vincularse de modo más intenso en los años setenta, en el momento en que quiebra de modo aparentemente el esquema tradicional de un Derecho penal de retribución, desde el instante que empieza a ponerse en cuestión el modelo clásico de ciencia deductivo-axiomática, abstracta y, en suma, ajena a la realidad social del delito.⁵³

⁴⁹**Hans Welzel**, *Derecho Penal: Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra (Argentina, Roque Depalma, 1956) 195.

⁵⁰**Frías Caballero**, *El Proceso Ejecutivo del Delito*, 15.

⁵¹**Luis Jiménez de Asúa**, *Principios de Derecho Penal: La ley y el delito*, 3ª edic. (Argentina, Edit. Abeledo-Perrot, 1990) 71.

⁵²**Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 30 y 31.

⁵³**Silva Sánchez**, *Aproximación al Derecho Contemporáneo*, 14.

Lo anterior debe concebirse porque la anticipación de la actuación penal es destacada como un rasgo característico de la expansión del Derecho Penal, así que la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de protección penal propicio una transición rápida del modelo –delito de lesión de bienes individuales- al modelo –delito de peligro (presunto) para bienes supra individuales.⁵⁴

También puede justificarse por otras razones de naturaleza distinta: La primera porque fue el periodo de mayor elevación del terrorismo, ámbito en el cual el Derecho penal interviene cada vez más. La segunda fue el incremento del desarrollo industrial y tecnológico y paralelamente los avances de la técnica en las diferentes ramas lo que representa también la creación de fuentes de peligro con elevado potencial destructivo y, de difícil manejo.⁵⁵

Finalmente, se puede asentar otro hito histórico, que puede apreciarse con nitidez; anotando que después de la obra de Hans Welzel no se había construido un nuevo sistema de Derecho penal. Pero, esto cambio con la publicación del prólogo contenido en el Tratado de Parte general, de su discípulo Gunther Jakobs, en el año de 1983, que definitivamente rompía con la tradición finalista;⁵⁶ seguidamente en un esbozo del mismo autor en 1985, introdujo el mega concepto de “*Derecho penal del enemigo*”, que refirió el empleo de la criminalización de estadios previos a la lesión de los bienes jurídicos.⁵⁷

⁵⁴ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 121.

⁵⁵ **Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 36 y retomado en **Manuel Alberto Leyva Estupiñan y otras**, *Las técnicas de anticipación de la respuesta penal versus los principios de Derecho penal*, publicado en la revista de Ciencias Sociales N° 70 (Universidad Valparaíso de Chile, 2017) 105.

⁵⁶ **Eduardo Montealegre Lynett** (cood.) *Estudio introductorio a la obra de Guther Jakobs. En funcionalismo en Derecho Penal*, (Universidad Externado de Colombia, 2003) tomo I, 23.

⁵⁷ **Guillermo Portilla Contreras**, *Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal Penal del enemigo*, publicado en revista Jueces para la democracia N° 49, (España, 2004) 43 y, véase también **Luis Gracia Martín**, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo*, publicado en la revista electrónica de Ciencia penal y Criminología N° 07-02 (España, 2005) 2.

En conclusión, debemos enfatizar que ésta institución es un producto discontinuo, pero, progresivo en la historia del Derecho penal, que, actualmente pretende consolidarse con el modelo expansionista que, propugna una respuesta punitiva inmediata y, efectiva ante la creciente peligrosidad inexplorada en realidad cada día más cambiante en una sociedad moderna que demanda socialmente una intervención anticipada del Estado, a cambio de ceder diversos derechos y garantías, para concebir un sentimiento intacto de seguridad.

1.1.6 La evolución legislativa del Derecho Penal español.

Históricamente ha resultado trascendente la producción de Europa Continental y, de forma particular, la evolución de la legislación provista en el Reino de España, pues, de una u otra forma, su sistemática normativa ha ido trascendiendo e influenciando de manera modélica en la redacción de nuestro ordenamiento penal, salvo algunas variaciones a consecuencia de la acogida de otros criterios técnicos.

Para una mayor comprensión, el día 25 de septiembre de 1770, Capomanes y José Moñino, iniciaron con la elaboración de una recopilación de las leyes criminales vigentes, que no iba más allá de un proyecto de compilación⁵⁸. Aunque, don Manuel de la Roda en 1776 solicitó al Consejo de Castilla información sobre algunos temas penales, por lo que ese mismo Consejo encargó a don Manuel de Lardizabal el extracto de las leyes penales vigentes, pero, no se volvería a tratar de una codificación criminal hasta después de 1808, con la Junta Suprema Central y la Constitución de Cádiz de 1812.⁵⁹

El 26 de agosto de 1820, las Cortes eligieron a la comisión integrada por el señor José María Calatrava, que acompañado de los señores José Manuel de Valdillo, Francisco Javier Caro, Andrés Crespo Cantolla, Lorenzo Rivera, Joaquín Rey, Álvaro Flores

⁵⁸ **Francisco Tomás y Valiente**, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, Siglos XVI, XVII y XIII* (Tecnos, Madrid, 1992) 103 retomado por **José María Vallejo García-Hevia**, *La segunda Carolina, El nuevo Código de leyes de las Indias*, T. I, (Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2016) 318.

⁵⁹ *Ibíd.* 338.

Estrada, Victórica y Marina Martínez de la Rosa, iniciaron las labores de redacción del proyecto, el día 11 de noviembre del referido año, y lo presentaron el día 22 de abril del año siguiente,⁶⁰ haciendo posible la promulgación del primer Código Penal Español, el día 22 de junio de 1822,⁶¹ que el Rey mando a publicar el 9 de julio del mismo año.⁶² Pero, con una *vacatio legis* hasta el día uno de enero de 1823. Sin embargo, tuvo una brevísima vigencia -que incluso se ha discutido bastante tiempo por muchos autores-.⁶³

Respecto al tema que nos ocupa, debemos redirigirnos, a su título preliminar, capítulo primero “*De los delitos y culpas*”, prescribía en su art. 4º, lo siguiente: “...*La conjuración para un delito consiste en la resolución tomada entre dos ó mas personas para cometerlo. No hay conjuración en la mera proposición para cometer un delito, que alguna persona haga á otra ú otras, cuando no es aceptada por estas...*”

De acuerdo, con Ruíz Antón, la localización sistemática de las conductas previstas en el art. 4, comprometía en buena medida su posterior desarrollo, aunque nos aclara mediatamente que, su naturaleza era dependiente, al referir que, era un precepto que debía ser puesto en conexión sistemática con el tipo de la Parte Especial, interesado por la conducta conspiradora, proponente o provocadora. Entonces, lo que se pretendía proteger no es un bien jurídico propio, ni tampoco la vigencia empírica del

⁶⁰ Vid. **José Antón Oneca**, *Historia del Código de 1822*, 269 y **Zaffaroni**, *Tratado de Derecho Penal*, 1:378.

⁶¹ **Código Penal** decretado por las Cortes de Cádiz, el día 8 de junio de 1822, sancionado por el Rey y mandado a promulgar el día 9 de julio de 1822, que fue consultado el día 15 de abril de 2020 y está disponible en la página web: www.palladinopellonabogados.com/wp-content/uploads/2016/07/Codigo-Penal-Español-1822.pdf

⁶² El primer Código Penal fue consecuencia de un momento político muy especial en las luchas entre liberales y absolutistas, signado básicamente por el pronunciamiento de Riego (1/1/1820), que impuso a Fernando VII la Constitución de 1812 en razón de “*la voluntad general del pueblo*” (decreto del 7/3/1820). Cfr. **Enrique Bacigualpo**, *Derecho penal: Parte general*, 2ª edic., (Buenos Aires, Hammurabi, 1999) 15.

⁶³ **Diego Manuel Luzón Peña**, *Curso de Derecho Penal: Parte General*, (Madrid, Editorial Universitas, 2004) 118.

Derecho, sino los bienes jurídicos que se encontraban en los tipos de la parte especial.

64

Mientras que, el art. 5 del mismo cuerpo normativo, definió a la tentativa como “*manifestación del designio de delinquir, hecho por medio de algún acto exterior, que dé principio a la ejecución del delito o lo prepare*”⁶⁵, dando la pauta, a que, la tentativa *per se* es una antesala de la preparación o a la ejecución del delito, desmantelando la línea divisoria de unos y los otros en el *iter criminis*.

Al profesor Díaz García y Conlledo, le parece indudable que, en el CP de 1822, los preceptos sobre actos preparatorios de sus arts. 4, 9 y 6 tenían un marcado carácter restrictivo de la definición de tentativa en el art. 5.⁶⁶

El art. 7º CP 1822, estableció en relación a la punición de los actos preparatorios, un sistema acumulativo que operaba con la especialidad punitiva para cada supuesto de hecho y la prevención de una sanción.

Se considera relevante, el art 9º de la misma ley, que establecía lo siguiente: “...*El pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar o empezar la ejecución de un delito, no están sujetos á pena alguna; salva la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determina la ley...*”.

Casabo Ruiz concibe que el origen del precepto “*la vigilancia especial de las autoridades*” lo encontró en Cayetano Filangieri, quien publicó en 1788 una obra que

⁶⁴ **Luis Felipe Ruíz Antón**, *El Agente Provocador en el Derecho penal*, (Madrid, Edersa, 1982) 64 y 65.

⁶⁵ En mi opinión esta fórmula fue producto de los postulados imbitos en el *Code Frances de 1810*.

⁶⁶ **Miguel Díaz y García Conlledo**, *La autoría en el Derecho Penal* (Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias 1991) en la nota Nº 74, 236.

denominó “*Ciencia de la Legislación*”, debido a, la defensa de la finalidad preventiva del Derecho Penal, por lo que su influencia es extranjera.⁶⁷

Tras la segunda época de vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, a la que puso fin Fernando VII con el apoyo político de la triple alianza y el auxilio militar de los cien mil hijos de San Luís, se abrió la instauración de un régimen absolutista, y con ello⁶⁸ la tarea de la Comisión General de Codificación, encargada por decreto del 19 de agosto de 1843, de asumir las riendas de la redacción del Código Penal, que fue promulgado el día 19 de marzo de 1848⁶⁹ que determinó la punición excepcional de los actos preparatorios –previos a la ejecución- al delito, que se castigaban en menor número, cuando se trataba del orden público y la vida del Rey.⁷⁰ Precisamente en el art. 3º de la mencionada normativa penal, se determinó literalmente que, eran punibles pues, no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Además, el art. 4º del CP 1848,⁷¹ estableció las definiciones legales de la conspiración destacándose su cambio semántico – antes era “*conjuración*”- y la proposición, y su tratamiento punitivo era excepcional, es decir, en los casos especialmente determinados.

Esta disposición sufrió una reforma en el Código Penal publicado en la Gaceta de Madrid, el día 10 de julio de 1850,⁷² que fue reaccionaria, extiende la punibilidad de la proposición y la conspiración a todos los delitos.⁷³

⁶⁷ **José Ramón Casabó Ruiz**, *El Código penal de 1822*. Tesis doctoral inédita, (Valencia 1968), 66, retomado por **Canizares Navarro** “*El código penal de 1822: Sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico desde el siglo XX*”, 123.

⁶⁸ **Juan Baró Pazos**, *El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)* publicado en el Anuario de Historia del Derecho Español, N° LXXXIII, España: 2013, 105-106.

⁶⁹ **Juan Antonio Lascurriá Sánchez** (coord.) y otros, *Manual de Introducción Derecho Penal*, (España, Boletín Oficial del Estado, 2019) 41.

⁷⁰ Aspecto que fue reformado en el CP de 1850, con una fórmula de punición general con rasgos más autoritarios en materia de orden público.

⁷¹ El contenido literal que fue consultado el día 16 de abril de 2020 y se encuentra disponible en www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1848/4937/A00001-00001.pdf

⁷² Cfr. El art. 4º del mencionado cuerpo normativo, que fue revisado y el consultado el día 16 de abril de 2020 y se encuentra disponible para su consulta en el sitio web: www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1850/5823/A00001-00002.pdf

Pero, introdujo un eximente a su desistimiento cuando se revelará a la autoridad pública, sus circunstancias antes de iniciada la preparación, aunque parecía arriesgado, se puede inferir que, se debía a razones de política criminal, al Estado le interesaba que un proponente o conspirador –contra el régimen político- se inculpará asimismo y, también delatará a los invitados a participar en el hecho criminal. Así pues, Pacheco aludió claramente a las motivaciones políticas que, augurando un pronto retorno “*a lo que inspiran el buen sentido y la ciencia, que será lo mismo o algo análogo a lo que existió primitivamente*”.⁷⁴

A grandes rasgos y, con cambios insustanciales –al tema central de este trabajo- se elaboró un Proyecto de reforma, obra de prácticos entre los que destacaba Alejandro Groizard, que tras un brevísimo debate de dos días, aprobaron por L 17-6,⁷⁵ el Código Penal del 18 de junio de 1870,⁷⁶ que prolongó la definición y formulación del castigo excepcional de los actos preparatorios para la comisión de un delito, manteniendo su tipificación en el art. 4º, pero, se prescindió de la oportunidad del desistimiento.

La dictadura, instaurada en 1923, aunque tardíamente, cumplió la ley infalible de crearse un estatuto penal propinquo a sus necesidades políticas, y en 1928 da a luz a un torpe engendro, en la Proposición y la Conspiración volvían a ser punibles, en todos los casos,⁷⁷ cuya tipificación de “*conspiración y proposición*” se trasladó al art. 42 CP 1870,⁷⁸ incluyéndose la provocación criminal, –art. 43- para delinquir junto a la frustración y la tentativa como grados de ejecución del delito, regula la

⁷³ **Frías Caballero**, *El proceso ejecutivo del delito*, XXXVII.

⁷⁴ **Joaquín Francisco Pacheco**, *El Código Penal, concordado y comentado I*, 2ª edic. (Madrid, 1856) 108-110, retomado por **Gonzalo Rodríguez Mourullo**, *La punición de los actos preparatorios*, publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXI, Fascículo II, correspondiente a mayo-agosto, España: 1968, 281.

⁷⁵ **Luzón Peña**, *Curso de Derecho Penal: Parte General*, 119.

⁷⁶ El mencionado cuerpo normativo, fue consultado el día 16 de abril de 2020 y se encuentra disponible en el sitio: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>

⁷⁷ **Frías Caballero**, *El proceso ejecutivo del delito*, XXXVII.

⁷⁸ El articulado fue revisado el 17 de abril de 2020, y se encuentra disponible en el sitio <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1928/257/A01450-01526.pdf>.

provocación (ampliando su contenido) en la Parte general del Código y retoma el castigo generalizado para todos los delitos.⁷⁹

El cuerpo normativo promulgado el día 27 de octubre de 1932,⁸⁰ restableció la vigencia del CP de 1870, pero, para adecuarlo a la nueva Constitución de 1931 y ponerlo al día, se encargó a la Comisión Jurídica Asesora de la que formaron parte ilustres catedráticos como Luis Jiménez de Asúa, José Antón Oneca y José Arturo Rodríguez Muñoz,⁸¹ que retornó a la concepción excepcional del castigo trasladó tanto la proposición, como la conspiración, al art. 17, y adicionó la provocación en su art. 18, con una respuesta punitiva excepcional, que estriba en la continuidad con la perpetración del delito, por ende se le castigó de manera equiparable a la inducción.

Luego en marzo de 1944 el Gobierno envía a las Cortes un proyecto de ley de bases de nuevo CP elaborado por el Ministerio de Justicia con colaboración de Federico Castejón y Martínez de Arizala, magistrado TS y tratadista. La Ley de Bases se promulga el 19 de julio de 1944, y conforme a ella se aprueba el CP el día 23 de diciembre 1944 –entrando en vigor el día 3 de febrero de 1945⁸² contempló la punibilidad el delito consumado, el frustrado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir; aunque no varió en nada la definición de éstos últimos -en relación a su antecesor-, pero, retornó su comprensión sistemática al art. 4. Sin embargo, el art. 52 de la misma normativa, presentaba una sanción equitativa tanto para la tentativa, como para los actos preparatorios.⁸³

Con posterioridad la codificación española experimentó durante el periodo autoritario de Franco reformas parciales, y luego acontecieron otras para acomodarla adecuarse al sistema que recobró libertades, sin embargo, no serán objeto de comentarios

⁷⁹ **Soledad Barber Burusco**, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, (Granada, Comares, 2004) 13.

⁸⁰ Véase el texto del art. 4 y ss., del CP de 1932, fueron revisados el día 16 de abril de 2020, y se estaba disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/310/A00818-00856.pdf>

⁸¹ **Luzón Peña**, *Curso de Derecho Penal: Parte General*, 120.

⁸² *Ibid.*, 121.

⁸³ El referido cuerpo normativo, se revisó el día 17 de abril de 2020, y se encontró disponible en el sitio web: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/013/A00427-00472.pdf>

porque se consideran intrascendentes debido a que son modificaciones repetitivas respecto a la temática expuesta y, la normativa vigente de 1995, será objeto de comentarios en un apartado distinto a este apartado.

1.2 Historiografía de la codificación salvadoreña.

Respecto a nuestra evolución legislativa, es ineludible recordar que, particularmente que El Salvador como el resto de la América Latina, tenía influencia sociológica, económica, ideológica, técnica y jurídica de Europa.

El día 18 de mayo de 1680, Carlos II sanciona la “*Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias*” y es autorizada hasta casi un año y medio después, destinada a la administración americana, siendo el Real Consejo Indiano quien la difundió hasta la audiencia de Guatemala,⁸⁴ entidad política y territorial de la que conformamos parte, luego le sobrevinieron una multitud de leyes dictadas por los reyes de la casa de Borbón, que intentaron modificar el régimen jurídico indiano.

Ese predominio europeo, prevaleció vigente, en nuestro ordenamiento jurídico, pese a que, en la reunión notable del día 15 de septiembre de 1821, en medio de vítores y aplausos de las muchedumbres, el Ayuntamiento y la Diputación Provincial acordaba la independencia del Reino de España, mediante el acta que fue redactada por Cecilio Valle, en el Palacio de Guatemala, proclamando la emancipación política de la corona española.⁸⁵

1.2.1 Código Penal del Estado de 1826.

Al independizarse la América Central, en nada modificó la legislación penal vigente, se mantuvo en vigor el ordenamiento penal de la Colonia.⁸⁶ En ese devenir histórico, los Estados Centroamericanos –inclusive el nuestro- cumpliendo con su sueño

⁸⁴ Vid. **Vallejo García-Hevia**, *La segunda Carolina, El nuevo Código de leyes de las Indias*, T. I, 2.

⁸⁵ **Miguel Escamilla**, *Compendio de Historia de Centro América*, (San Salvador, Imprenta Nacional, 1895) 49.

⁸⁶ **Miguel Alberto Trejo Escobar**, *Curso de Derecho Penal Salvadoreño: Parte General*, Vol. N° 1 Noción Fundamentales, (El Salvador, Editorial Triple D, 2002) 218.

integracionista promulgaron la Constitución Federal del 22 de noviembre de 1824,⁸⁷ en la que fundaron la República Federal Centroamericana, donde nació el primer Código que fue decretado por la Legislatura del Estado, el día 13 de abril de 1826, y apareció en la recopilación de Leyes Patrias, que el Presbítero y Doctor Isidro Menéndez, culminó en 1855.

La elaboración de ese Código, fue gracias a la ayuda del ciudadano José Mateo Ibarra, quien, a su regreso de Madrid, trajo un ejemplar del Código Penal Español de 1822, tomándose como modelo para redactar el primer cuerpo de leyes penales en El Salvador.⁸⁸ Para su aprobación cooperó de manera notable don José Mariano Méndez, diputado por Sonsonate.⁸⁹

Puntualmente, el art. 3º del Código Penal de 1826, literalmente decía: “...*La conjuración para un delito consiste en la resolución tomada entre dos ó más personas para cometerlo. No hay conjuración en la mera proposición para cometer un delito que alguna persona haga a otra ú otras, cuando no es aceptada por éstas...*”⁹⁰

La mencionada “*conjuración*” es la prolepsis de lo que hoy denominados conspiración, pero, como se *supra* señaló, el parlamento español por una cuestión semántica se decantó por ese término, y no por sus equivalentes de “*complot*” o “*conspiración*”.

De igual manera, el art. 6º de ambas normativas, tanto la salvadoreña, como la española, disponía “...*La proposición hecha y no aceptada para cometer un delito, y*

⁸⁷ En su título I, Sección 1 “*De la Nación*”, el art. 1 literalmente decía “...*El pueblo de la República Federal Centroamérica es soberano e independiente...*”.

⁸⁸ En tanto, la Constitución de la República Federal de Centroamérica resultaba ser equiparable a la Constitución de Cádiz de 1812.

⁸⁹ Cfr. **José Enrique Silva**, *Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño*, publicado por la Universidad de El Salvador en la revista Nueva Época N° 4, año 96, correspondiente a julio-agosto de 1971, 6.

⁹⁰ Fue tomado literalmente del Código Penal de 1822, que el doctor y presbítero Isidro Menéndez, incluyó en la *Recopilación de Leyes Patrias (1855)*, 333; que fue consultado y se encuentra disponible en la página web: <http://hdl.handle.net/10972/1621>.

la conjuración en que no haya llegado a haber tentativa, no seran castigadas sino en los casos que la ley lo determine espresamente...”.

La anterior formulación excepcional estaba reservada para delitos de orden público, que debían complementarse por las partes finales de los arts. 7º y 8º que son idénticos en ambas normativas, para determinar el *quantum* de la sanción.

En el articulado había una distinción técnica equívoca, asumiendo, por una parte, que la proposición no aceptada para la comisión de un delito, y la conjuración que no llegaba a la tentativa, aunque tenían una respuesta punitiva equiparable, - y salvo excepciones- no se dimensionada que ambos tópicos tenían la misma naturaleza jurídica -de actos preparatorios- que, suponen el estadio primigenio en el tránsito a lo que técnicamente, se le conoce ahora como tentativa, es decir, un intento de cometer un delito, que puede o no consumarse, debido a situaciones de índole propia o ajena del sujeto activo, quien no tiene como objetivo más que el culminar su plan criminal.

Los casos especiales donde se anticipaba la tutela del Código Penal de 1822, se reducían a los contemplados en la parte primera “*De los delitos contra la sociedad*”, título 1º “*De los delitos contra la Constitución y orden político del Estado y de la Nación*”, capítulo 1º “*De los delitos contra la libertad del Estado y la Nacional*”, en su art. 201, que establecía una respuesta de pena de muerte, para toda persona que conspiraba para destruir o trastornar la Constitución política de la Nación o del Estado.

En tanto, el art. 254 del mismo cuerpo normativo, se distinguía porque el conspirador que se encontraba en un Estado, planificaba la destrucción de la Constitución política de otra nación, o de hecho o por escrito incitaba a sus súbditos a una rebelión.

En ese mismo título, se encontraba el capítulo 2º “*De los delitos contra la Soberanía del Estado y de la Nación*”, que comprendía los arts. 231 al 234, y 243, relativos a la conspiración –denótese acá su empleo lingüístico- para la destitución de Poder Legislativo, la Traición o Deposition del Presidente del Estado, o cualquier otra

forma de usurpar o abrogarse facultades de las autoridades del Estado. En tanto, el art. 257 del mismo cuerpo normativo, contemplaba la punición de la conspiración en contra de la vida de funcionarios importantes, tales como un Embajador, Ministro Plenipotenciario, entre otros, y art. 293, castigaba la conspiración y la proposición para la comisión de Traición o Sedición.

Es razonable retomar lo manifestado por Luis Jiménez de Asúa, referido por Silva, precisó: “*queda siempre radicalmente infeudado a la legislación española*”, haciendo referencia a que pese a sus varias reformas parciales no alteró su estructura y esencia.⁹¹ No obstante, contrastaba con otras leyes especiales, como la de vagos, coimes y mal entretenidos de 1825, los reglamentos de la policía de 1843 y 1854, leyes agrarias de la época, aunque formalmente estaban fuera del Código Penal de 1822, poseían la consecuencia más distintiva del mismo.⁹²

1.2.2. Código Penal de 1859.

El desvanecimiento del sueño integracionista centroamericano, fue producto de diversos acontecimientos de guerras por conflictos ideológicos, que motivaron a nuestra Asamblea Constituyente a promulgar el día 22 de febrero de 1841, la Constitución de la República del Salvador,⁹³ que nació sin perjuicio de un nuevo pacto federativo, sin embargo, solamente marcó la senda para abandonarla formalmente, con la entrada en vigencia del decreto legislativo el día 25 de enero de 1859.⁹⁴

De ahí surge el 20 de septiembre de ese mismo año, el Código Penal que fue elaborado por la comisión que integraron los licenciados José María Silva y Ángel Quiroz, y objeto de la comisión revisora, conformada por los licenciados Tomás

⁹¹ **Silva**, *Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño*, 9.

⁹² **Oscar Feusier**, *Las Escuelas y principales corrientes del derecho penal en la legislación salvadoreña*, publicado en la revista Realidad N° 151, (El Salvador, enero-junio de 2018), 126.

⁹³ Su ejemplar digital fue revisado el día 17 de abril de 2020 y se encuentra disponible en el sitio web de la Asamblea Legislativa. <https://sitioinfantil.asamblea.gob.sv/la-asamblea/historia/recursos-dea-poyo/Constitucion%20de%201841.pdf/>

⁹⁴ Publicado en la Gaceta del Salvador N° 88, tomo N° 7, del 19 de marzo de 1959.

Ayón, Eustaquio Cuéllar y Anselmo Páiz, este último como presidente de la Corte Suprema de Justicia.

La mencionada normativa fue inspirada en el CP Español de 1848, aunque Silva aseguró que era “*una adaptación, bastante más progresiva y humanista*”,⁹⁵ se puede constatar que, nuestro CP solo contenía algunas modificaciones estructurales, debido a que, la comisión redactora se decantó por continuar imitando la legislación europea, dejando a salvo algunas reformas.

De manera que, la redacción de la mencionada normativa española, es coincidente con el art. 4 del CP Salvadoreño de 1859, que estableció una redefinición técnica de los actos de conspiración –que prevaleció sobre el término de conjuración-⁹⁶ y la proposición en aquellos casos que así lo determinó especialmente.

El referido castigo excepcional, se reducía, para los delitos contemplados en el título II, capítulo I “*Delitos de traición*”, comprendidos del art. 139 al 142, que tenían un matiz político jurídico de los agentes que ostentaban el Poder Soberano del Estado, como respuesta a la acción de sus rivales o de cualquier otro que, pretendía enarbolarse del poder político, así como las alteraciones a la integridad del Estado, inducir a un país extranjero a causar guerra, despertar conatos de traición, facilitar medios o información relativa a planos, fortalezas, terrenos, entre otros.

Aunque en el art. 143 CP de 1859, distaban las consecuencias jurídicas, tanto para la conspiración, como la proposición, al primer de los actos preparatorios, se le castigaba con presidio correccional, mientras que, al proponente para esos mismos delitos era sancionando con presidio correccional.⁹⁷

⁹⁵ **José Enrique Silva**, *Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño*, 7.

⁹⁶ Debe destacarse que la normativa española de 1822, en la parte general hacía referencia al término “*conjuración*”, aunque en la parte especial acuñaba el de “*conspiración*”.

⁹⁷ El art. 26 del CP 1859, preceptuaba la duración de las penas, en su inciso 2 ° literalmente decía “*...Las de presidio, prisión y confinamientos mayores, duran de siete a doce años*”. Y su inciso 5° “*...Las de presidio y prisión correccionales y destierro, duran de siete meses á tres años...*”.

Además, en el inciso último de la mencionada norma, contenía un eximente de responsabilidad penal cuando el conspirador o el proponente revelaban los actos realizados a la autoridad pública antes de iniciar su “*procedimiento*”.

En paralelo, los arts. 161 y 162 del mismo cuerpo legal, castigaban los actos preparativos contra la vida o persona del Rey o su inmediato sucesor a la corona, pero sus sanciones eran dispares, la conspiración tenía una pena de cadena temporal y la proposición una de presidio mayor. Mientras que, en los arts. 173 y 180 CP 1859, que sancionaba los actos de preparación para la comisión de los delitos de rebelión y sedición, respectivamente, con la variante que, establecía el inciso 1º del art. 188, sobre el abandono espontaneo y de común acuerdo de los conspiradores y proponentes.

1.2.3. Código Penal de 1881.

Este código, fue redactado por una comisión integrada por los señores José Trigueros, Antonio Ruíz y Jacinto Castellanos, que culminaron su proyecto de 541 artículos, el día 19 de mayo de 1881; tiene además la particularidad de haber sido decretado por don Rafael Zaldívar,⁹⁸ como representante del Supremo Poder Ejecutivo, en uso de las facultades concedidas por el Decreto Constituyente del 2 de marzo de 1880, y las conferidas por el Cuerpo Legislativo, el de 28 de febrero del de 1881, lo declaró como ley, el día 19 de diciembre del referido año.⁹⁹

No obstante, conviene subrayar que, la Comisión redactora prescindió del modelo español de 1850, de punición general de los actos de preparación que, afectaba el principio de lesividad. Pero, no se apartó de la tradición de retomar la modélica legislación penal española de 1870, que, por supuesto coincidió con nuestra normativa, a tener de lo establecido en el art. 4, que disponía la punibilidad

⁹⁸ Vid. **Trejo Escobar**, *Curso de Derecho Penal Salvadoreño: Parte General*, 226 y **Silva**, *Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño*, 7.

⁹⁹ El mencionado Decreto Ejecutivo fue publicado en el D.O. N° 295, tomo N° 11 de fecha 20 de diciembre de 1881, se encuentra disponible en el archivo digital de la Imprenta Nacional.

excepcional de los actos preparatorios para los delitos de: Orden público, relativos a la tradición (art. 139); contra la vida de funcionarios públicos; la rebelión (art. 249) y la sedición (art. 254), todos del mencionado cuerpo normativo penal salvadoreño.

1.2.4. Código Penal de 1904.

En el vaivén de las frustradas declaratorias de Unión Centroamericana, debemos remontarnos, al día 20 de junio de 1895, cuando los presidentes de los Estados de Honduras, Nicaragua y El Salvador, suscribieron el Tratado de Unión¹⁰⁰ también denominado Pacto de Amapala, en un nuevo intento de reconstruir la antigua Federación, que se concretó con la Constitución Política promulgada en Managua, el día 27 de agosto 1898, en cuyo art. 1 establecía: “*se constituye en República Federal, con el nombre de Estados Unidos de Centroamérica*”.¹⁰¹

En el marco de esa integración centroamericana, se desarrollaron diversas Convenciones, entre ellas, la celebración del primer congreso que, fue concluido el día 15 de junio de 1897, en la ciudad de Guatemala, con el “*Tratado sobre Derecho Penal y Extradición que celebraron la República Mayor de Centroamérica*” y los gobiernos de Costa Rica y Guatemala.¹⁰²

Pese a que, el golpe de Estado de Tomas Regalado de 1898, supuso el fin de otro sueño efímero de Unión Centroamericana, no fue óbice, para que, el día 11 de mayo de 1901, en San Salvador, los delegados salvadoreños Manuel Delgado y Francisco Martínez Suarez, aprobaran el citado Tratado sobre Derecho penal, que procedía del

¹⁰⁰ El art. 1 del mencionado Tratado, evocaba la formación de “...una solo entidad política para el ejercicio de su soberanía transeúnte, bajo el nombre de la República Mayor de Centro América...”. Cfr. *El Tratado de la Unión*, publicado por la Imprenta Nacional en San Salvador, 1896, IV,

¹⁰¹ Cfr. **José María Méndez**, *Historia Constitucional de El Salvador, Constituciones Federales de 1898 y 1921*, T. VI, (El Salvador, Tecno Impresos, 1998) 7.

¹⁰² Su artículo único fue consultado el día 22 de abril de 2020, y estaba disponible en el sitio [http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/\(\\$All\)/1063C4691845C5A4062578CD0058487C?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/($All)/1063C4691845C5A4062578CD0058487C?OpenDocument).

Segundo Congreso Jurídico Centroamericano celebrado entre enero y febrero del mismo año.¹⁰³

Entonces surgió la necesidad de redactar un nuevo cuerpo normativo, que, sobre las bases del vigente, se adecuará a esos nuevos lineamientos legales. Para ello se nombró una comisión integrada por los licenciados Manuel Delgado, Teodosio Carranza, y Salvador Gallegos,¹⁰⁴ el producto legislativo fue aprobado por la Asamblea Nacional Legislativa, el 14 de octubre de 1904.

El art. 4º establecía la enunciación y sanción de la conspiración y la proposición en los casos que especialmente determinados, de la manera que sigue: “...*La proposición y la conspiración para cometer un delito sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente...*”.

Mientras que, el inciso final se introdujo el “*desistimiento*” como eximente de pena, cuando el conspirador o el proponente, cesaba la preparación del delito, pero, tenía que, denunciar su plan y las circunstancias a la autoridad pública, antes de ponerlo en marcha o de iniciar el “*procedimiento judicial*”.

Además, el art. 47 determinó la potencial sanción de los actos preparatorios en un *quantum* equivalente a la sexta parte de la que le correspondía al autor del delito consumado.

La punición de la conspiración y la proposición se mantenía en los casos especiales – conforme a la herencia española-, para la comisión de los delitos de traición, el inciso 2º del art. 101 CP de 1904; contra la vida de las Supremas Autoridades, arts. 121 y 122 de la misma ley, inclusive en su art. 123, se sancionaba a la persona que tuviere conocimiento de la preparación de un atentado contra los referidas Autoridades y no lo informaba dentro de las veinticuatro horas a la autoridad pública; los de Rebelión, art. 132, y los de Sedición art. 138 de la normativa en comento.

¹⁰³ Silva, *Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño*, 7.

¹⁰⁴ Vid. Trejo Escobar, *Curso de Derecho Penal Salvadoreño: Parte General*, 227.

1.2.5. Código Penal de 1973.

La elaboración del citado cuerpo normativo, constituye el rompimiento del mayorazgo español. Le precedieron sustanciales bosquejos, tales como: a) El anteproyecto de reformas al Código Penal de 1943, elaborado por la comisión integrada por los doctores Reyes Arrieta Rossi, Carlos Azúcar Chávez y Juan Benjamín Escobar;

b) El proyecto comisionado al criminólogo hispano Mariano Ruiz Fuentes, para acoplar la normativa penal a la Constitución de 1950, que se publicó en la revista judicial de 1953, y

c) El anteproyecto creado por la Comisión conformada por los doctores Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez (hijo) y Julio Fausto Fernández, con el apoyo de los doctores José María Méndez, Manuel Arrieta Gallegos, Carlos Arturo Mayén y René Padilla y Velasco, fue concluido en diciembre de 1959 y publicado por el Ministerio de Justicia, en abril de 1960.¹⁰⁵

El Proyecto de un Código Penal tipo para Latinoamérica influyó significativamente en las reformas penales impulsadas en El Salvador en 1973, de acuerdo con Rivacoba, el éxito que en Centroamérica había alcanzado, solo podía atribuirse al entusiasmo que esta idea aristocratizante y técnica, que había provocado en un mundo cerrado al cuestionamiento y replanteo político criminal, en serio y a fondo, de los ordenamientos vigentes y deslumbrando, por la idea de unificar legislaciones.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Según el informe de la Comisión, también se consultaron los proyectos para Argentina de José Peco y Coll-Gómez, el de Bolivia elaborado por Manuel López Rey y Arrojo, el de Jiménez de Asúa para Venezuela (1959) y el de Mendoza Méndez para México (1958). Vid. **Silva**, *Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño*, 13 y **Trejo Escobar**, *Curso de Derecho Penal Salvadoreño: Parte General*, 232.

¹⁰⁶ **Manuel Rivacoba**, *Pensamiento penal y criminológico del Código Penal Tipo para Iberoamérica*, publicado inicialmente en la revista *Doctrina Penal*, año 10, N° 40, octubre-diciembre, (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987), 720.

El CP de 1973 que fue promulgado por la Asamblea Legislativa, el día 13 de febrero del referido año,¹⁰⁷ consolidaba la punición excepcional, al disponer en su título II “*Hecho Punible y Responsabilidad Penal*”, capítulo I “*Hechos Punibles*”, art. 26 que: “*Los actos preparatorios sólo son punibles en los casos especiales establecidos en la ley*”. Mientras que, el art. 27 de la misma norma, establecía la definición de la proposición y conspiración, y en su inciso final reiteraba que reconocía la punibilidad para los casos especialmente contemplados como:

Los que tuvieren instrumentos destinados a la falsificación documentaria (art. 325) y falsificación o alteración de moneda (art. 336), para los delitos de Rebelión y Sedición (art. 397), los actos preparatorios del Terrorismo (art. 402), como la proposición y conspiración para Actos de Terrorismo (art. 403), está última tenía una exigente de pena para los conspiradores que, impidieren el plan terroristas, y la respuesta punitiva era diferente para el uno y el otro, y para el delito de Genocidio (inciso 3º art. 486) todos de la mencionada normativa penal de 1973.

1.2.5. Código Penal de 1998.

La prolepsis de esta normativa penal, puede concebirse a partir de la publicación del Programa Nacional de reforma legal del Ministerio de Justicia en 1993, que contenía imbibita una propuesta de reformas en materia penal, que se asentó sobre algunas exigencias siguientes: Adecuación de la legislación penal, procesal penal y penitenciaria al sistema de derechos y garantías previstos, tanto en la Constitución de la República, como en los Tratados Internacionales aprobados y suscritos por El Salvador.¹⁰⁸

En un entorno post conflicto, la A.L. promulgó este Código Penal, el día 26 de abril de 1997, que –según sus considerandos- representaba un desarrollo de la ciencia penal y la técnica legislativa, con una orientación de Derecho Penal de última ratio,

¹⁰⁷ D. L. N° 270 de fecha 13 de febrero de 1973, publicado en el D.O. N° 63, Tomo N° 238 de fecha 30 de marzo de ese mismo año –derogado-.

¹⁰⁸ Vid. **Trejo Escobar**, *Curso de Derecho Penal Salvadoreño*, 240.

acobjando una concepción garantista, pero, con una amplia proyección punitiva, que adquirió fuerza de ley, hasta el día 20 de abril de 1998.¹⁰⁹

La definición de los actos preparatorios, se trasladó al art. 23, con la punición excepcional en aquellos casos especialmente en relación a los delitos contra el Estado, tales como Rebelión o Sedición (art. 342), Actos de Terrorismo (art. 344) que fue posteriormente derogado¹¹⁰ y Genocidio (art. 361 inciso 3°).

Posteriormente y como resultado de diversas coyunturas sociales, políticas y de otra índole, otras externas como la lucha contra el terrorismo,¹¹¹ pero, que obviamente no se trata de un problema exclusivo de este periodo, sino que es una cuestión que se ha mantenido pareja a la evolución de las sociedades en estructuras complejas. A pesar de esta larga trayectoria se puede afirmar la existencia de un cambio en el enfoque del fenómeno terrorista a partir de los atentados de Nueva York.¹¹²

De tal manera que, en el año 2001, nuestro legislador con un enfoque funcionalista con un matiz de endurecimiento, impulso una serie de reformas que transformaron la Parte especial, con la introducción de los tipos penales de Proposición y Conspiración en el delito Homicidio Agravado (art. 129-A); en el ilícito de Privación y Secuestro (art. 149-A);¹¹³ Robo, Extorsión –ahora derogado por LECDE- y la Conducción de Mercadería de Dudosa Procedencia (art. 214-C); que establecían una sanción equiparable al hecho consumado –a excepción del *quantum* por Privación o Secuestro; de uno a tres y de diez a veinte años de prisión, respectivamente-.

¹⁰⁹ D.L. N° 205 del día 8 de enero de 1998, publicado en el D.O. N° 5, Tomo N° 338 de fecha 9 de enero de 1998.

¹¹⁰ D.L. N° 108 de fecha 21 de septiembre de 2006, publicado en el D. O. N° 193, Tomo N° 373, de fecha 27 de octubre de 2006.

¹¹¹ Según **María Alejandra Pastrana Sánchez**, “...*El terrorismo como violencia premeditada y políticamente motivada contra no combatientes, por grupos subnacionales o agentes clandestinos, normalmente con la intención de influir en una audiencia...*” Vid. *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, (España, Boletín Oficial del Estado, 2020) 32.

¹¹² *Ibíd.*, 21.

¹¹³ D.L. N° 280 de fecha 8 de febrero de 2001, publicado en el D.O. N° 32, Tomo N° 350 de fecha 13 de febrero de 2001.

En el año 2006, se recalcó que nuestro Estado mantenía el compromiso firme por la criminalización del terrorismo, con la entrada en vigencia de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo,¹¹⁴ determinando lineamientos básicos sobre la naturaleza de tales actividades bajo distintas modalidades, medios o métodos, con la previsión de sus actos preparatorios, proposición y conspiración –art. 31- y la tentativa –art. 32- de los mismos, con la intención de provocar terror colectivo.

La re-definición del concepto de terrorismo precede del Sumario 18/98 incoado en el Juzgado Central de Instrucción número 5 de España, se introdujo una modificación de su concepto, que fue reconocido por la Audiencia Nacional en las resoluciones SAN 73/2007 y SAN 16/2014 de fechas 19 de diciembre de dos mil siete y 24 de junio de 2014, respectivamente, llegando al concepto amplio de la organización terrorista ETA, como entramado de organizaciones que, coordinadas de alguna manera, contribuyeron al mismo fin delictivo o plan común.¹¹⁵

Así pues, con la ilustre inc. con referencia 22-C-2007 de 2015, la connotación de terrorismo varío internamente se flexibilizó adoptando una definición legal interna que concluyó con que las autodenominadas Mara Salvatrucha y Pandilla 18 y cualquier otra organización criminal eran grupos terroristas, teniendo “...en cuenta sus actuales niveles organizativo, tácticos, armamentísticos y de financiación...” observando además que los actos de terrorismo podían “...ser perpetrado, a escala individual o colectiva, por una variedad de actores, incluyendo particulares o grupos, así como gobiernos...”.¹¹⁶

En consecuencia, queda evidencia que con la re-interpretación de terrorismo, se puede caracterizar la progresión hacia el discurso del Derecho penal del enemigo, que

¹¹⁴ D. L. N° 108 de fecha 21 de septiembre de 2006, publicado en el D. O. N°193, Tomo N° 373 de fecha 17 de octubre de 2006.

¹¹⁵ **Alicia Gil Gil**, *La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto Organización Terrorista*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, (Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, España, 2014) 109

¹¹⁶ **Sala de lo Constitucional**, Inconstitucionalidad con referencia 22-2007, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

se caracteriza por englobar los siguientes rasgos definitorios: Un amplio adelantamiento de la punibilidad, un aumento desproporcionado de las penas, la relativización o incluso supresión de determinados derechos y garantías, y la asunción de una función de identificación de una categoría de sujetos como enemigos.¹¹⁷

¹¹⁷ **Gil Gil**, *La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto Organización Terrorista*, 109.

Capítulo 2

La proclamación del ámbito previo de punición como un rasgo del Derecho penal moderno: Su origen, conceptualización, naturaleza jurídica y los criterios de su ordenación.

2.1 La expansión del Derecho Penal Moderno como un fenómeno global.

En la actualidad, el mundo occidental ha comenzado a experimentar una deriva que lo conduce de una posición relativamente estática dentro del núcleo duro del ordenamiento jurídico –en términos de tipo ideal: Un núcleo duro en el que iban haciéndose con todo cuidado adaptaciones sectoriales y en el que cualquier cambio de dirección era sometido a una intensa discusión política y técnica previa- hacia un expuesto lugar en la vanguardia del día a día jurídico político, introduciéndose nuevos contenidos y reformándose sectores de regulación ya existentes.¹¹⁸

Lo anterior se puede contextualizar como la disputa entre el Derecho penal tradicional o clásico y el moderno, como lo propuso denominar Winfried Hassemer, que se extendía al campo de la economía, pero también al relativo a otros fenómenos diferentes, como el terrorismo o las drogas.¹¹⁹

En este mismo orden, el clásico tiene como máximo expositor al italiano Luigi Ferrajoli identificándose con el programa de un “*Derecho penal mínimo*” o “*garantismo*”,¹²⁰ también denominado como “*cognitivo*” o “*de estricta legalidad*”,

¹¹⁸ **Gunther Jakobs** y **Manuel Cancio Meliá**, *Derecho Penal del Enemigo* (España, Thomson–Civitas, 2003) 59.

¹¹⁹ **Luis Gracia Martín**, *Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho Penal Económico y empresarial de los poderosos*, publicado en la revista para el Análisis del Derecho N° 3 (Barcelona, 2016) 9.

¹²⁰ Acorde con el pensamiento de **Ferrajoli** defiende su programa con las tesis siguientes: “...*La primera es que existe un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa o política del derecho penal, es decir, los fines que lo justifican. La segunda es que existe un nexo igualmente indisoluble entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción, y la tercera es que el garantismo representa la base de una teoría crítica y al mismo tiempo de una filosofía política y teoría crítica del Estado Constitucional de Derecho...*”. Vid. *Garantismo Penal*, (Universidad Autónoma de México, 2006) 11.

son, en efecto términos sinónimos, que, versan sobre un modelo límite, solo tendencial y nunca perfectamente satisficible.¹²¹

Pero, actualmente se viene comentado que se volvió un Derecho penal simbólico que, tipifica diversas conductas delictivas que en más de una ocasión, no son aplicadas, en algunas, tal vez no afectan al bien jurídico protegido, aunado a la pérdida de vigencia de otras, frente a los nuevos riesgos y, disparar con la concepción de la sociedad moderna.

En contraposición, la modernización del Derecho Penal se ha revelado como un fenómeno en “*expansión*” claramente perceptible en detrimento de otros sectores del ordenamiento jurídico o incluso de otros sistemas no jurídicos de control social,¹²² se relaciona con el resurgir del punitivismo, identificándose como el “*Derecho Penal Máximo*”¹²³ y, orientado en la línea de prevención del riesgo se ha calificado de “*Derecho penal de la sociedad del riesgo*” o “*Derecho penal del riesgo*”,¹²⁴ presentando un abordaje al problema de la inseguridad emergente en la sociedad del riesgo.¹²⁵

Así pues, esta tendencia doctrinal moderna, propugna una colisión más eficaz de la criminalidad, de modo que, el Estado interviene activamente alejándose de los postulados clásicos y garantías subyacentes, aunque para algunos doctrinarios puede

¹²¹ **Jesús María Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 2ª edic. (España, Civitas, 2001) 18.

¹²² **Carlos Martínez-Bujan Pérez**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte General*, 5ª edic. electrónica (Valencia, Tirant lo Blach, 2016) 67.

¹²³ Según **Luigi Ferrajoli** “...el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y por consiguiente, se configura como sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación...”. Vid. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros (España, Editorial Trotta, 1995) 105.

¹²⁴ **Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 38 y, **Blanca Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, (España, Civitas, 2001) 82.

¹²⁵ Esta denominación ha tenido una acogida generalizada, se debe gracias al sociólogo alemán **Ulrich Beck** quien publicó su obra en 1986, contemplando en el prólogo de su obra, denominada de la misma forma, que: “...somos testigos (sujeto y objeto de una fractura dentro de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura a la que aquí llamamos sociedad (industrial) del riesgo...”. Vid. *La Sociedad del Riesgo hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro y otros (Barcelona, Paidós, 1998) 16.

considerarse una regresión, hay otros que lo invocan como la respuesta más efectiva a la criminalidad, porque esta sociedad modernizada no es la misma de hace siglos.

Para esclarecer este debate, se coincide con lo sostenido por Silva Sánchez, que la fricción entre los postulados antes delineados, no supone tal crisis o tensión permanente no constituye, en sí, un fenómeno negativo; al contrario, probablemente éste el motor de la evolución del Derecho Penal. Una evolución que, muestra rasgos significativamente dialécticos, y se plasma en síntesis sucesivas de signo ascendentemente humanitario.¹²⁶

El fenómeno de la expansión del Derecho penal, tiene como principales connotaciones: Una tendencia legislativa claramente dominante de introducir nuevos tipos penales, así como de agravar los existentes “*reinterpretación*” de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal; creación de nuevos bienes jurídicos penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político criminales de garantía.¹²⁷

No puede omitirse que, brotaron distintas tendencias doctrinales que, fijaron sus postulados sobre la necesidad o no de la intervención punitiva estatal, están aquellas que se identifican con el reduccionismo vinculadas al garantismo, otras intermedias o de transición y las que nos interesan conocidas como tendencias de modernización.

En éstas últimas, es común afirmar que, existen dos líneas diferentes, una primera, entre sus representantes están Schünemann y Gracia Martín –entre otros-, estima que el Derecho Penal es un instrumento necesario y adecuado para hacer frente a los nuevos riesgos de la sociedad moderna y que acepta la posible flexibilización de los criterios de imputación y garantías penales y procesal que ello pudiera implicar y, una segunda, cuyo exponente destacado es Corcoy Bidasolo, que aun admitiendo la

¹²⁶ **Jesús María Silva Sánchez**, *Aproximación al Derecho Contemporáneo*, (Barcelona, Bosh Editor, 1992) 14.

¹²⁷ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 20.

intervención punitiva para combatir dichos nuevos riesgos defiende que ello es posible sin que el Derecho Penal sufra menoscabo alguno en sus criterios de imputación y garantías.¹²⁸

En suma, esta propuesta expansionista se inclina en un esfuerzo excepcional, por solventar el debate político criminal existente en la actualidad, mediante un novedoso discurso de la necesidad de la intervención anticipada de protección penal, que deja atrás justificadamente el régimen completo de garantías, a efecto de brindar una respuesta punitiva inmediata en una sociedad con mucha inseguridad y, que urge de un verdadero amparo ante los problemas actuales, inclusive los socioeconómicos que son objeto de esta investigación.

2.1.1 Las presuntas causas de la proclamada expansión.

Las causas emergentes del fenómeno son diversas y dependerá de la opinión de cada autor, de ahí que considera optimó para este apartado hacer énfasis bajo las líneas de Silva Sánchez, de aquellas que se consideran más relevantes para el campo de estudio de esta investigación.

2.1.1.1 Los nuevos intereses.

Para arrancar con este apartado, es necesario establecer que deberá entenderse por bienes jurídicos, me parece adecuado la definición sintética vertida por los tratadistas Muñoz Conde y García Arán, son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.

Entonces, tales presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llamada “*bienes jurídicos individuales*”, en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideraciones los llamados “*bienes jurídicos colectivos*”, que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye

¹²⁸ **María José Jiménez Díaz**, *Sociedad del Riesgo e Intervención Penal*, publicado en la revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 16-08 (España, 2014) 13.

las agrupaciones de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal.¹²⁹

Un sector de la doctrina, concibe que el bien jurídico es el concepto que le da sentido al norma penal, es decir, el Derecho punitivo erigido como un instrumento de protección de bienes jurídicos, parece ser que, con la expansión acontece la tutela de aquellos que antes no conformaban parte del ámbito de protección penal, la reivindicación de intereses difusos con preexistencia y, la intensificación colectiva de otras apreciaciones axiológicas como producto de una concepción moderna con profunda significación global.

Desde luego las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente distintas. Cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían –o no con la misma incidencia, como las instituciones económicas de crédito o de la inversión. Luego debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como “*bienes escasos*”, atribuyéndoles valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente. En tercer lugar, hay que contemplar el incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas; por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico-

130

La idea de la proliferación de los nuevos intereses está vinculada básicamente a una tendencia natural y evolutiva de la sociedad, que pretende obtener una respuesta estatal ante los riesgos modernos. En otros términos, el incremento de la criminalización de comportamientos implica una proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; que marcarían diferencias respecto a buena parte de

¹²⁹Francisco Muñoz Conde y Mercedes, García Arán, *Derecho Penal: Parte General*, 8ª edición (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010) 59.

¹³⁰Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 25.

los –concebidos como- tradicionales, producto de su configuración a tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales.

131

De tal forma que, el requerimiento constante de una demanda punitiva, implica que el Derecho penal moderno actuará en sectores distintos o realidades antes inexploradas, así como sectores en los que es visible un incremento de los preceptos penales, ya que aunque algunos insistan en que no todos aquellos son en realidad –nuevos-, sí se reconoce que produce una extensión y endurecimiento de un tratamiento penal y, por tanto, una disminución de los ámbitos de actividad no controlada o permitido.

2.1.1.2 La efectiva aparición de nuevos riesgos.

El punto de partida son los riesgos, la noción Beck sobre éstos admite que sin duda son tan viejos como el desarrollo industrial, no obstante, el cambio potencial de los peligros actuales en relación con los de otras épocas, se caracterizan por ser artificiales en el sentido que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a la decisión de éste,¹³² también contienen un componente futuro, en otros términos, en la prolongación al futuro de los daños visibles por falta de confianza¹³³ y, una tendencia inmanente a la globalidad de amenazas, por multiplicidad de causas que son inminentes y reales.

Los argumentos del sociólogo sobre la apreciación de las características propias riesgos modernos, que a diferencia de los propios del primer industrialismo: 1. No son limitables espacial, temporal y socialmente en cuanto al ámbito de afectados; 2. No son imputables según las vigentes reglas de causalidad, culpabilidad y responsabilidad, 3. No puede ser compensados, ni asegurados.

Efectivamente nuestra sociedad moderna está identificada por las transformaciones espontaneas e inducidas por un catálogo amplio de causas como la dinámica política,

¹³¹ **Díaz Ripollés**, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, 5.

¹³² **Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 26.

¹³³ **Beck**, *La Sociedad del Riesgo: Hacia una nueva modernidad*, 39.

la volatilidad del mercado en el ámbito económico, el marco convencionalmente denominado globalización, los avances tecnológicos, entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural.

Lo anterior por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de avances técnicos, que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc.¹³⁴

En ese orden, las inmensas posibilidades que abrieron las nuevas tecnológicas, evitando al ser humano cierto tipo de tareas más mecánicas, suponen como señala Sieber unos cambios más radicales que los que introdujo la revolución industrial del siglo XIX con la sustitución del trabajo físico de los hombres por las máquinas.¹³⁵ Como bien lo apunta Jescheck, referido por Caro Coria y Reyna Alfaro, la aparición de nuevas tecnologías ha generado a su vez la formación de nuevas manifestaciones de criminalidad no comprendidas muchas de ellas en el ordenamiento penal sustantivo.¹³⁶

En otras palabras, con el fenómeno expansivo de las tecnologías, los delincuentes se aprovecharon de técnicas e instrumentos desconocidos para producir resultados nocivos e imperceptibles en la sociedad moderna, que, a veces éste colectivo parece asimilarlo como un fallo técnico del sistema, no así como el incremento de un riesgo no concebido.

En otros términos, los avances tecnológicos, son sin lugar a dudas, un factor determinante en la globalización concebida como un hecho social, que surge de una

¹³⁴ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 27.

¹³⁵ **Ricardo Mata y Martín**, *Delincuencia informática y Derecho Penal* (Nicaragua, Editorial Hispamer, 2003) 27.

¹³⁶ **Dino Carlos Caro Coria y Luis Miguel Reyna Alfaro**, *Derecho penal económico: Parte general* (Perú, Juristas Editores, 2016) 90.

acción que hemos creado los humanos, aunque la mayoría no tenemos la certeza de haber participado en su concepción,¹³⁷ que puede identificarse sencillamente con el fenómeno vertiginoso de intercambio económico, social y cultural entre países. Con la inevitable consecuencia de un proceso de criminalización que es ejercicio de poder, desigualmente distribuido en los diversos mercados, no puede responder a pautas únicas, ni puede aceptarse como “*natural*”.¹³⁸

2.1.1.3 *La sensación social de inseguridad.*

Otro de los rasgos característicos como producto de la postmodernidad es la percepción de miedo en la sociedad sobre los riesgos, desde luego el proceso histórico según Beck ésta marcado por el accidente en la central atómica de Chernobyl en Ucrania. La sociedad del riesgo comienza a cambiar la cualidad de la comunidad, abre paso al sistema axiológico cuyo objetivo primordial es que todos sean protegidos del veneno.¹³⁹

En el mismo sentido, el clima de inseguridad creciente transforma la forma de concebir la reciprocidad en la comunidad; la jerarquización por clase lleva implícita la idea de alcanzar una meta, mientras que la sociedad del riesgo tiende a evitar lo peor, en otros términos, la idea de participación se reemplaza con la de protección, dando origen a la comunidad del miedo.¹⁴⁰

Lo anterior, resulta más que, dudoso que los parámetros de la sensación de inseguridad sentida por los ciudadanos, corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables o, sencillamente, incontrolables que les afecten personalmente y de modo inmediato a ellos. Más bien como se señaló más arriba, resulta innegable que la aparición de los nuevos riesgos,

¹³⁷ **Myrna Elia García Barrera**, *Derecho de las Nuevas Tecnologías*, (Universidad Nacional Autónoma de México, 2011) 15 y 16.

¹³⁸ **Juan María Terradillos Basoco**, *Globalización, administrativización y expansión del Derecho Penal económico*, publicado en la revista Nuevo Foro Penal N° 70, (Colombia, 2006) 92.

¹³⁹ Vid. **Beck**, *La Sociedad del Riesgo hacia una nueva modernidad*, 55 y 56.

¹⁴⁰ **Maximiliano Korstanje**, *Economía del riesgo, un análisis crítico a la mirada de Ulrich Beck*, publicado en la revista Economía, Sociedad y Territorio, vol. X N° 32 (México, 2010) 277.

se ve, en cierto modo, compensada por la radical reducción de los peligros procedentes de fuentes naturales, no así de los ocasionados por el mismo ser humano.

Por ello más bien puede sostenerse de manera plausible que, por muchas y muy diversas causas, la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos. Expresado de otro modo, existe una elevadísima sensibilidad al riesgo.¹⁴¹

La postulación precedente es reafirmada por Díaz Ripollés, en la sociedad moderna se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediata de los sucesos peligrosos o lesivos por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y, para adaptarse a él, además de la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva.¹⁴²

Ello ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afinado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y el arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo.¹⁴³ Desde luego la mayoría de las personas no experimentan una sensación de inestabilidad o exposición frente a los riesgos nucleares, ecológicos, monetarios, económicos o informáticos, o al menos no canalizan formal o expresamente sus pretensiones de seguridad hacia el control de dichos ámbitos.¹⁴⁴

Sea como fuere, el caso es que, en la medida creciente, la seguridad se ha convertido en una pretensión social a la que se supone que el Estado, y en particular, el Derecho

¹⁴¹ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 36 y 37.

¹⁴² **Díaz Ripollés**, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, 4.

¹⁴³ **José Luís Díaz Ripollés**, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, publicado en la revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (España, 2004)23.

¹⁴⁴ **Francisco Maldonado Fuentes**, *Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana*, publicado en la revista de Estudios de Justicia N° 21 (Chile, 2014) 101.

penal debe dar respuesta ¹⁴⁵ eso sí a cambio el ciudadano deberá conceder un quantum adicional de sus garantías, concebir también la flexibilización de los principios informadores del ordenamiento jurídico penal para concebir de nuevo el sentimiento de protección y seguridad que debe provenir de una respuesta estatal.

2.1.1.4 La identificación de la mayoría social con la víctima del delito.

Durante mucho tiempo los intereses de la víctimas quedaban subsumidas en la conveniencia pública; en la efervescencia de la discusión, se constituyó como un motor del fenómeno expansionista, se tomó especial atención en el sujeto pasivo, antes que, al autor de la infracción penal, por ello no es de extrañar que cada vez voces más autorizadas de entre los penalistas se hayan ocupado de la víctima del delito desde la perspectiva, precisamente de la víctima.¹⁴⁶

La nueva política criminal intervencionista y expansiva recibe la bienvenida de muchos sectores sociales antes reticentes al Derecho Penal, que ahora la acogen en tanto que la reacción contra la criminalidad de los poderosos. Pues bien, en un momento cultural en el que la referida criminalidad de los poderosos preside la discusión doctrinal, pero también la actividad de los tribunales que trasciende a través de los *–mass media–* y, por tanto, la representación social del delito, es seguramente comprensible que la mayoría tienda a contemplarse a sí misma más como víctima potencial.¹⁴⁷

Se pretende la potenciación del papel de la víctima en el proceso a través del reconocimiento de una intervención activa y de una mayor capacidad de decisión. Se trata de buscar, en consecuencia, una armonización de los derechos de la víctima con

¹⁴⁵ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 40.

¹⁴⁶ **Joan J. Queralt Jiménez**, “*Víctimas y garantías: Algunos cabos sueltos*”, en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal: Homenaje a Claus Roxin*, (España, Bosch Editor, 1997) 146.

¹⁴⁷ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 57.

los del procesado.¹⁴⁸ Desde esta perspectiva ya no es posible definir el Derecho penal como “*carta magna*” del delincuente. Principios como el de *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia se va convirtiendo paulatinamente en *in dubio pro víctima* y presunción de culpabilidad.¹⁴⁹

Y, en segundo lugar, también entran las demandas de las víctimas reales o potenciales, cuando no de unas víctimas arquetípicas sin existencia real ni posible, las que guían el debate político criminal, arrumbándose reflexiones más complejas, atentas al conjunto de necesidades colectivas.¹⁵⁰

Finalmente, muchos de los delitos característicos del moderno Derecho penal son delitos sin víctimas o, por lo menos con víctimas difuminadas. No se exigen en ellos un daño. El delito no siempre es un resultado científicamente previsible.¹⁵¹

2.1.2 Manifestaciones de la expansión en el Derecho penal moderno.

Los factores multiplicadores de globalización, el neocolonialismo y, los avances tecnológicos, han recreado una dependencia política y valorativa en las tendencias mayoritariamente modernas, que ahora mismo ya pueden vislumbrarse como dominantes en los ordenamientos penales en Latinoamérica, por su integración al camino progresivo de los enfoques de emergencia y funcionalistas que intensificaron la demanda punitiva, y la recurrencia del Derecho penal máximo, por distintos instrumentos o técnicas implementadas con el propósito de brindar una respuesta pronta y eficaz ante los desafíos planteados por la sociedad en la modernidad.

¹⁴⁸ **Javier de Vicente Remesal**, “*La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho Penal Español: Posibilidades actuales y perspectivas de futuro*” en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal: Homenaje a Claus Roxin*, 176.

¹⁴⁹ **Mirentxu Corcoy Bidasolo**, *Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales*, publicado en la revista *Derechos Fundamentales*, N° 8 (Universidad Viña del Mar, Chile, 2012) 54.

¹⁵⁰ **Díaz Ripollés**, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, 23.

¹⁵¹ **Winfried Hassemer**, *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y María Del Mar Díaz Pita, (Colombia, Temis, 1999) 25.

Por supuesto, se destacan *infra* aquellas más representativas, también se matizará como una nota esencial, la actuación penal de los eventos que anteceden a la materialización, puesto que, para algunos autores entrañaría graves riesgos para las libertades individuales del ciudadano, sin embargo, la sociedad actual que vive bajo un constante sentir de inseguridad, requiere que el Estado reaccione mediante la implementación de una política criminal de carácter preventivo que reprima la actividad criminal antes de una verdadera lesión a los bienes jurídicos o funciones de la norma.

2.1.2.1 El incentivo constante a la acción penal.

La tendencia expansiva estimula a la sociedad a recurrir primordialmente por la vía penal, antes que cualquier otro medio control social; con la finalidad de cumplir con su función cardinal de solventar los conflictos sociales con una cumplida e inmediata respuesta punitiva, que, no obtuvo el mismo eco en otros sectores del Derecho y, con ello se rompe con el esquema clásico del carácter fragmentario y de *ultima ratio*, considerándose al ordenamiento penal como el instrumento político de *prima ratio* para garantizar la seguridad ciudadana.

Así pues, Hasemmer y Muñoz Conde, concuerdan que, el otro gran principio del Derecho Penal moderno es la formalización, cuando éste se ocupa de los conflictos más graves y actúa en situaciones en las que los intereses de los implicados en el conflicto se encuentran más intensamente amenazados.¹⁵²

Al respecto coincido con el pensamiento del profesor Silva Sánchez, que, en las sociedades modernas se demanda la punición porque no parecen funcionar las instancias autónomas de moralización. En el Derecho civil, con la tendencia a la objetivización de la responsabilidad, solo puede expresarse la reprobación que es necesaria ciertos hechos, abandonando la idea de culpa; en el Derecho administrativo, la imparable burocratización y, sobre todo, la corrupción ha sumido en un creciente

¹⁵² **Winfried Hassemmer y Francisco Muñoz Conde**, *Introducción a la Criminología y Derecho penal*, (Valencia, Tirant to Blanch, 1989) 21.

descredito a los instrumentos de protección específicos de este sector.¹⁵³ Y, tangencialmente a los entornos mencionados, puede apreciarse que, en el ámbito mercantil, el afectado opta por dejar transcurrir los plazos mercantiles y conserva, durante un plazo superior, la posibilidad de ejercitar la acción penal.¹⁵⁴ En suma, la sociedad moderna solicita de una respuesta de colisión inmediata del Estado.

Por tanto, la opción político jurídica por el Derecho penal sigue teniendo, en efecto, ventajas relevantes, no vinculadas necesariamente a la dureza fáctica de la sanción. Frente al Derecho civil compensatorio, aporta la dimensión sancionatoria, así como la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones y, frente al Derecho administrativo, aporta su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional.¹⁵⁵

En consecuencia, el Derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos y se transforma en el instrumento de una política de seguridad¹⁵⁶ para brindar una respuesta preventiva, a la demanda social de inseguridad de la sociedad en la modernidad.

2.1.2.2 La tutela de los bienes jurídicos difusos.

Los intereses, valores éticos sociales de la acción y bienes jurídicos que el Derecho penal protege y la forma de protegerlos constituye una característica importante del moderno Derecho penal.¹⁵⁷

Ahora bien, la identificación de los intereses tutelados en el Derecho Penal Económico, todavía es un debate abierto, un sector de la doctrina como Tiedemann y Peña Cabrera, son de la opinión que es el “orden económico”.

¹⁵³ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 61-64.

¹⁵⁴ **Terradillos Basoco**, *Globalización, administrativización y expansión del Derecho Penal económico*, 101.

¹⁵⁵ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 155.

¹⁵⁶ **Hassemer**, *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, 25.

¹⁵⁷ **Hassemer y Muñoz Conde**, *Introducción a la Criminología y Derecho Penal*, 20.

Mientras que, Abanto Vásquez alza su crítica porque esa postura ubica al bien jurídico en un nivel de abstracción que resulta intolerable, es por esta razón que éste determina que dicho proceso se realiza a partir de un análisis concreto de cada figura delictiva. En lo que no existe mayor discrepancia es en el carácter supraindividual que poseen los intereses protegidos en el ámbito del Derecho Penal Económico.¹⁵⁸

En el ámbito penal económico se protege mayoritariamente a los bienes jurídicos de naturaleza colectiva –es decir, intereses de todos- que, indiscutiblemente debe ser tutelados por el Derecho penal nuclear ante las modalidades de agresión más intolerables -que no fueron antes previstas-; e incluso se extiende a bienes jurídicos que, sin ser intereses generales, son bienes de carácter supra individual que afecta a amplios sectores de la población, y que, bajo determinadas condiciones, también pueden ser merecedores de tutela penal.¹⁵⁹

Lo anterior supone la justificación de la proliferación razonable de aquellas conductas riesgosas a veces imperceptibles que atentan contra los nuevos valores colectivos. Por ello, la reconducción por la vía el ámbito previo de la actuación penal, viene dado por la instrumentalización de los tipos penales a efecto de prevenir tales comportamientos lesivos propugnado la evitación de lesiones concretas a los intereses sociales, de tal forma, que en esa construcción debe llevarse de forma racional, al respecto Silva Sánchez ejemplifica que, la tipificación del delito de blanqueo de capitales es, en fin, una manifestación de expansión razonable del Derecho Penal.¹⁶⁰

2.1.2.3 La anticipación de la intervención penal.

La concatenación de las notas anteriores, nos conduce indudablemente a la gran apuesta del Derecho penal moderno, la denominada intervención prematura punitiva, en un estadio tempranísimo de la fase externa del actuar del delincuente. En otros términos, debe decirse el adelantamiento de la actuación penal se refleja en la

¹⁵⁸ **Caro Coria y Reyna Alfaro**, *Derecho penal económico: Parte general*, 291.

¹⁵⁹ **Martínez-Bujan Pérez**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte General*, 82.

¹⁶⁰ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 26.

expansión de los límites punitivos, podríamos decir que tiene un carácter preventivo, es decir, no se quiere evitar la producción de modo imprudente del resultado lesivo, sino que, se intenta adelantar la prevención para garantizar la seguridad y la propia sensación de seguridad.¹⁶¹

El énfasis por la prevención general anticipándose a cualquier resultado concreto, constituye la respuesta más viable de endurecimiento penal y, la evolución del ordenamiento penal en función de la prematura protección de los bienes jurídicos difusos es la respuesta adecuada para refrenar la acelerada criminalidad en una sociedad post industrial, propugnando un enfoque político de seguridad.

El profesor Künsemüllerse acentúa la caracterización del fenómeno, por su tendencia a anticipar lo más posible la intervención del Estado, haciendo retroceder la imputación a etapas anteriores al principio de ejecución, creando tipos legales de carácter puramente preparatorio y, a través del paradigma del desvalor del acto, escudriñar en el ánimo de las personas, reduciendo a un lugar generalmente secundario la significación del resultado del hecho punible.¹⁶²

En suma, la apuesta por la anticipación de la tutela penal nos conduce como *infra* lo veremos a concebir que en la sociedad actual, el ciudadano percibe un ambiente de riesgo constante y, por ello su pretensión principal es la de seguridad, por ende demanda de la actuación estatal aunque ello implique la restricción de algunas libertades y la criminalización de comportamientos a estadios previos a la lesión concreta de los bienes ya reconocidos y de aquellos que son relativamente nuevos, lógicamente la reconducción implicará apuntar a la funcionalidad de la sociedad.

¹⁶¹ **Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 79.

¹⁶² **Carlos Künsemüller**, “*El castigo de las formas preparatorias del delito*” publicado en la revista *Derecho y Humanidades* N° 16, volumen N° 1, (Universidad de Chile, Peroti, F., & Gutiérrez, 2010)86.

2.1.3 La influencia de la filosofía en la intervención anticipada del Derecho Penal.

La doctrina mayoritaria enfatiza que el origen del “*Derecho Penal del Enemigo*” se lo debemos al profesor alemán Jakobs, pero, en realidad el planteamiento filosófico se debe en gran medida al aporte de Thomas Hobbes, de aquí resulta un precepto o regla general de la razón, en virtud de la cual *cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra.*¹⁶³

Hobbes tiene por enemigos a quienes no atiende el pacto general de obediencia del Estado, y en su medida a las leyes civiles consideradas como aquellas que los hombres están obligados a observar porque son miembros o no de este o aquel Estado en particular, sino de un Estado.¹⁶⁴

También debemos estimar lo anotado expresamente por Kant, que reconoce como un enemigo a quien no participa en la vida en un Estado comunitario legal, por ende, no hay que tratarlo como persona.¹⁶⁵

El enemigo, según Jakobs es un ciudadano que, por su posición, forma de vida o quizás su pertinencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de forma incidental sino duradera.¹⁶⁶

En tal sentido, debe considerarse que la conceptualización “*del enemigo*” depende de una carga valorativa e ideológica compuesta, que promueve en líneas generales, la lucha y el combate contra fenómenos que atentan contra el orden social predeterminado.

¹⁶³Thomas Hobbes, *El Leviatán o la materia, forma y poder de una República, Eclesiástica y Civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto, 5ª reimpresión, (Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2005)107.

¹⁶⁴Thomas Hobbes, *El Leviatán o la materia, forma y poder de una República, Eclesiástica y Civil*, 217.

¹⁶⁵Jackobs y Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, 31.

¹⁶⁶Fabián Riquert y Leonardo Palacios, *El Derecho penal del Enemigo o las excepciones permanentes*, publicado en el revista La Ley N° 3 (España, 2003) 5.

Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal moderno, es decir, de la actual tendencia expansiva, en general, da lugar, formalmente, a una ampliación de ámbitos de intervención de aquel.¹⁶⁷

Sobre el tema particular de la intervención prematura ahora augurada, es fruto del influjo de la política criminal con carácter funcionalista de Jakobs, que, apuesta por la vía del expansionismo a un adelantamiento de la barrera de protección de la norma y de los bienes jurídicos, y el combate de los fenómenos de peligro emergentes en la sociedad de la inseguridad.¹⁶⁸

Atinada es la opinión de Rimo sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, como uno de los rasgos de la evolución de la política criminal de nuestros días, y que en ese contexto cabe atribuir un papel decisivo a la punición de conductas preparatorias del delito, junto con otros como la desproporción de las penas, señalando también que es una característica esencial del Derecho penal del enemigo o integra asimismo el contenido del llamado Derecho penal de la seguridad ciudadana.¹⁶⁹

En ese sentido, se puede destacar que, el profesor Jakobs caracteriza al “*Derecho penal del enemigo*”, por tres elementos: a) Un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva –hacia futuro-; b) La anticipación de la barrera de punición es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada, y c) Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.¹⁷⁰

¹⁶⁷ **Gracia Martín**, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo*, 2.

¹⁶⁸ Como la prefiere denominar **Silva Sánchez**, en su obra *La expansión del Derecho penal*, 54.

¹⁶⁹ **Alberto Alonso Rimo**, “*¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación*” publicado en la revista para el Análisis del Derecho N° 4, (España, Universitat Pompeu Farba, 2017), 5 y 6.

¹⁷⁰ **Jakobs** y **Cancio Meliá**, *Derecho Penal del Enemigo*, 79-81; véase también **Miguel Ángel Macera Espinosa**, *Derecho Penal del Enemigo*, (México, Ubijus Editorial, 2011) 20 y ss.

El segundo de los postulados, nos llevaría inexorablemente a considerar la demanda de anticipación de la tutela penal, pues si se quiere estimar la protección de las funciones que pueden encontrarse imbricadas en la norma penal, como funcionalmente efectiva habrá de adelantarse al momento anterior en que pueda acaecer la producción irreparable de menoscabo causado por el enemigo.

En la misma dirección, se propone otro motivo, algo oculto y por ello tanto más difícil de controlar, que favorece las anticipaciones de la punibilidad: El principio mismo de la protección de bienes jurídicos. Este principio induce a creer la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto bien jurídico. Pero, nos conduce sin duda al desbordamiento porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva la esfera jurídica del autor.

En esa medida, el autor pasa a definirlo como el enemigo del bien jurídico que se contrapone al status de ciudadano del que puede derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad.¹⁷¹ Se puede concebir como un derecho penal de dos velocidades; un sistema penal garantista para los ciudadanos y otro perverso para los declarados enemigos, recordando que en la actualidad Jakobs contrapone la vigencia de la norma como función del Derecho Penal.¹⁷²

Lo anterior supone que es justificable en conjunto, en base a tres razones fundamentales: En primer lugar, la necesidad de garantizar más allá del propio bien jurídico, también las condiciones para su utilización, lo que supone el mantenimiento de la vigencia de la norma. En segundo lugar, el reconocimiento de la seguridad, en un Estado de prestaciones, supone consecuentemente, una elevación del rango de las conductas que la afectan negativamente. Finalmente, en tercer lugar, destaca hasta qué punto en buen número de sectores la frontera que separa el comportamiento

¹⁷¹ **Güther Jakobs**, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de Derecho penal*, traducción por Enrique Peñaranda Ramos y otros (Madrid, Civitas, 1997) 295.

¹⁷² **Omar Huertas Díaz y otros**, *Entre la minimización y la expansión del Derecho Penal: La presencia de Beccaria en el debate contemporáneo*, publicado en la revista *Iusta*, Vol. N° 1 N° 44 (Universidad Santo Tomas, Colombia, 2016) 48.

correcto del contrario a la norma no es una frontera trazada con arreglo a criterios asentados.¹⁷³

El esquema funcional propuesto, parte de la comprensión de que la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes,¹⁷⁴ pretende por tanto, el mantenimiento de las funciones derivadas de las tales normas, desde las sociales como proyección del legislador para que el individuo se eduque de manera ética y se comporte de determinada manera, caso contrario se le considera como un enemigo del diseño organizacional propuesto.

En suma, la influencia funcionalista ha sido constante y su influjo puede observarse hasta nuestro sistema penal en la apuesta por la anticipación de la actuación penal bajo un corte funcionalista, cuya génesis moderna se puede apreciar en el art. 31 de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo,¹⁷⁵ referente los actos preparatorios atinentes al catálogo de las infracciones penales contempladas a partir del art. 5 de la misma normativa especial.

2.1.4 Conceptualización.

Ahora es conveniente adentrarse al esclarecimiento del contenido definitorio de la comentada institución jurídica moderna, advirtiendo que, la misma todavía es un paradigma en pleno desarrollo en el Derecho penal moderno.

Puntualmente, García Caveró apunta que por razones fundamentalmente de política criminal, el legislador penal estima necesario que, en determinados casos la realización típica del delito no tenga que esperar a que la conducta ejecutiva del autor produzca la lesión del bien jurídico y procede, por ello, a anticipar a la tutela penal

¹⁷³ **Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 135.

¹⁷⁴ **Güther Jakobs**, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez (Madrid, Civitas, 2000) 26.

¹⁷⁵ El tipo penal está redactado de la manera que sigue: “...*Los actos preparatorios, la proposición y la conspiración para cometer cualquiera de los delitos contemplados en la presente Ley, serán sancionados con prisión de diez a quince años*”.

que encuentra normalmente justificación en la especial gravedad de la contribución y el riesgo elevado de impunidad posible del castigo.¹⁷⁶

Mientras que, la profesora Sánchez García De Paz, parte de la distinción sobre el injusto originario que vendrá dado por las conductas de lesión y puesta en peligro concreta del bien jurídico, mientras que, otra forma de aproximación al bien jurídico constituirán el ámbito previo, que serán aquellos comportamientos que no reúnen las características de las anteriores, por desenvolverse en un estadio más distante del bien jurídico protegido, y cuya criminalización, por tanto, solo puede ser llevada a cabo de modo excepcional, y además precisa de justificación *ad hoc*.¹⁷⁷

En términos similares, Künsemüller, considera que el núcleo básico del Derecho penal ha estado tradicionalmente constituido por lo que califica como el injusto originario, esto es los comportamientos a cuyo castigo se dirige de modo prioritario el instrumento sancionador; el “*ámbito previo*”, en cambio, se configura con las acciones que se desarrollan en un estadio más distante de la concreta lesión del objeto jurídico de protección y cuya criminalización solo podría ser afirmada de modo excepcional, sobre la base de una “justificación *ad hoc*”.¹⁷⁸

En tanto, el doctor Fuentes Osorio, se refiere a un modo de actuación penal ilegítima porque no respeta los límites impuestos por el principio de ofensividad: Se prevé una intervención penal contra conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado.¹⁷⁹ Pero, luego apunta hacia la consideración del “*injusto originario*”, estableciendo que, desde la perspectiva estrictamente subjetiva, en la medida en que el fundamento del injusto penal es la voluntad manifiesta contraria a la norma de determinación.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Percy García Cavero, *Derecho penal: Parte general*, 3ª edic. (Perú, Ideas, 2019) 404 y 405.

¹⁷⁷ Sánchez García De Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 16.

¹⁷⁸ Künsemüller, “*El castigo de las formas preparatorias del delito*”, 87.

¹⁷⁹ Fuentes Osorio, “*Formas de anticipación de la tutela penal*”, 1.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, 4.

Mi particular noción sobre la anticipación de la actuación penal: Es la nota esencial del Derecho penal moderno, por promover la prevención del delito, adelantado los límites de la punición a un estado previo a la lesión concreta de los bienes jurídicos, que se acentúa con una óptica funcionalista sobre la vigencia de las funciones imbricadas en la norma penal, lo que implica que, la actuación estatal se reafirma con la integralidad de sociedad, enfatizando la interiorización de valores y promoviendo de incentivos al ciudadano para que se comporte de acuerdo a la visión política trazada por el Estado.

2.1.5 Rasgos del ámbito penal previo.

Es de destacar que doctrinariamente no hay un rastro textual sobre la caracterización de este fenómeno, no obstante, se han efectuado los esfuerzos en esta investigación, sobre argumentos que gozan de validez suficiente, para contribuir teóricamente a la construcción de su singular personificación, a partir de distintos rasgos particulares.

2.1.5.1 La apuesta preventiva por la reconfiguración del modelo de legislación penal.

Tradicionalmente el legislador optaba por una política criminal en la que la mayoría de los delitos adoptaban la estructura de delitos de lesión. Sin embargo, en los últimos años el legislador se ha visto arrastrado por las exigencias de las sociedades modernas, procediendo a adelantar la línea de protección con la creación de números tipos de peligro.

La finalidad de esta expansión del Derecho penal, y del uso intenso de esta técnica legislativa de los delitos de peligro, es aumentar la tutela de los intereses individuales. Pero también la de ofrecer cobijo a intereses colectivos emergentes, fruto de determinadas conquistas sociales.¹⁸¹

¹⁸¹ Enrique Orts Berenguer y José González Cussac, *Compendio de Derecho penal: Parte general*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2019) 235.

En efecto, con la constatación del fenómeno de la expansión, puede apreciarse en la actividad legislativa en materia penal, ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de criminalización en el estadio previo a lesiones de bienes jurídicos.¹⁸²

Ante las nuevas necesidades de protección y seguridad, es manifiesta la actuación del legislador por la introducción de reformas penales bajo la técnica de los tipos de peligro abstracto, así como de delitos de emprendimiento o de consumación anticipada y la punición específica de actos preparatorios, con la finalidad confesada de ampliar la capacidad de respuesta y la eficacia en el control de las conductas.¹⁸³

La tendencia por estas técnicas legislativas atiende a decisiones políticas de intervención estatal que ofrecen una eficiencia en el combate a la criminalidad en la sociedad post industrial. Su predilección se demuestra en la reformulación o creación de distintas infracciones penales de naturaleza más variada, que por su redacción a veces tienden a considerarse omnicomprensivos o indeterminados y, en demasía suelen caracterizárseles por su remisión a hechos principales o de referencia y, la no comprobación de un daño concreto.

En este contexto, se destaca la inclinación hacia la técnica legislativa que promueve la elaboración de tipos de peligro para la protección de bienes jurídicos de naturaleza colectiva, así que su construcción se distingue porque la conducta no lesiona a nadie en particular. Precisamente, es característico del Derecho penal moderno alejar a la víctima del Derecho penal material e ir sustituyendo la causación del daño por su puesta en peligro, los delitos de resultado por los delitos de peligro abstracto¹⁸⁴ carentes de todo contenido de injusto material, o sea, tipos que en la doctrina ha sido

¹⁸² **Jakobs y Cancio Meliá**, *Derecho Penal del Enemigo*, 64.

¹⁸³ **Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 78.

¹⁸⁴ **Hassemer y Muñoz Conde**, *Introducción a la Criminología y Derecho Penal*, 31.

calificados de delitos “*de pura desobediencia*” –Jakobs- o delitos “*con función puramente organizativa*” –Shünemann-.¹⁸⁵

Finalmente, se presenta a este tipo de delitos –peligro-, como un nuevo fenómeno, a consecuencia del avance y la modernización de la sociedad, como un estandarte del Derecho penal moderno.¹⁸⁶ No obstante, el mencionado recurso técnico prescribe la construcción de un injusto penal que se ajuste en función de la potencialidad de los riesgos –ya sean mediatos o inmediatos-, y arras de garantizar la seguridad del ciudadano.

2.1.5.2 Su amplitud hacia nuevos ámbitos o realidades sociales.

El principal objetivo del adelantamiento de la actuación penal, viene dado por legitimación de la demanda de la intervención estatal y, justificable por la protección del creciente número interés sociales o funciones, que antes no eran reconocidas, se trata por tanto, de una moderada previsión hacia ámbitos novedosos en virtud de un anticipación de tutela real de seguridad ciudadana.

Se destaca por tanto el constante requerimiento por mayor regulación, dirigido a normativizar penalmente lo que aparecen como nuevos ámbitos o realidades sociales, de hecho, la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida¹⁸⁷ en el proceso de debate sobre las cuestiones de legitimidad de este modelo de intervención penal hacia esos nuevos intereses colectivos.

¹⁸⁵ **Martínez-Bujan Pérez**, *Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial*, 108.

¹⁸⁶ **Gustavo A. Beade**, *El concepto de riesgo y los delitos anticipatorios, una aproximación acerca de una distinción necesaria*, publicado en la revista *Nomadas* N° 17 (Universidad Complutense de Madrid, 2008) 3.

¹⁸⁷ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 121.

Está tendencia expansiva de los sistemas penales hacia la tutela de bienes jurídicos difusos o de funciones y hacia progresiva anticipación de la esfera de la tutela – advierte Barratta- son dos fenómenos estrictamente complementarios.¹⁸⁸

Ahora bien, a estas alturas se puede apreciar con nitidez que el modelo de la anticipada actuación penal se ha desarrollado por medio de múltiples ámbitos y niveles excediendo con mucho las perspectivas que concede el “*moderno derecho penal*”.¹⁸⁹

La anticipación de la actuación penal puede indudablemente percibirse como un proceso cuantitativo que se desarrolla principalmente en la Parte Especial, con la introducción de nuevos tipos penales mediante la introducción de reformas que pretende la extensión a ámbitos que antes no eran concebidos como relevantes y, el proceso de la actuación legislativa puede vislumbrarse por el cambio al modelo de delitos de peligro o mediante la extensión de tipos preparatorios, entre otras técnicas, que pretenden la evitación de una lesión concreta a los bienes jurídicos protegidos.

En primer lugar, para distinguir la constelación de los nuevos ámbitos, se debe coincidir con el profesor Gracia Martín, estimando que, el Derecho penal moderno no es homogéneo en sus contenidos. Cabría distinguir en él seis ámbitos concretos que frecuentemente se combina y solapan, entre ellos: a) El denominado *Derecho Penal del riesgo*; b) el *Derecho penal económico y del ambiente*, que agrupan un conjunto de tipos penales orientas a proteger el ambiente y otros nuevos bienes jurídicos de la Economía que, generalmente, remiten a sustratos de carácter colectivo, c) el *Derecho penal de la empresa*, d) el *Derecho penal de Unión Europea*; e) el *Derecho Penal de*

¹⁸⁸ **Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 66.

¹⁸⁹ **Maldonado Fuentes**, *Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana*, 96.

la globalización; y f) el tan controvertido –y por Jakobs denominado en 1985 – *Derecho penal del enemigo*-.¹⁹⁰

En segundo lugar, se puede recurrir para tales efectos, a Hirshc –sugerido por Mendoza Buergo- que identifica al menos tres grupos -de ámbitos de protección- de nuestro interés, es el segundo sector que, tiene por objeto formas de comportamiento que ya estaba al menos parcialmente, castigadas en el Derecho administrativo sancionador o en el Derecho penal accesorio, pero que por un cambio en su valoración se han incorporado al Derecho penal, anticipando las barreras de la punibilidad; aquí se incluyen sobre todo el Derecho penal ambiental y el Derecho penal económico.¹⁹¹

Si se observan en estos ámbitos se justifica en detrimento de la respuesta del Derecho penal clásico, la predilección de la anticipación de la intervención penal, que es palpable en atención a los recursos e instrumentos técnicos que son empleados como iniciativas destinadas al control preventivo de los riesgos concretos, su eficacia es notable y, viene destinada a rigорizar su no punibilidad de éstos, mediante un régimen de cuantiosas sanciones.

2.1.5.3 La intensificación de sus sanciones.

Algo que no se puede desdeñar es que el Derecho penal moderno, basa su existencia en la protección de bienes jurídicos, por lo que no extraño que la lesión o puesta en peligro de los mismos, sea sancionado con una pena.¹⁹²

Ahora bien, los intereses político criminales o de prevención general puede aconsejar, en ocasiones, extender la pena a quienes realicen actos preparatorios, y ello por la

¹⁹⁰**Luís Gracia Martín** *La modernización del Derecho Penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho*, publicado en la revista de Derecho Penal y Criminología N° 3, época N° 3 (España, 2010) 32 y 33.

¹⁹¹**Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 41.

¹⁹²**René Arnoldo Castellón**, “*Pasado y presente de los actos preparatorios punibles: Especial atención a la normatividad penal vigente y a la sociedad de riesgos*” publicado en Debate sobre el Sistema de Justicia Penal y Penitenciario, coord. Dinorah Paola Salazar Molina, (El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2016) 90.

específica peligrosidad *ex ante* para los bienes jurídicos a proteger. Razón que puede justificar el adelantamiento de las barreras en ciertos supuestos.¹⁹³

A los comentados cambios punitivos, se le suma la agravación de las penas que algunos consideran como desproporcionadas e inhumanas y ajenas a los criterios de necesidad, y su contrariedad con el precepto de proporcionalidad, sin embargo, éstos responden a los sentimientos de inseguridad del ciudadano y, aplacar las críticas de la opinión pública.

La tónica de esta tendencia es la reforma penalizadora de agravar sistemáticamente las sanciones de las infracciones penales preexistentes; y otras de reformulación reciente, este incremento rigorista tiene un propósito de prevención general con miras a la reducción de la criminalidad y, también se concibe anticipar la pena a esferas preliminares de la ejecución del delito, pues se trata de técnicas que buscan reducir las necesidades de acreditación o prueba de hechos.¹⁹⁴

2.1.6 Las dimensiones preventiva, ideológica y política de la anticipación de la tutela penal.

En este apartado se pretende en la medida de lo posible y, sin exceder los límites de esta investigación, trazar algunas líneas concretas sobre las funciones que cumple el ámbito previo de la actuación penal.

La función preventiva concebida por su inclinación a la exaltación de la vigencia norma penal, que diseña en el fondo un modelo organizacional de la sociedad, luego la función ideológica propugna la interiorización de los valores al individuo para que tome decisiones acertadas y óptimas que no afecten al diseño social y, la función política, implica el enfoque de prevención estatal por extender los límites punitivos en

¹⁹³ **Campo Moreno**, *Actos preparatorios punibles*, en *Cuadernos de Derecho judicial: Problemas de la autoría*, 278.

¹⁹⁴ **Maldonado Fuentes**, *Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana*, 98.

vilo de garantizar la pretensión de seguridad ciudadana, mediante la reconfiguración de la política criminal en la actuación de legislador y su aplicación práctica.

2.1.6.1 Dimensión preventiva: Reducción del riesgo.

El principal objetivo del adelantamiento de la intervención penal ésta dado por las características particulares de ciertos bienes jurídicos, puede justificarse a veces, un adelantamiento de la línea de defensa, pues, por su especial carácter, puede resultar amenazados.¹⁹⁵

Igualmente, pretende servir al fin estabilizador –preventivo de un modo diferente, asumiendo competencias generales de organización social: Educar al destinatario en el respeto de los valores sociales dominantes transmitir la impresión de haber solucionado el conflicto social, reformular individualmente la responsabilidad del colectivo, satisfacer de deseos colectivos de venganza, restablecer la confianza en la vigencia de la norma.¹⁹⁶

Lo anterior viene a coincidir con las funciones sociales del Derecho, que hacen referencia a la eficacia social producto de la vigencia de las normas jurídicas, a esta impronta, también adquieren una gran relevancia las funciones manifiestas y latentes, en principio, uno espera que las normas produzcan ciertos efectos sociales que coinciden son los fines queridos y proclamados por el legislador, éstas son funciones manifiestas.

Por ejemplo, cuando se establece una normativa de sanciones de tráfico. Sin embargo, en ocasiones, una norma puede tener un efecto social que no ha sido previsto por el editor, o que ha sido previsto, pero, no ha sido declarado; se habla entonces de funciones latentes. Por ejemplo, las “leyes de extranjería”.¹⁹⁷

¹⁹⁵ **Juan Carlos Campo Moreno**, *Actos preparatorios punibles*, en *Cuadernos de Derecho judicial: Problemas de la autoría*, Bernardo del Rosal Blanco (cood.) (España, Consejo General del Poder Judicial, 1994) 279.

¹⁹⁶ **Fuentes Osorio**, “*La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito*”, 69.

¹⁹⁷ **Manuel Atienza**, *El sentido del Derecho*, 5ª edición (España, Ariel S.A., 2009) 160.

La asunción de un papel protagonista de las funciones latentes, manifiesta abiertamente que el Derecho penal es un instrumento mediante el cual se quiere modificar y reorientar la marcha de los procesos sociales. Dicho de otro modo, se intenta cambiar el rumbo de la comunidad a través de una amenaza punitiva. El Derecho Penal ha dejado ser un mecanismo de control de la criminalidad individual, ahora está al servicio de las necesidades sociales. En otros términos, la actuación penal se decanta por la exaltación de las mencionadas funciones, puesto que ya no se trataría en muchos casos de la protección de intereses concretos referidos directamente a las personas sino, más bien, de la protección de instituciones, de modelos de organización social o de unidades funcionales a las que se atribuye un valor.¹⁹⁸

Desde luego lo antes comentado supone, la comprensión de las funciones latentes en el mismísimo ámbito del funcionalismo, que, suponen sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma.¹⁹⁹ Lo anterior implica alejarse de la calificación de un ataque peligroso a un bien jurídico, según parece nocivo y, se intenta demostrar que la acción perturba la norma penal protectora del bien jurídico, y el estado de integridad de la sociedad que ya no puede demostrarse más por la intangibilidad de los bienes jurídicos.²⁰⁰

En consecuencia, la tendencia funcional nos conduce al establecimiento de la protección de las funciones de la norma penal, que en sí misma también contiene las reglas de configuración que favorecen al clima del mantenimiento del sistema y de un diseño organizacional que no puede concebirse más por la integralidad solamente de sus intereses sociales, sino que, exigen una respuesta penal al proceso de comunicación.

¹⁹⁸ **Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 73.

¹⁹⁹ **Jakobs**, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 17 y 18.

²⁰⁰ **Jakobs**, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de Derecho penal*, 295.

Incluso aceptado la finalidad protectora derivada de la función propia del bien jurídico no puede defenderse recurrentemente al grado de su afectación por la acción perturbadora de la norma, por tanto debe recurrirse a una redefinición del bien jurídico, como lo hace Terrancillos desde una óptica “*material funcionalista*”, que difícilmente vendría a ser tachada, como artificiosa, arbitraria o expansiva;²⁰¹ sí es vinculada a la necesidad demandante de protección social y el mantenimiento de la configuración del modelo funcional de sociedad, a efecto de justificar la anticipación de la tutela penal por la infracción a la vigencia de la norma penal, sin entorpecer la función político criminal del bien jurídico que delimita del *ius punendi*, y establecer una verdadera arremetida de protección de los intereses colectivos.

Por otro lado, se encuentra la posición que propone Corcoy Bidasolo, que la función debe verse como estabilizador de la norma. Entonces si la función restrictiva del bien jurídico puede ser discutida, la función de estabilización de la norma no es necesaria, simplificando esta doctrina como la norma una vez creada debe ser respetada.²⁰²

Desde esta perspectiva, la función manifiesta constituye el cometido del derecho penal (la estabilización y mantenimiento del sistema), y –por ello- se conecta estrechamente con la *ratio* del derecho, y con la idea de la vigencia las normas.²⁰³

En definitiva, mediante el adelantamiento de las barreras el Derecho penal moderno busca una protección del bien jurídico más efectiva: Cuanto más se adelante la intervención penal menor será la posibilidad de que se lesione el bien tutelado. Así por ejemplo, no son pocos los autores que defiende que los delitos de peligro abstracto consiguen una mejora en la protección del bien jurídico que debe ser positivamente valorada o que los delitos preparatorios son supuestos de extensión de

²⁰¹ **Terradillos Basoco**, *Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico*, 99 y 100.

²⁰² **Corcoy Bidasolo**, *Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales*, 54.

²⁰³ **Miguel Polaino Orts**, *Vigencia de la norma: El potencial sentido de un concepto*, En *funcionalismo en Derecho Penal*, tomo II, 84.

punibilidad, necesarios porque son el único modo de garantizar una protección efectiva del bien jurídico.²⁰⁴

2.1.6.2 Dimensión ideológica.

Desde la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, suele considerarse al Derecho penal como un instrumento de defensa de valores fundamentales de la comunidad, un deseo loable no siempre satisfecho en la práctica.²⁰⁵

La anticipación de la actuación penal, también posee una función ideológica asumida con la intención de consolidar un sistema de valores de orden social, teniendo como objetivo común que el individuo internalice esos valores hasta el punto de aceptarlos como propios y que sus relaciones sociales se comporten conforme a dichos valores. La interiorización de estos valores habrá de generar en el individuo controles internos que condicionaran su comportamiento conforme a la norma social.²⁰⁶

Es evidente que el concepto de riesgo dependerá necesariamente de la auto comprensión de la sociedad y el orden relativo de valores (o preferencias) en que aquella se plasme. En el significativo cambio de la auto comprensión social producido en las últimas décadas se halla, pues, también la base de la modificación del producto referido al cálculo. Así, la disminución de los niveles de riesgo permitido es producto directo de la sobrevaloración esencial de la seguridad –o libertad de no pasión – frente a la libertad –de acción-.²⁰⁷

Dilucidado que fue lo anterior, se debe concebir que, en la sociedad moderna las mismas decisiones humanas se ha venido convirtiendo en el principal hecho generador de peligros, lo cual inevitablemente nos conduce a que en las sociedades tecnológicamente avanzadas se suple el control social realizado tradicionalmente a

²⁰⁴ **Fuentes Osorio**, “La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito”, 71 y 72.

²⁰⁵ **Muñoz Conde y García Arán**, *Derecho penal: Parte general*, 10 edic., 63.

²⁰⁶ **Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée**, *Lecciones de Derecho Penal* (Madrid, Editorial Trotta, 1997) 1:16.

²⁰⁷ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 45.

través del Derecho –un control coactivo y a *posteriori*- por otras técnicas alternativas que no se basan en la fuerza física, sino en el poder ideológico, como los medios de comunicación de masas, la propaganda, etc.²⁰⁸

A través, del Derecho penal se crea de forma progresiva un esquema normativo en la mente de cada individuo, esquema con el que el sujeto coteja con posterioridad cada situación concreta y que, por consiguiente, despliega el efecto de un control “*desde dentro*”.²⁰⁹

La protección de los “*valores ético sociales de la actitud interna*” no excluye la de los bienes jurídicos, ya que ambos están a diferentes niveles. La vigencia de los valores ético sociales de la actitud interna es la condición de posibilidad de la protección de los bienes jurídicos.²¹⁰

Además el Derecho penal en la modernidad abandona de alguna manera su papel de gendarme, para intentar sensibilizar a la población a efecto de que aprecie los valiosos intereses colectivos, en este contexto aparece lo que Bobbio retomó como “*función promocional*”, en el Estado contemporáneo se hace cada vez más frecuente el uso de éstas técnicas de alentamiento, es decir, entre la afirmación de una tarea meramente protectora, que se realiza normalmente mediante la técnica de las medidas negativas, y la afirmación de una tarea promocional, que se realiza normalmente a través de medidas positivas -o medidas de estímulo o de incentivación-.²¹¹

Pero, así mismo, existe igualmente un proceso de insensibilización. La falta de tipificación de ciertos comportamientos o el carácter limitado de la persecución penal influye en la comunidad que cree que los delitos por ciertos grupos sociales, en

²⁰⁸ **Atienza**, *El sentido del Derecho*, 147.

²⁰⁹ **Fuentes Osorio**, “*La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito*”, 105.

²¹⁰ **Hassemer y Muñoz Conde**, *Introducción a la Criminología y Derecho Penal*, 101.

²¹¹ **Norberto Bobbio**, *Contribución a la Teoría del Derecho*, (Madrid, Debate1990) 379-380.

ámbitos concretos (especialmente en el ámbito medio ambiental, económico y tecnológico) son conductas irrelevantes o no tan reprochables como otras.²¹²

Lógicamente la actuación del legislador hacia ampliación de la intervención penal a esos ámbitos, tiende a ser maniobrada por grupos sociales o ciertas empresas que juegan un papel más o menos determinante en el establecimiento de muchas normas jurídicas: “*los verdaderos*” *legisladores*” son muchas veces no las autoridades políticas, sino los grupos de presión.²¹³

Por otro lado, también tienen incidencia en la modernidad, otros sectores sociales con un poder económico insuficiente, pero que, conciben la acogida de la nueva política criminal intervencionista y expansiva contra la criminalidad de los poderosos²¹⁴, es decir, la ampliación de la tutela penal hacia intereses de todos y, por supuesto incentivan ideológicamente a la gran mayoría, favoreciendo a la consolidación de los mismos.

En resumen, la norma penal pretende provocar una reacción positiva hacia lo recogido en ella, obliga a una toma de conciencia de la sociedad y la induce al respeto de su contenido.²¹⁵

2.1.6.3 Dimensión política.

La alarmante sensación de inseguridad se intensifica en la modernidad, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la “*inseguridad sentida*” – o como la *sociedad del miedo*- en buena medida se debe a la sobre información, a la que se suma la falta de criterio de su manejo, desde luego es producto de una revolución en las telecomunicaciones que da lugar a un vértigo, que, no puede sino

²¹² **Fuentes Osorio**, “*La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito*”, 106.

²¹³ **Atienza**, *El sentido del Derecho*, 136.

²¹⁴ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 56.

²¹⁵ **Fuentes Osorio**, “*La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito*”, 111.

traducirse en términos de inseguridad social y, se suma la dificultad de obtener una información fidedigna.²¹⁶

Apuntada la caracterización de la colectividad en la modernidad, son evidentes las crecientes necesidades de tutela penal en una sociedad cada vez más compleja y donde se constata, como lo expusiera Von Hirsch, una extremada politización de la política penal, y el aumento de la impaciencia del público frente al delito.²¹⁷

Indudablemente debido a la presión social y la opinión pública, no es de extrañarse que la actuación estatal se reconduzca hacia la preeminencia por la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social: La contundencia y capacidad socializadora del Derecho criminal se consideran más eficaces en la prevención que otras medidas de política económica o social, o que intervenciones llevadas a cabo en el seno de otros sectores jurídicos.²¹⁸

Entonces la política criminal en la sociedad del riesgo, es la decisión acerca de retroceder la incriminación a etapas anteriores que, se caracterizaría por una tendencia al Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, protege más bienes y distintos y, además, los protegen antes, es decir, en un estadio previo a la lesión del bien jurídico.²¹⁹ Precisamente, lo que pretende es alejar a la víctima del Derecho penal material e ir sustituyendo la causación del daño por su puesta en peligro y, tiende por ende a convertirse en un instrumento de finalidades políticas.²²⁰

De modo que, el Derecho penal moderno tanto la producción legislativa, como su aplicación práctica, tiende a estar al servicio de las necesidades políticas. Eso es innegable. Pero, el sometimiento a los fines de la política estatal no genera *per se* una degradación del Derecho penal. Ésta tiene lugar únicamente cuando sus estructuras

²¹⁶ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 32 y 33.

²¹⁷ **Campo Moreno**, *Actos preparatorios punibles*, 16.

²¹⁸ **Díaz Ripollés**, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, 4.

²¹⁹ **Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 44 y 45.

²²⁰ **Hassemer y Muñoz Conde**, *Introducción a la Criminología y Derecho Penal*, 31.

son suplantadas por las leyes de la demanda social y la oferta pública, es decir, por la leyes del mercador electoral.²²¹

Lo anterior desde luego reconduce a la actividad legislativa que pretende la modificación de los tipos penales existentes, la introducción de un elenco de conductas típicas de peligro, la sujeción de infracciones penales a fases previas del *iter criminis*, la utilización de tipos considerados como omnicomprendivos y otros instrumentos en el combate de la criminalidad organizada, que demuestran la respuesta de la política punitiva del Estado por intervenir prematuramente o adelantar la actuación penal para la protección de los interés o valores individuales o colectivos

Pero, no se trata sólo de la ampliación cualitativa que lleva a definir nuevos comportamientos penalmente relevantes o del aumento puramente cuantitativo de la reacción punitiva, sino de un desarrollo que se produce en un contexto más amplio en el que destacan distintos rasgos que tiene en común su carácter expansivo y una inclinación a la anticipación de la intervención penal, auspiciada por demandas crecientes de seguridad que se quiere satisfacer a través de una más amplia y más intensa protección penal y la consecución, por estos medios, de mayor eficacia en la respuesta penal.²²²

2.1.7 Criterios de ordenación de la anticipación de la tutela penal.

Definitivamente es una tarea complicada apoyarse en las líneas comunes de ordenación, confluyen de hecho en su elaboración muchos autores, esto es así, porque sus planteamientos se desarrollan en planos paralelos y, a menudo son convergentes.

No obstante, este documento se ha vinculado con la estructura que fue propuesta por en la monografía de Fuentes Osorio denominada: “*Formas de Anticipación de la Tutela penal*”, eso sí sin descartar los deslindes efectuados por Sánchez García De Paz, en su trabajo titulado: “*El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*”.

²²¹ Fuentes Osorio, “*La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito*”, 118.

²²² Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 21.

Para mayor claridad son dos los criterios de ordenación de la anticipación de la actuación penal: a) Por el emplazamiento en función del camino del delito o b) En función del juicio del riesgo.

El análisis aislado de ambos criterios no debe ocultar los vínculos existentes entre ellos. Las fases del *iter criminis* se castigan porque contiene una peligrosidad que se consideran penalmente relevante. Los delitos de peligro representan la persecución penal de conducta que no lesiona necesariamente el bien jurídico, que ocupan una posición dentro un *iter criminis* concreto, y que deben tener una sanción proporcional a su situación en escala de proximidad la consumación de la lesión del bien jurídico.²²³

Por supuesto que, entre uno y otro, hay una conexión natural, debido a que aún y cuando estas técnicas se ordenen en criterios distintos, todas integran la categoría denominada delitos anticipatorios o de “*consumación anticipada*”, como los denominan Muñoz Conde y García Arán, cuando el legislador no espera a que se produzca el resultado lesivo que con la prohibición penal se trata de evitar, sino que declara ya consumado el hecho en un momento anterior.²²⁴

Lo anterior se reafirma con los comentarios de Zaffaroni, la anticipación punitiva es el que da lugar a los delitos de peligro, con los cuales se conecta la tentativa mediante una relación de especificidad. Es decir, tentativa y delito de peligro, como programación general y específica forman parte de la misma categoría de anticipaciones punitivas.²²⁵

2.3. En función del emplazamiento dentro del iter criminis.

Este estudio debe partir de la expresión de su origen latino cuya traducción es “*en camino o en proceso para la consumación del delito*”,²²⁶ en el Derecho penal, se

²²³ Fuentes Osorio, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 8.

²²⁴ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal: Parte general*, 8ª edic., 412.

²²⁵ Zaffaroni, *Derecho penal: Parte general*, 809.

²²⁶ Nelson Nicoliello, *Diccionario del Latín Jurídico*, (Argentina: Euros Editores S.R. L., 2004) 149.

erige como teoría acerca del actuar del delincuente, que, hace posible concebir su examen desde la ideación en su pensamiento, su progresión hacia la deliberación y la decisión de exteriorizar sus actuaciones ya perceptibles sobre la planificación y/o preparación con la finalidad consumar formal y materialmente el agotamiento de los elementos descritos en un hecho descrito como penalmente relevante.

2.3.1 Consideraciones previas.

Previo a sentar las bases sobre este criterio de ordenación, estimó necesario verter algunos argumentos que resultan ser valiosos para la comprensión del mismo, de ahí que, se deberá partir de la conceptualización del *iter criminis*, de igual manera, se debe asentar brevemente la distinción de sus fases -interna y externa- con el énfasis por supuesto en los actos preparatorios y, el fundamento doctrinario que distingue la separación entre ellos y los actos ejecutivos.

2.3.1.1 El camino del delito.

La terminología se puede comprender como todo proceso psicológico de incubación del propósito delictivo hasta la perpetración del delito, con la consideración jurídica y social, en cada etapa, de la punibilidad y peligrosidad de la actitud y del sujeto.²²⁷

En tanto, el tratadista Jiménez de Asúa, nos ilustra de la manera que sigue: El “*iter criminis*” supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes.²²⁸

Esta concepción teórica surge desde una perspectiva naturalista, en la cual se atestigua el nacimiento, desarrolló y fallecimiento de una entidad, de ahí que, en la dogmática penal se estudie y examine la evolución proyectada de desde el

²²⁷ **Guillermo Cabanellas De Torres**, *Diccionario Jurídico Elemental*, 16ª Edición, (Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 2003) 205.

²²⁸ **Luís Jiménez de Asúa**, *Principios de Derecho Penal: La ley y el delito*, 458.

pensamiento de un delincuente que concibe en su interna multiplicidad de ideas sobre la planificación de un crimen, que en un progreso notable sale a la luz, con la exteriorización del mismo a otros -terceros- que perciben o no la culminación del mismo.

Entonces, el hecho doloso recorre un camino más o menos largo, -en el llamado “*iter criminis*”-, va desde el surgimiento de la decisión de cometerlo hasta la consecución de las metas últimas pretendidas con su comisión, pasando por su preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico.²²⁹

En virtud de lo hasta ahora expuesto, se puede establecer que, el camino del delito tiene dos fases fundamentales: La fase interna, que tiene lugar en la intimidad del delincuente que comprende la “*ideación*”, “*deliberación*” y “*resolución delictiva*”. La externa, que sigue en el tiempo a la anterior, comprende las acciones que son perceptibles por otros, como lo son “*actos preparatorios*”; la “*tentativa*”, y los actos de “*ejecución y consumación*”, que se creen susceptibles de diferenciar objetivamente, aunque hay reconocimiento unánime de que en la realidad esa distinción es compleja y ambigua, aun recurriendo a criterios objetivos y subjetivos en conjunto.²³⁰

2.3.1.2 Fase interna.

Esta etapa del delito se desarrolla en la íntegramente en el interior del pensamiento del sujeto. La ideación se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo.²³¹ Mientras que, la deliberación puede ser más o menos

²²⁹ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal: Parte general*, 8ª edic, 411.

²³⁰ Mario Garrido Montt, *Derecho penal: Parte general*, Tomo II, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Etapas de concreción del delito*, 4º Edición, (Chile, Editorial Jurídica, 2005) 261.

²³¹ Bacigalpo, *Derecho penal: Parte general*, 462.

breve, e incluso faltar. Pero la resolución, más o menos lucida, es el presupuesto de todo hecho doloso.²³²

En otros términos, transcurre en la mente del autor un proceso psicológico de ideación, que comprende la representación mental del delito, querido por el agente, y la apreciación de lo que estima sus dificultades e implicaciones jurídicas y morales. El autor delibera, calcula los pro y los contra, puede planificar, puede decidir llevar a efecto la conducta prohibida por la norma, puede incluso hacerse la declaración correspondiente, a condición en este supuesto de no estar ante la amenaza o instigación.²³³

De lo anterior se desprende que la ideación gravita en el pensamiento del delincuente, es la génesis del ideal criminal, en tanto la deliberación vendría siendo el desarrollo de ese esquema mental relativo a la selección de las circunstancias y los instrumentos que se consideran válidos para reafirmar la viabilidad del plan delincuencial; por último la resolución se considera como la decisión del criminal de poner en práctica su propósito trazado en el mundo exterior.

Acorde al elemental principio *cogitationis poenam nemo patitur* –no se castigan los pensamientos–, todos estos momentos integrantes de la fase interna son, por sí mismos, completamente irrelevantes para el Derecho penal. Y son irrelevantes porque, como ya vimos con anterioridad, el pensamiento a secas no es punible, para su castigo es absolutamente imprescindible la exteriorización de la voluntad, pues para que exista un hecho humano, ha de haberse manifestado o exteriorizado la voluntad criminal, cosa que no sucede en esta fase interna.²³⁴

La impunidad de los pensamientos se sustenta fundamentalmente en dos razones: La dificultad de controlarlos (principio de evitabilidad) y su pertinencia al ámbito

²³² **Santiago Mir Puig**, *Derecho penal: Parte general*, 10 edic. (Barcelona, Editorial Reppertor, 2016) 337 y 338.

²³³ **Javier Villa Stein**, *Derecho penal: Parte general* (Perú, Ara Editores, 2014) 345

²³⁴ **Orts Berenguer y González Cussac**, *Compendio de Derecho penal: Parte general*, 269 y 270.

estrictamente interno (mando de neutralidad del Derecho). Si mediante alguna fórmula se llegase a sancionar un suceso que tiene lugar en el ámbito interno de desarrollo, se estaría destruyendo el reconocimiento de la persona como sujeto libre y autónomo.²³⁵

2.3.1.3 Fase externa.

En esta fase del delito aparece otra frontera esencial, otro salto cualitativo entre los diferentes pasos de la realización del hecho típico. Esta nueva frontera se sitúa en el inicio de la ejecución del hecho, hasta el punto de que establece un antes y después de la fase externa.²³⁶

Pero, cuando la resolución de delinquir comienza a traducirse en actividad externa, no por ello la exteriorización hace tal actividad punible. Ha de colocarse la línea divisoria, entre actos preparatorios –impunes en principio lo cual obedece a la propia configuración clásica del Derecho penal, el cual sanciona acciones u omisiones-²³⁷, y de ejecución, en el cumplimiento de la descripción típica normativa.

La preparación del delito, está conformada por actos exteriores plenos, desvalorados como tales en atención a su proximidad a lo que es propiamente la ejecución del delito o tentativa. No se castiga, por tanto, una resolución delictiva, ni un acto interno, sino un acto externo muy próximo a la ejecución del delito y que precisamente se pune porque es difícil diferenciarlo.²³⁸

Se trata pues, de actos externos dirigidos a procurar las condiciones o los instrumentos necesarios para la realización del delito sin entrar aún en su ejecución.²³⁹

²³⁵ **García Caverro**, *Derecho penal: Parte general*, 808.

²³⁶ **Orts Berenguer y González Cussac**, *Compendio de Derecho penal: Parte general*, 270.

²³⁷ **Campo Moreno**, *Actos preparatorios punibles*, en *Cuadernos de Derecho judicial: Problemas de la autoría*, 278.

²³⁸ **Joaquín Cuello Contreras**, *El Derecho penal Español: Parte General, volumen II*, (Madrid, Dykinson, 2009) 17.

²³⁹ **García Caverro**, *Derecho penal: Parte general*, 808.

El concepto anterior cobra significación sistemáticamente recién cuando se define a partir de lo material, de la agresión a la norma social realmente protegida.²⁴⁰ Entonces lo que parece definible y, como la regla excepcional de la punición son los actos preparatorios previstos en el art. 23 CP, determinando la punibilidad de la proposición –inciso 1º- y la conspiración –inciso 2º- en los casos expresamente establecidos.

Pero, luego nos encontramos con un segundo grupo de actos punibles que pueden considerarse como independientes o autónomos en la Parte Especial, sin embargo, cuando tal cosa ocurre, la ley no aplica sanción por estos hechos en calidad de actos preparatorios, sino que los erige en figura delictiva especial y distinta, cuya penalidad no está regida por la otra figura delictiva, sino que es propia y diferente.²⁴¹

En tanto, la tentativa de delito es una acción objetiva y subjetivamente típica del respectivo delito, aunque a la vez diferente, en función de un dispositivo amplificador de la tipicidad que permite captar la acción en su dinámica desde el comienzo de su ejecución y hasta que se completa la tipicidad del delito (consumación). Se trata de un delito incompleto en orden a que aún no ha sido integrado totalmente, pero, no por la ausencia de características típicos estructurales, sino porque estos aún no se han realizado en el tiempo.²⁴² Por supuesto que puede agregarse un último elemento que, es su faz negativa, considerada como la no culminación del hecho ilícito.

En el Derecho penal era tradicional hacia una distinción entre el intento inacabado (la anterior tentativa), como el acabado fallido (la anterior frustración).²⁴³ Esta distinción, que se basaba en una diferencia valorativa entre una y otra figura, según su proximidad a la consumación del delito, fue relativizada y, se propuso sustituirla por

²⁴⁰ **Günter Stratenwerth**, *Derecho penal: Parte General I El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, (España, Aranzandi- Thompson Reuters, 2005) 276.

²⁴¹ **Alfredo Etcheberry**, *Derecho Penal: Parte general*, 3ª edic., tomo III (Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1999) 53.

²⁴² **Zaffaroni**, *Derecho penal: Parte general*, 809.

²⁴³ **Mir Puig**, *Derecho penal Parte general*, 355.

tentativa acabada e inacabada, tanto en orden a la determinación de la pena, como al desistimiento de alcanzar la consumación.²⁴⁴

De lo anterior, se desprende que la tentativa es una conducta punible que, se halla objetivamente entre la preparación a veces punible y la fase de ejecución, como sinónimo equivalente al de consumación, siendo ambos naturaleza formal y están referidos al tipo delictivo concreto de cuya ejecución se trata.²⁴⁵

Entonces la consumación presupone que estén satisfechos todos los elementos del respectivo tipo delictivo.²⁴⁶ Si bien el momento en que opera la consumación por definición se excluye toda la punibilidad por tentativa, esto requiere algunas precisiones, ya que no siempre la consumación se agota la ejecución del delito, pues con frecuencia la consumación formal se distancia del agotamiento natural, dando lugar al delito consumado pero no agotado.²⁴⁷ Distinta de la consumación formal es la consumación material, agotamiento o terminación del delito, en la que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía.²⁴⁸

2.3.1.4 El fundamento de la punición de los actos previos a la consumación.

Debemos partir de las consideraciones anteriores, la fase externa del camino del delincuente, es un paragón entre los actos preparativos y los actos ejecutivos dirigidos a la consumación o agotamiento entendido como la satisfacción de alcanzar el propósito criminal trazado, desde luego entre una y otra de las etapas, se encuentra una intermedia que puede dar lugar por alguna circunstancia que impida al delincuente cumplir con su objetivo criminal.

²⁴⁴ **Muñoz Conde y García Arán**, *Derecho penal: Parte general*, 8ª edic., 420.

²⁴⁵ **Muñoz Conde y García Arán**, *Derecho penal: Parte general*, 10ª edic. (Valencia, Tirant lo Blanch, 2019) 394.

²⁴⁶ **Helmut Frister**, *Derecho penal: Parte general*, 4ª edic. trad. Por María de las Mercedes Galli (Argentina, Hammurabi, 2016) 155.

²⁴⁷ **Zaffaroni**, *Derecho penal: Parte general*, 820.

²⁴⁸ **Muñoz Conde y García Arán**, *Derecho penal: Parte general*, 8ª edic., 412.

Es conveniente entonces en este apartado enfocarse en la tarea a fin de encontrar una delimitación entre acciones preparatorias y ejecutivas, para lo cual se aportan distintos criterios que debe entenderse por “*principio de ejecución*”, y así encontrar la fórmula más precisa con respecto al comienzo de la tentativa.²⁴⁹

Cabe destacar que, la disputa sobre el fundamento entre las distintas teorías recae por definir los límites de la punibilidad, en razón de que tocan el núcleo de la teoría del ilícito penal, es uno de los temas más discutidos y controvertidos en la dogmática de la Parte general. En ningún otro punto ha repercutido tanto como en éste la contraposición entre teorías del delito.²⁵⁰

La problemática surgió ante las insuficiencias de una teoría puramente formal para solventarla, por ello emergieron variantes teóricas de la misma u otras de naturaleza objetiva -que atienden a la puesta en peligro- o subjetivas –en relación al plan del autor- e inclusive una postura ahora dominante, que es una teoría intermedia o mixta,²⁵¹ aunque todavía no está totalmente perfilada, para un sector cada vez menor de la doctrina que aduce algunos inconvenientes.

En virtud de lo compendioso, no resulta operante el abordaje doctrinario de cada una de las posturas doctrinales que, han emergido en el devenir histórico de la dogmática penal ofreciendo una serie distinta de fundamentos, porque no es el objeto principal de este trabajo, sin embargo, sí se ofrecerá a continuación un despliegue doctrinario concreto a partir de la agrupación de las formulaciones posibles: Objetivas, subjetivas y mixtas.

²⁴⁹ **Elena Farré Trepas**, *La tentativa del delito*, (Barcelona, librería Boch, 1986) 220.

²⁵⁰ **Stratenwerth**, *Derecho penal: Parte general I, El hecho punible*, 279.

²⁵¹ **Muñoz Conde y García Arán**, *Derecho penal: Parte general*, 8ª edic., 418.

2.3.1.4.1 Teorías objetivas.

Estas teorías clásicas eran dominantes todavía en la ciencia penal alemana hasta las primeras décadas del siglo XX,²⁵² sostienen que la razón del castigo es la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Ello explicaría que, aún dirigidas por una misma finalidad subjetiva, se castiguen de diversa forma la preparación (cuando es punible), la ejecución imperfecta y la consumación.²⁵³

Estos planteamientos aparecen claramente fundamentados desde un punto de vista garantista, en cuanto solo se van a castigar aquellas exteriorizaciones de procesos subjetivos que produzcan un resultado; el ciudadano tiene así total claridad sobre la punibilidad de sus comportamientos.²⁵⁴

El precursor de ésta apuesta doctrinaria fue Johann Anselm Feuerbach a comienzos del siglo XIX, por su destacada exposición de la punibilidad de la tentativa, en su “*Critica al proyecto de Kleinschrod de 1804*”, donde subrayó su solución teórica objetiva,²⁵⁵ que significó un rompimiento teórico basado en que debía considerarse punible únicamente cuanto entre la acción realizada con la intención de causar el resultado y este último, existe una posible relación causal, que permite afirmar la peligrosidad de la acción, y por lo tanto la tentativa.²⁵⁶

De acuerdo con esta doctrina clásica, en todos los grados del hecho (preparación, ejecución, consumación) el dolo es por naturaleza el mismo, la delimitación de la tentativa frente a la acción preparatoria es buscada en la zona objetiva. Así la tentativa es castigada a causa de la alta probabilidad del acaecimiento del injusto de resultado, que básicamente es afirmada con el comienzo de la ejecución y sólo ante la

²⁵² **Claus Roxin**, *Derecho penal: Parte General*, tomo II *Especiales formas de aparición del delito*, trad. Diego Manuel Luzón Peña y otros, 2ª reimpresión (España, Thomson Reuters Civitas, 2015), 442.

²⁵³ **Mir Puig**, *Derecho penal: Parte general*, 347.

²⁵⁴ **Manuel Bustos Ramírez**, *Manual de Derecho penal: Parte general*, 4ª edic. (Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994) 440 y 441.

²⁵⁵ **González Mateos**, *Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: Las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España*, 233.

²⁵⁶ **Farré Trepas**, *La tentativa del delito*, 283.

conurrencia de la idoneidad de la acción, conduce a una restricción de punibilidad frente a la acción preparatoria y el rechazo del castigo de la tentativa absolutamente inidónea.²⁵⁷

La crítica de esta teoría, podría partir del peligro, como concepto cuantificable, no permite trazar un límite normativo entre la tentativa y los actos preparatorios. Téngase en cuenta, que el peligro para el bien jurídico aparece desde que el autor adopta la resolución delictiva y de manera ininterrumpida a lo largo de los actos preparatorios y ejecutivos.²⁵⁸

En el año de 1897, apareció la fórmula de Frank, para los fines de la demarcación de una teoría material-objetiva que fue difundida en su *kommentar zum Strafgesetzbuch* de 1931, determinando lo siguiente: Se encuentra un principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que, en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como elementos de la misma, según la concepción natural.²⁵⁹

El autor alemán intento precisar el término “necesario”, de por sí tan extenso. También Viada le había parecido impreciso; por ello concreto que, para ser ejecutivo, el hecho precisa una tendencia, además de “necesaria”, “directa y racional”, y aún una relación “inmediata” con el hecho típico.²⁶⁰

Los anteriores lineamientos sobre los criterios objetivos sostienen los siguientes puntos neurálgicos: Primero, solo se castigan determinados actos preparatorios, cuando aparezca claramente aconsejable desde la importancia del bien jurídico o por razones de política criminal y, ²⁶¹ segundo, se efectúa una clara distinción en el desarrollo secuencial del hecho, si la lesión se produce, el hecho está consumado y merece todo el rigor de la pena; si solo se puso en peligro el bien protegido, como

²⁵⁷ **Jescheck y Weingend**, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, 551.

²⁵⁸ **José Ramón Serrano-Piedecasas**, *Fundamento de la punición en la tentativa*, publicado en la revista Nuevo Foro Penal N° 61, (España, 1999) 7.

²⁵⁹ **Mezger**, *Derecho penal: Parte general*, 282.

²⁶⁰ **Farré Trepas**, *La tentativa del delito*, 188.

²⁶¹ **Bustos Ramírez**, *Manual de Derecho penal: Parte general*, 440.

sucede con el delito intentado, también el comportamiento se pena, pero con una sanción menor. Si la conducta no provoca ningún riesgo, no puede castigarse; es la lesión o peligro del bien jurídico lo determinante.²⁶²

2.3.1.4.2 Teorías subjetivas.

A este segundo grupo prácticamente no le importan los elementos de la conducta, sino que pone toda su mira en la persona que comete un acto y su intención criminal.

Esta teorización surgió en paragon al planteamiento de Feuerbach, se opondría de manera substancial Tittmann como partidario de esta teoría, que prefirió apoyarse en las consideraciones de carácter histórico y en la redacción de la *Constitutio Criminalis Carolina*, un texto que, todavía a principios del siglo XIX continuaba desplegando influencia en Alemania.²⁶³

Más tarde en 1872, continuó el despliegue insistentemente de Von Buri, por la teoría subjetiva, conforme a ella, la tentativa se castiga en cuanto significa una manifestación de voluntad. De otro modo habría que dejarla impune, puesto que carece de resultado, influyó de tal manera en el Tribunal Imperial Alemán²⁶⁴ que cambió hacia su orientación a partir de 1880 y exacerbó hasta la Escuela de Kiel, en el sentido de abandonar una concepción objetiva y, reconocer, la punibilidad de la tentativa inidónea, además de extenderla tentativa a ciertos actos preparatorios.²⁶⁵

Esta *teoría de la voluntad exteriorizada* prescribía que el objeto de desaprobación de la tentativa se articula alrededor de la existencia de una voluntad contraria a Derecho manifestada externamente, es decir, de la objetivación de una determinada intención delictiva mediante una conducta final. Según esto, los parámetros de fundamentación del delito intentado serían los mismos que el delito consumado. Con ello no podría

²⁶² **Garrido Montt**, *Derecho penal: Parte general*, Tomo II, 264.

²⁶³ **González Mateos**, *Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: Las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España*, 235.

²⁶⁴ **Jiménez de Asúa**, *Principios de Derecho Penal: La ley y el delito*, 488.

²⁶⁵ **Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal* (21).

distinguirse entre tentativa y consumación a nivel de su grado de injusto, ni entre tentativa idónea e inidónea.²⁶⁶

Los positivistas incardinaron sus pensamientos en esta misma dirección, ya que para ellos era suficiente la peligrosidad social del sujeto, no era necesario ninguna exteriorización de ella de carácter delictivo.²⁶⁷

En esa línea, encontramos la *teoría de univocidad* de Carrara, determina que siguiendo los primeros movimientos que imprime al cuerpo aquella voluntad, los cuales, faltos de *unívoca* dirección hacia el delito, no son imputables; tenemos, pues los actos preparatorios. Miremos luego los actos que expresan dirección cierta hacia el delito, pero que aún están muy lejos de su consumación; este es el conato *remoto*. Marchando un poco más, hallamos que un breve intervalo los separa del delito consumado; tal es el conato próximo.

Viene finalmente, el acto de consumación y aquí, si el hecho se realiza, aparece el delito consumado, y si no se realiza, da lugar al delito *frustrado*, si en la serie de actos realizados se registran todos aquellos que eran necesarios para producir el hecho o tenemos el grado máximo de la *tentativa próxima*, si el hecho no sucede por insuficiencia de alguno de los actos necesarios para producirlo.²⁶⁸

Según Gómez de la Serna, la teoría del *dolus-ex-re*, consideró como acto preparatorio aquel del cual lo mismo podría inferirse una acción lícita que un proyecto criminal, mientras que de un acto ejecutiva debe inferirse siempre necesariamente la intención inmediata de cometer el delito.²⁶⁹

Sus consecuencias político-criminales, serían:

²⁶⁶ **Joaquim Bages Santaca**, “*La tentativa en los delitos de peligro abstracto*” (Tesis de doctorado, Universitat de Barcelona, 2017)

²⁶⁷ **Bustos Ramírez**, *Manual de Derecho penal: Parte general*, 441 y **Garrido Montt**, *Derecho penal: Parte general*, Tomo II, 264

²⁶⁸ **Francesco Carrara**, *Tentativa y complicidad o del grado de la fuerza física del delito*, 2ª edic, trad. Vicente Romero Girón, (Perú, Instituto Pacifico, 2017) 96 y 97

²⁶⁹ **Farré Trepas**, *La tentativa del delito*, 187.

En primer lugar, una tendencia a la ampliación de la esfera de los actos ejecutivos punibles, adelantando el momento de su comienzo, a costa de reducir el ámbito de los actos preparatorios impunes. La razón sería que ya desde el principio se manifestaría la voluntad criminal.²⁷⁰

Por otra parte, no tiene sentido la diferenciación, para los efectos de la pena, entre consumación, frustración, tentativa y actos preparatorios, ya en todos existe la misma y completa subjetividad criminal.²⁷¹

Por último, permiten que la tentativa inidónea absoluta pueda castigarse, toda vez que conforme a ella desaparece toda diferencia entre la tentativa idónea y la inidónea, en ambas formas el sujeto inicia la acción y la consumación no sobreviene por causas ajenas a su voluntad.²⁷²

2.3.1.4.3 Teorías mixtas.

Como su denominación lo indica, suelen valorar, por un lado, características subjetivas del hecho, relativas a la voluntad consciente de infringir el imperativo de conducta emanado de la norma; por otro, circunstancias objetivas acerca de la forma en la que el autor exterioriza su voluntad,²⁷³ consecuentemente han sido ampliamente difundidas en la actualidad al punto de considerarles como hegemónicas.

La formulación “*Ansatz-formel*” aceptó abiertamente una posición mixta objetivo-subjetiva que ahora es denominada a la inversa, fue ideada por Welzel fue producto de la acogida tanto en la doctrina científica, como en la jurisprudencia ya durante la vigencia del anterior §43, y su operacionalización en legislativa de Alemania aconteció con la reforma introducía en la reacción al §22 StGB, en 1975, entiende

²⁷⁰ **Mir Puig**, *Derecho penal: Parte general*, 347.

²⁷¹ **Bustos Ramírez**, *Manual de Derecho penal: Parte general*, 441

²⁷² **Garrido Montt**, *Derecho penal: Parte general*, Tomo II, 264.

²⁷³ **Bages Santaca**, “*La tentativa en los delitos de peligro abstracto*”, 111.

que la limitación entre la preparación y ejecución debe hacerse tanto en base a criterios objetivos como también subjetivos.²⁷⁴

Sostiene que la valoración para distinción de acción de preparación y de la ejecución, parte de la voluntad contraria al Derecho que se pone en acción. Lo decisivo no es, en consecuencia, la puesta material del objeto de la acción que se protege, sino el injusto de la acción que se realiza a través de la puesta en marcha del dolo.²⁷⁵

Esta postura se ampara en el plan de autor inclinado a realizar la acción típica principal, que se ajusta a la representación del autor a lo objetivamente acontecido, dando la pauta para la comprensión del comienzo de la tentativa.²⁷⁶ Debe advertirse, pues, que, si bien la teoría objetivo-formal no consiguió establecer un límite máximo satisfactorio del principio de tentativa, sí ha impuesto su dominio en el establecimiento de un límite mínimo, en cuanto que constituye un hecho indiscutido que toda acción ejecutiva, en el sentido ésta teoría constituye tentativa.²⁷⁷

En tanto, la teoría de la impresión, parte de la voluntad delictiva como fundamento del castigo, pero creen necesario limitar éste por exigencias objetivas, como la de que el hecho produzca una conmoción de la colectiva. En otras palabras, el objeto de la punición sería la voluntad, pero el merecimiento de la pena lo decidiría la conmoción del sentimiento de seguridad de la colectividad.²⁷⁸

Teniendo en cuenta sus consideraciones de carácter preventivo-general, de acuerdo con esta vía, la voluntad puesta en marcha frente a la norma de comportamiento es, ciertamente, fundamento de la tentativa; sin embargo, el merecimiento de la pena de la acción dirigida al hecho sólo es afirmado si con ésta se ve afectada la confianza de

²⁷⁴ **Farré Trepát**, *La tentativa del delito*, 173.

²⁷⁵ **Jescheck y Weingend**, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, 552.

²⁷⁶ **Cuello Contreras**, *El Derecho penal Español: Parte General*, 2: 95 y 96.

²⁷⁷ **Farré Trepát**, *La tentativa del delito*, 225.

²⁷⁸ **Mir Puig**, *Derecho penal: Parte general*, 348.

la colectividad en la validez del ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica, pudiéndose menoscabar así la paz jurídica.²⁷⁹

Sobre esa teorización, como bien lo señala Serrano Piedecabras sugiriendo a Hirsch, se trata de una variante de la teoría subjetiva dado que el fundamento del castigo sigue recayendo en la voluntad delictiva del autor y solo se adopta un criterio objeto en lo consistente a la penalidad.²⁸⁰

Sobre el tema central de la delimitación, el profesor Roxin opina que de forma muy inexacta es posible delimitar tentativa y actos preparatorios a partir de la “*impresión perturbadora del Derecho*”. Pues también las decididas disposiciones de preparación de un delito son adecuadas para desestabilizar el sentimiento general de seguridad jurídica. Pero no es posible determinar dónde debe establecerse el límite entre la impunidad y la punición solamente con el criterio de la impresión. Solo es posible hacerlo a partir de la perspectiva (fundada en las bases de nuestro Derecho Penal en el Estado de Derecho) de la proximidad del tipo.²⁸¹

Mientras que, la teoría normativa funcional parte de la orientación por garantizar la identidad, normativa, la Constitución y la sociedad²⁸² en el contexto determinado de la comunicación a través de reglas de configuración, es decir, por medio de normas. Desde esta perspectiva, se puede apreciar la normativización de todas las categorías jurídico penales depurándolas de cualquier componente ontológico, lo que implica una profunda quiebra metodológica respecto a las posiciones dogmáticas tradicionales.²⁸³

En este contexto doctrinal se debe situar el concepto propuesto por Jakobs entendido como “*infracción normativa puesta de manifiesto y próxima al tipo*”, desde este punto de vista implica un daño a la vigencia de la norma y no la lesión efectiva de un

²⁷⁹ **Jescheck y Weingend**, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, 552.

²⁸⁰ **Serrano-Piedecabras**, *Fundamento de la punición en la tentativa*, 16.

²⁸¹ **Roxin**, *Derecho penal: Parte General*, tomo II, 450.

²⁸² **Jakobs**, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 15.

²⁸³ **Serrano-Piedecabras**, *Fundamento de la punición en la tentativa*, 18.

objeto del bien jurídico, de ahí que el fundamento penal de la tentativa sea exactamente el mismo que el de la consumación, sin embargo, en su aplicación en los delitos de resultado lo llevó a sostener que el quebrantamiento de la norma puede estar más fuertemente objetivado en la consumación que en la tentativa.²⁸⁴

En ese orden de ideas, la puesta de manifiesto podría encontrarse en un proceso naturalista de la comunicación misma (no lo comunicado) es, en efecto, un proceso externo, de acuerdo con ello, para que una conducta puede ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva y, de un modo más general, con independencia también de la conducta del autor en su ámbito privado.²⁸⁵

En cuanto al castigo de los actos preparatorios, se puede hacer responsable al sujeto, en la medida que sea imputable, al transformar los pensamientos en un comportamiento corporal y, en concreto, cuando no se puede posponer más cuando el autor o quien actúa como participe (también) no se encuentra en condiciones para desactivar una configuración peligrosa.

En lo que respecta a la tentativa se tiene que atender, además del hecho de dar comienzo inmediatamente a la realización del tipo, al contenido materialmente del comportamiento, y vendría operar como las correcciones que se han de introducir respecto de la punición de actos que, desde una perspectiva material, tiene el carácter de preparatorios, por mucho que formalmente se encuentre configurados como consumaciones.²⁸⁶

En cuanto a las consecuencias políticas criminales de estas teorías integradoras, se resaltan como las más importantes: Que tienen a castigar algunos actos preparatorios,

²⁸⁴ *Ibíd.*, 21.

²⁸⁵ **Jakobs**, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, 302.

²⁸⁶ *Ibíd.*, 304 y 305.

aunque en más casos que las tesis objetivas, además solo cabría establecer una atenuación facultativa en relación a la llamada tentativa inacabada.²⁸⁷

En conclusión, es necesario asumir que, la delimitación doctrinaria de los actos preparatorios y ejecutivos, es un tema que permanecerá todavía en discusión, no hay duda de que todas las posiciones teóricas han pretendido resolver tal dilema, pero, ninguna puede considerarse como predominante porque todas siguen siendo objeto de críticas que opacan su límite punible propuesto.

No obstante, se puede deducir que nuestro ordenamiento penal está alineado con una teoría objetiva producto de una herencia hispánica, por ello, los hechos deben analizarse a luz de un observador imparcial que deberá evaluar el plan del autor que se clarifica a través de actos que se perciben exteriormente y, como próximos a la puesta en peligro del bien jurídico.

Este planteamiento guarda concordancia con la postura arrogada por nuestro legislador, en el art. 24 CP, por una decisión de política criminal para delimitar el inicio de la ejecución, pero, advirtiendo que textualmente no se puede concebir ese criterio delineado.

Además es evidente que, para los efectos de este trabajo investigativo, debería inclinarse hacia exposición de Jakobs, a partir del comportamiento material del ciudadano que externa determinados pensamientos a otros conduciendo a la peligrosidad de sus acciones, que, definitivamente pueden ser perturbadoras en la medida que no pueda evitarse una transición hacia la tentativa entendida como *“infracción normativa puesta de manifiesto y próxima al tipo”*, que evidentemente podrá estimar como un comportamiento objetivo de menor intensidad que el rompimiento normativo vislumbrado desde luego con una progresión que culmina con el rompimiento normativa debido a la consumación.

²⁸⁷ **Bustos Ramírez**, *Manual de Derecho penal: Parte general*, 444.

2.3.2 Formas de anticipación de la punibilidad.

Para nada es discutible que el Derecho penal moderno tiene un enfoque preventivo y supone la determinación del adelantamiento de la barrera punitiva para la protección de bienes o funciones, esa actuación se puede abordar desde la formulación cronológica de la fase externa del delito que, se descompone en diversas etapas entre un comienzo y un fin del camino delictivo; por supuesto que estamos hablando de los actos preparatorios y los de ejecución, y entre ellos, una fase intermedia -denominada tentativa- que también goza de apreciación.

2.3.3 Delitos de tentativa.

La tentativa es la creación, a través de medios materiales, de un peligro que, enjuiciado sobre la base de la representación del autor, resulta próximo a la realización típica; o bien, cuando ya *ex ante* es previsible la carencia de peligrosidad de dicha acción, una infracción típica de la norma que, a juicio del legislador, constituya una perturbación del Derecho de cierta entidad.²⁸⁸

Es decir, los denominados delitos, son una forma de consumación anticipada, denominación que engloba a aquellos en los que el legislador entiende plenamente se realiza el tipo con la mera ejecución de los actos que tiendan a producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.²⁸⁹

No hay duda que la intervención estatal en la implementación de esta técnica encuentra argumentos válidos y sólidos en la sanción de las actividades consecuentes a los actos preparatorios, que objetivamente representa el inicio de la lesión y, con ello su propósito el de evitar la consumación. Así pues, la tentativa se puede reafirmar que es una técnica del ámbito previo de actuación penal, se identifica generalmente por su configuración dependiente de otro tipo penal básico.

²⁸⁸ **Roxin**, *Derecho penal: Parte General*, tomo II, 434.

²⁸⁹ **Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 47.

Por cierto, al igual que la preparación, una conducta puede que estructuralmente, representar aún una tentativa, sin embargo, puede estar configurada como un delito autónomo²⁹⁰ o también llamado *delictum sui generis* que son aquellos que se derivan de otra figura delictiva, pero que adquieren autonomía en cuanto a la entidad de su injusto, desarrollando incluso sus propios tipos penales derivados.²⁹¹

2.3.3.1 Delitos de tentativa de la autoría.

Se sancionan comportamientos que no se consuman materialmente la lesión del bien jurídico tutelado, pero, que representan un inicio de la lesión, o poseen capacidad suficiente *ex ante* para ello, de este concreto bien jurídico.²⁹²

Según Orts Berenguer y González Cussac, las notas esenciales de la tentativa, en principio es porque viene constituida por el llamado elemento objetivo, consistente en dar comienzo a la ejecución; es decir, intentar llevar a cabo el delito. La tentativa implica el principio de la ejecución del hecho delictivo. En segundo lugar, la tentativa precisa de un elemento subjetivo, que al igual que en los actos preparatorios, exige una voluntad de llevar a cabo los actos ejecutivos y, además, también ha de abarcar como finalidad la realización total, o sea, la consumación, del hecho delictivo concreto. Existe una tercera característica, que es la “*no consumación del delito*” o la negativa y, ha de estar originada, ser consecuencia o deberse a causas independientes de la voluntad del autor.²⁹³

Nuestro art. 24 CP, determina el alcance punitivo de la tentativa, cuando el agente, da comienzo o practica los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación, pero, no lo logra por causas extrañas, entonces se puede afirmar que éste ámbito de punición es el que delimita los actos precedentes, cuando el sujeto da inició a la ejecución –lo cual fue captado por hechos

²⁹⁰ **Stratenwerth**, *Derecho penal: Parte General I El hecho punible*, 277.

²⁹¹ **García Caverro**, *Derecho penal: Parte general*, 405.

²⁹² **Fuentes Osorio**, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 9.

²⁹³ **Orts Berenguer** y **González Cussac**, *Compendio de Derecho penal: Parte general*, 277.

exteriores- pero, no llega a la consumación del mismo por causas extrañas o no predecibles.

Ahora bien, debemos acoplarnos a la opinión del profesor Fuentes Osorio, respecto a que no puede considerarse a estos delitos de tentativa de autoría como una manifestación en sentido estricto de la anticipación de la tutela penal, por son una tentativa en sentido material que poseen una capacidad lesiva directa ex ante.²⁹⁴

2.3.3.2 Delitos de tentativa de la participación.

El Derecho penal también castiga actos anteriores a la consumación, si van dirigidos a ella (tentativa) e intervenciones activas de otros sujetos que no puede calificarse propiamente como autores o de varios autores de un delito. Para evitar en cada uno de los tipos referencias a estas particulares modalidades de conducta, se regulan excepciones previstas en los tipos de la Parte Especial del Código Penal y leyes especiales.²⁹⁵

En otros términos, son aquellas figuras de la Parte especial en las que se castiga autónomamente una tentativa de delito. En ellos, indica Grasso, el hecho constituyente del delito viene descrito de forma abierta para así comprender cualquier comportamiento dirigido hacia un resultado descrito en una norma, pero cuya realización es extraña a la estructura objetiva del hecho.²⁹⁶

2.3.3.2.1 Tipos omnicomprensivos.

Sus manifestaciones se pueden dilucidar por:

a) El castigo genérico, tanto de la consumación, como de la tentativa, que se puede apreciar de forma clara en las infracciones penales que comprenden el inserto de “*intentare*”, que coincide con una fórmula de la tentativa concreta, cuyo prototipo lo podemos encontrar en el tipo penal del art. 367-A CP, “...*la persona que por sí o por*

²⁹⁴ **Fuentes Osorio**, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 11.

²⁹⁵ **Creus**, *Derecho penal: Parte general*, 219.

²⁹⁶ **Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 47.

medio de otra, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional...”.

b) Mediante la inclusión de varias fases concretas del *iter criminis*. Algunos de los preceptos de nuestro ordenamiento penal que responden a esta tendencia que *per se* representan el inicio de una forma imperfecta o una ejecución delictiva, quizá un ejemplo más claro, podríamos encontrarlo en el art. 14 Ley Especial Contra Actos de Terrorismo -infra LECAT-,²⁹⁷ el supuesto puede verse con mayor facilidad “*El que sin autorización legal y con el fin de realizar cualquier delito*”, la peculiaridad objetiva de este tipo, no solo se trata de la puesta en peligro del bien jurídico protegido -seguridad del Estado- sino que los comportamientos alternativos de fabricar, facilitar, vender, transportar, o cualquiera de los otros verbos, puede abrir la puerta a otra lesión concreta por la comisión de otro delito consumado contra la Soberanía Nacional.

Entonces la impresión se puede hacer una separación entre el tipo penal -art. 14- y otros de la LECAT, va más allá del plano explicativo, porque la conexión de la conducta imperfecta de participación nunca dejar de ser conectada con otra conducta consumada. Otros ejemplos pueden presentarse en los arts. 228, 301, 346-A CP, 31 y 32 de la Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas –en adelante LRARD.

Así también encontramos otro ejemplo, en el art. 271 CP, que coincide con la comprensión de dos momentos distintos, al decir “*...el que (...) elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos (...) o los despache o suministre o comercie con ellos...*”, la referencia vendría dada por los actos de preparación identificándolos en el verbo “elabore”, para luego proseguir con la configuración de la tentativa respecto de los comportamientos del sujeto activo al momento del probable despacho, ministración o comercialización de los mismos.

²⁹⁷ **Ley Especial Contra Actos de Terrorismo** (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2006).

También, se puede apreciar en el cohecho propio - art. 330 CP- en la percepción de que el funcionario o empleado público previamente realiza la conducta de “solicitar”, en aras de intentar alcanzar la recepción o aceptación de la promesa con el tercero que le permitirá obtener una dádiva.

En ambos casos, se indica que, se sanciona como consumado el delito con la llana realización de la tentativa genérica o concretamente como fase del *iter criminis* cuando ésta se encuentre imbrítamente descrita. Para la consumación no hace falta que se alcance el fin de la acción, es decir, que la consumación formal puede tener lugar también cuando materialmente aún existe tentativa.²⁹⁸

2.3.3.2.2 Tipos concretos de castigo.

La segunda opción de las tentativas de participación, se configuran mediante: a) La creación de tipos que se limitan exclusivamente a la sanción de la tentativa porque claramente el castigo de intentar es parte de la conducta nuclear o b) La concentración de la sanción en la mera ejecución de actos que *per se* sólo representan un inicio de la ejecución de un delito.²⁹⁹

A v. gr. de las primeras tentativas, podemos citar el art. 274 1) CP, el castigo por el “*intento*” por alterar con posterioridad a la elaboración un producto medicinal, y de la misma manera en los arts. 275 1), 295 c) y 306 CP.

Ahora bien, quizás los ejemplos más atinados de la segunda modalidad, sea el tipo penal comprendido en el art. 255 CP, en el supuesto de atentar contra los recursos naturales, el cual literalmente dice: “...*el que provocare o realizare directamente o indirectamente emisiones, radiaciones o vertidos de cualquier naturaleza...*”; así se puede dilucidar el intervalo entre los comportamientos de provocar y realizar un intento por alcanzar el desequilibrio ambiental; así también se puede apreciar en el

²⁹⁸ **Güther Jakobs**, *Derecho penal: Parte general*,

²⁹⁹ **Fuentes Osorio**, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 9 y 10.

art. 340 CP sobre el delito de Rebelión, debido a que previamente requiere el intentar la incitación a violencia de masas.

2.3.4 Delitos de emprendimiento.

La frontera del delito de emprendimiento con los actos preparatorios, transcurre del mismo modo que, en la tentativa; estos últimos se encuentran, pues, fuera del concepto emprendimiento. Mientras que, la tentativa es punible como delito de emprendimiento, en cambio, los estadios previos a éste –es decir, en cierto modo la “*tentativa de la tentativa*”- son impunes pues de lo contrario esa fase previa se adelantaría demasiado.³⁰⁰

Debemos continuar con su distinción, por un lado, los delitos de consumación, requieren la obtención de los fines típicamente relevantes, o sea, la realización del último acto o la producción del resultado final, por otro lado, en los delitos de consumación anticipada ésta se produce excepcionalmente antes de darse esas circunstancias, suponen una anticipación de consumación, de una actuación imprudente o dolosa eventual antes de la lesión.

Los denominados “*delitos de consumación anticipada*” recogen actuaciones con dolo directo, bien en fase de tentativa elevada por sí sola a delito consumado - “*delitos de emprendimiento (o de empresa)*”- bien como actos ya completos, incluso con un eventual resultado, pero, acompañados de un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo y los consistentes en el ánimo de realizar un segundo acto o de obtener un ulterior resultado –en el primer caso *delitos mutilados de dos actos* y en el segundo, *delitos cortados de resultado*-³⁰¹.

³⁰⁰ Jescheck y Weingend, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, 566.

³⁰¹ Luzón Peña, *Curso de Derecho penal: Parte general*, 309.

En el caso de los delitos de emprendimiento que equiparan tentativa y consumación.³⁰² Se trata pues del castigo de la ejecución de la conducta tanto si produce el resultado lesivo, como si no lo produce. Esta equiparación penológica tiene pleno sentido, si es que se trata de delitos, en los que la utilización de la regla del castigo atenuado de la tentativa produciría una disminución significativa de la eficacia preventiva de la norma penal.³⁰³

Desde luego la cuestión problemática se representa sobre la aplicación o no de las reglas de la tentativa, en esta clase de delitos anticipatorios, al ser estructuralmente tentativas, se plantea si es admisible por analogía el efecto eximente del desistimiento voluntario y eficaz (para impedir el resultado intento, aunque formalmente ya haya consumación).³⁰⁴

La solución probable es que en estos delitos se equiparan la tentativa y la consumación, la consecuencia práctica debe ser que en ellos no procede aplicar la posibilidad de la atenuación de la pena en caso de tentativa. Sin embargo, no existe ninguna base legal para que la tentativa de la tentativa (es decir, la preparación) deba ser incriminada.³⁰⁵

Por tanto, en ellos desaparece la atenuación para la tentativa y no rige la disposición sobre el efecto eximente voluntario; en su lugar, algunas regulaciones específicas admiten en el caso concreto una atenuación o una dispensa de pena para el “arrepentimiento activo”.³⁰⁶

En suma, el legislador decide renunciar a la reducción de la pena, para los casos previstos de tentativa en el art. 68 CP, y en su lugar, sanciona tanto la tentativa, como

³⁰² **Orts Berenguer y González Cussac**, también concuerdan sobre el mismo punto: “...en los delitos de emprendimiento” la consumación y la tentativa se unifican en determinadas figuras legales. Vid. *Compendio de Derecho penal: Parte general*, 278.

³⁰³ **García Caverro**, *Derecho penal: Parte general*, 404.

³⁰⁴ **Luzón Peña**, *Curso de Derecho penal: Parte general*, 310.

³⁰⁵ **Roxin**, *Derecho penal: Parte General*, tomo II 555.

³⁰⁶ **Claüs Roxin**, *Derecho penal: Parte general*, tomo I, *Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, 2ª edic., traductor Diego Manuel Luzón Peña y otros, (Madrid, Civitas, 1997) 336.

la consumación, así por ejemplo, en el art. 2 inciso 2° Ley Especial Contra el Delito de Extorsión, al describir nuclearmente que: “...se considerará consumada con independencia de si el acto o negocio (...) se llevó a cabo...”, entonces se castiga el “intento”, como la consumación del acto extorsivo, de la misma manera puede deducirse en los tipos penales comprendidos en los arts. 228 y 367-A CP.

2.3.5 Delitos preparatorios.

En general, esta temática no ha recibido una atención pormenorizada profunda en nuestro entorno jurídico, quizá a penas se ha estudiado, lo cierto es que, se pretende en las siguientes líneas concretizar una de las temáticas centrales de este trabajo.

Con tal propósito debemos arrancar, con García Caveró, que define a los delitos de preparación como los aprobados por el legislador penal para castigar actos de preparación previos a la conducta ejecutiva, rompiendo con la regla general de la impunidad de los actos de preparación en razón de un interés público especial.³⁰⁷

Nuestro sistema de incriminación se ha caracterizado por infundir que las formas concretas de preparación son las contempladas en el art. 23 CP –proposición y conspiración-, sin hacer alusión alguna a los distintos delitos que se tipifican como conductas de preparación en la Parte Especial.

En apariencia el legislador salvadoreño todavía se ciñe bajo el principio de impunidad de los mismos. Sin embargo, puede admitirse al menos una discusión, a partir de la introducción de una cantidad de comportamientos que materialmente vienen siendo preparatorios y, suponen una anticipación de la intervención penal, producto de la apuesta por el Derecho penal moderno, que propugna un cambio del límite de punibilidad.

Este fenómeno tendencial de criminalización se puede vislumbrar en la Parte Especial, que, desde hace mucho presume la superación del umbral de infracciones que atentan contra el Sistema constitucional, y de modo novedoso ya se introdujo la

³⁰⁷ **García Caveró**, *Derecho penal: Parte general*, 404.

tipificación de la preparación delictiva en materia de terrorismo en cualquier de los supuestos precedentes al art. 31 LECAT, no así en materia de lavado de activos como lo veremos oportunamente en el último capítulo de este documento.

Lo anterior constituye un punto de partida investigativo sobre la definición moderna de los actos de preparación, la identificación de los rasgos que permiten distinguirlos de otros tipos delictivos en la Parte Especial, y a partir de ahí podemos inclinaremos por desentrañar ampliamente su naturaleza jurídica, a fin de establecer una guía general sobre las formas de tipificación preparativas que han sido adoptadas por nuestro legislador, orientadas a la intensificación del carácter preventivo y el adelantamiento de la barrera punitiva.

2.3.5.1 Definición.

Esta institución es de las menos comentadas en la doctrina, constituye parte integrante de la fase externa del camino del delito, situada entre la fase interna y la tentativa, pero, también precede a los actos ejecutivos, dicho de otra manera, objetiva, son la antesala de la ejecución del hecho delictivo.

Partiendo de la escuela clásica, representada por el maestro italiano Carrara, los vislumbraba como aquellos actos externos que no constituyen una tentativa punible porque son puramente preparatorios, pueden serlo de una manera *absoluta* o de una manera contingente o condicional.³⁰⁸ En el mismo sentido, se reconoce el aporte de su posición, sin embargo, sufrió diversidad de críticas, dado que, su postulación era insuficiente para desentrañar su verdadera naturaleza en su deslinde con la tentativa.

Garrido Montt ofrece una sintética definición: Son aquellos realizados para concretar la resolución delictiva, pero que no alcanzan a conformar una tentativa porque no pueden calificarse como actividades ejecutivas.³⁰⁹

³⁰⁸ **Francisco Carrara**, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Trad. Octavio Béeche y Alberto Gallegos, T.I (Costa Rica, Edit. Jurídica Continental, 2000)200.

³⁰⁹ **Garrido Montt**, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 265.

De acuerdo con Orts Berenguer y González Cussac por actos preparatorios hay que entender toda actividad externa (voluntad manifestada) que está orientada a facilitar la realización de un delito³¹⁰

La profesora Sánchez García de Paz entiende que, todo acto preparatorio es un comportamiento que establece las condiciones idóneas para la ejecución de un delito planeado, teniendo en cuenta que debe, al menos, sobre pesar la mera planificación interna del hecho y que, como límite máximo, no debe haberse dado comienzo a la inmediata ejecución típica de la voluntad criminal, lo que constituiría ya una conducta de tentativa.³¹¹

Según Frieyro Elícegui, se trata de estadios o grados previos a la ejecución cuya función no es sino allanar el camino, facilitar la ejecución a la cual preceden, preparar la realización de la voluntad criminal que podrá luego efectivamente realizarse o, por el contrario, quedar únicamente en preparación o simple proyecto.³¹²

Con la expresión “*actos preparatorios*”, la profesora Barber Burusco, hace referencia los actos que, analizados desde la perspectiva del *iter criminis*, se encuentran en la fase en la que ya resuelta la comisión de un delito, se despliegan las conductas por parte de una o varias personas que trascienden al exterior, y que tiene particular relevancia, en la medida en que deben ser distinguidos del comienzo de la ejecución del delito.³¹³

Por su parte, Fuentes Osorio, distingue al menos de tres clases de preparación, i) La técnica, consistente en la obtención de los medios necesarios para la posterior ejecución; 2) Organizativas: Relativas a la coordinación de las diferentes partes del plan delictivo. Se puede realizar de forma aislada o en el seno de una comunidad de voluntades delictivas; y 3) De desarrollo: Son aquellas conductas preparatorias que

³¹⁰ **Orts Berenguer y José González Cussac**, *Compendio de Derecho penal: Parte general*, 271.

³¹¹ **Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 57.

³¹² **Sofía Frieyro Elícegui**, *Actos preparatorios y tráfico de drogas*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2021) 20.

³¹³ **Barber Burusco**, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, 1.

no consisten en la obtención de los medios necesarios para la actividad criminal, ni en la organización del desarrollo de la misma, sino que crean otras condiciones que en función del plan del autor son necesarias para la satisfacción de actividad criminal y que según el tipo de referencia con el que se vincula la actividad delictiva planeada no representa todavía un inicio de la ejecución.³¹⁴

2.3.5.2 Caracteres.

2.3.5.2.1 La disyuntiva valorativa con el hecho principal.

Si preparar el delito es llevar a cabo una actividad externa dirigida a facilitar su realización exterior, cabe señalar como primera nota identificativa del acto preparatorio y, con ello también del delito de preparación el “carácter facilitador” de la conducta respecto de un delito doloso futuro –que se suele denominar delito principal, delito-fin o de referencia.³¹⁵

Efectivamente la idea de la preparación inevitablemente se conectará con una actividad ulterior eminentemente delictiva. En otros términos, el comportamiento que viene a criminalizarse resultar ser un acto -de proposición o conspiración- que constituye per se una contribución tendencial y directa a la efectiva consumación de un hecho principal y, por ende, el tipo preparatorio axiológicamente será generalmente dependiente de un delito de referencia.

Por regla general, los actos preparatorios –conspiración y proposición- no tienen un título autónomo de responsabilidad, sino un precepto que debe ser puesto en conexión sistemática, con el tipo de la Parte Especial, interesado la conducta conspiradora o proponente. Lo que se pretende proteger no es un bien jurídico propio, ni tampoco la mera vigencia empírica del Derecho, sino los bienes jurídicos que se encuentran contenidos en la parte especial.³¹⁶

³¹⁴ **Fuentes Osorio**, “La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito”, 295-299

³¹⁵ **Rimo**, “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, 9.

³¹⁶ **Ruíz Antón**, *El agente provocador en el Derecho penal*, 65.

Por una parte, se trata de la extensión dependiente de cierta clase de tipos penales cuya peculiaridad demanda una intervención especialmente precoz pues, de lo contrario, no se conseguiría nada mediante la pena. Por otra, son actos preparatorios que constituyen delitos autónomos caracterizados por su manifestación típica y una gran peligrosidad, sin que sea necesario que el autor haya idea la comisión de un delito completamente determinado.³¹⁷

La trascendencia de lo anterior recae en la exegesis interpretativa de ambos tipos preparatorios que se distinguen por el objeto de protección de cada uno de ellos, deberá entenderse en términos de afectación, se encuentra los dependientes en términos valorativos del hecho principal y, los independientes o autónomos, que de acuerdo a lo previamente indicado tiene un objeto de protección propio y sistemáticamente se ubican en la Parte Especial.

2.3.5.2.2 El carácter pre-ejecutivo.

Estamos, pues, ante conductas pre-ejecutivas y que, como se suele observar, se sitúan en una fase intermedia entre la interna y la ejecutiva; bien entendido que no cualquier conducta perteneciente a esa fase intermedia –externa y pre-ejecutiva- reúne los requisitos para ser acto preparatorio (no lo hace, según acabamos de ver, una simple resolución manifestada pese a que puede considerarse ya una exteriorización de la voluntad previa a la ejecución del delito de referencia.³¹⁸

En este contexto, es necesario reiterar que, en el proceso del camino del delito, la preparación delictiva se encuentra como la sala de antelación a la fase ejecutiva, por ende, no resulta incompatible referirse a un “*carácter de pre-ejecutivo*” de una conducta distinta a una infracción consumada.

La vinculación de los grados preparatorios con los de ejecución (consumación y tentativa) reside en el elemento ideal o espiritual de la voluntad criminal, idéntica en

³¹⁷ **Jescheck y Weingend**, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 562 y 563.

³¹⁸ **Rimo**, “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, 15.

unos y otros. Entre ellos, empero, se eleva un valladar de la ejecución material que permite su perfecta sustantividad y justifica su separación.³¹⁹

2.3.5.2.3 La mediatriz del peligro.

En términos materiales, es evidente la lejanía respecto a la lesión al bien jurídico (del delito principal, que se erige también en el objeto de tutela del tipo preparatorio. Vistas, así las cosas, la preparación delictiva implica siempre un peligro remoto o de intensidad débil.³²⁰

La naturaleza del comportamiento preparatorio por sí mismo no es tan intenso para dañar el bien jurídico protegido, suele requerir una actuación posterior orientada a la consumación del tipo principal, que conducirá directamente a la lesión o puesta en peligro del referente valorativo.

Nuestro interprete constitucional en la Inc. con referencia 3-2016³²¹, hace alusión a que: “...*Existe una variedad de conductas distantes de la producción efectiva de un determinado peligro...*”. Entonces, la formulación de estos tipos penales se inclina a una fase anticipada en la que no se alcanza a ver dónde está el comportamiento externo lesivo o relevantemente peligroso *per se*.³²²

El mayor problema para aprender su significación radica en determinar el grado de proximidad a la perturbación de los intereses subyacentes que se requiere en cada caso por el legislador pues, solamente, en tal caso podremos decir, atendidas la naturaleza y gravedad de ciertas figuras, que es lícito castigar determinadas formas de preparar el delito.³²³

³¹⁹ **Campo Moreno**, *Actos preparatorios punibles*, 26.

³²⁰ **Rimo**, “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, 21.

³²¹ **Sala de lo Constitucional**, Inconstitucionalidad con referencia 3-2016, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

³²² **Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 103.

³²³ **Juan Carlos Campo Moreno**, *Los actos preparatorios punibles*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000)21.

De cualquier modo, al margen de la discusión relativa a su proximidad lesiva, lo que interesa subrayar es que, la distancia con la lesión al bien jurídico y la escasa peligrosidad en general, de acuerdo con lo explicado, define a estas conductas de preparación delictiva y, obliga a ser particularmente cautelosos a la hora de ponderar la legitimidad de su incriminación. Es decir, hablamos de conductas que comportan un peligro abstracto y mediato para el bien jurídico del delito principal o presunto; de manera que el castigo penal habría de limitarse a aquellas actuaciones preparatorias que en el caso concreto resulten peligrosas ex ante.³²⁴

2.3.5.3 Naturaleza jurídica.

Este entorno no ha sido pacífico. Se ha desarrollado una discusión sobre la naturaleza de los actos preparatorios, en ese sentido, se distingue distintas corrientes doctrinales, un primer sector, entre los que podemos encuadrar a Jiménez de Asúa y Rodríguez Devesa, hablan de supuestos de resolución manifestada; otro sector en la que se puede citar a Gómez Benítez, prefiere incardinarlos en los preestadios de la autoría y participación; un tercer grupo, concibe tildarlos de actos preparatorios punibles.³²⁵ Finalmente, el sector que los califica como formas imperfectas del delito o como actos pre-ejecutivos, que se realizan en un momento anterior a la fase de ejecución.³²⁶

En el mismo contexto de este tema, iniciare quizá por la postura menos concurrida, es decir, aquel sector que alude directamente a los márgenes de la punibilidad, a la doctora Barber Burusco no le parece especialmente problemático mantener la denominación genérica de “*actos preparatorios punibles*”, para designar a la proposición y provocación, aunque ello signifique la necesidad de tener presente que también con el nombre “*preparación*” se alude por una parte a todo ámbito de

³²⁴ **Rimo**, “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, 23.

³²⁵ **Campo Moreno**, *Actos preparatorios punibles*, en *Cuadernos de Derecho judicial: Problemas de la autoría*, 281.

³²⁶ **Frieyro Elícegui**, *Actos preparatorios y tráfico de drogas*, 29.

impunidad (no definido ni fácilmente definible) de conductas individuales o colectivas.³²⁷

En el segundo lugar, encontramos la introducida en Derecho penal, por Jiménez de Asúa, expresivo, en cuanto, a la proposición y conspiración, no hay otro remedio técnico que considerarlas como “*resoluciones manifestadas*”, porque no se trata de actos preparatorios, ni de tentativa, y como tales resoluciones manifestadas, sólo excepcionalmente se las puede considerar punibles y únicamente por la vía de la precaución. Aludiendo además que, en la proposición y conspiración no son actos materiales, porque falta en ellos, la infracción de la objetividad jurídica.³²⁸

No es fácil entender que los actos preparatorios son supuestos de resolución manifestada, al menos la conspiración; pues mal se puede manifestar lo que aún no se ha tomado; máxime si se precisa algo más que la mera resolución, es decir, que se requieren actos exteriores, materiales o verbales, dirigidos a la ejecución del delito.³²⁹

Por su parte, Garrido Mont es de la opinión que, los actos anteriores a la resolución delictiva no son sancionables, salvo, contadas excepciones, como la conspiración, la proposición, la instigación y la complicidad; pero tampoco pueden calificarse de preparatorios, ni mucho menos de resoluciones manifiestas, porque no lo son.³³⁰

Por otro lado, Quintano señaló como inadecuada esta categoría pues en tales resoluciones existe, en todo caso, una preparación externa de la actividad delictiva, razón por la cual aparece como más adecuada la aceptación de la nomenclatura de actos preparatorios, entiende que “*una nueva categoría de resoluciones manifestadas*” complicaría el ya suficiente completo del “*iter criminis*”.³³¹

³²⁷ **Barber Burusco**, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, 85 y 86.

³²⁸ Vid. **Jiménez Asúa**, *Principios de Derecho penal: La Ley y el Delito*, 465.

³²⁹ **Campo Moreno**, *Actos preparatorios punibles*, en *Cuadernos de Derecho judicial: Problemas de la autoría*, 281.

³³⁰ **Garrido Montt**, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 262.

³³¹ **Barber Burusco**, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, 51.

Me parecen atinadas ambas críticas, salvo lo de Garrido Mont, en cuanto a no considerar a la proposición y conspiración como verdaderos actos preparatorios, pero, en líneas generales lo dicho por uno y otro tiene validez, porque Jiménez Asúa intentó incluir a las “*resoluciones manifiestas*” como una fase intermedia en el ya perfilado *iter criminis*, pero, no lo sustentó debidamente, en virtud de que establecía a la proposición y conspiración como actos no materiales.

En un segundo sector, de las posturas ahora dominantes, ubicamos la opinión de Cuello Contreras, vislumbrando a la proposición y la conspiración como actos preparatorios de la participación, ya que la conspiración prepara una coautoría, única conducta principal de participación cuya preparación anterior al comienzo de ejecución pune el derecho español y, la proposición es acto preparatorio de una conspiración, actos pues doblemente preparatorios del acto ejecutivo de la coautoría.³³²

La interpretación del profesor Mir Puig, se encaminó, en términos similares, los actos preparatorios punibles representan formas previas a la codelinuencia en el hecho consumado. Así la conspiración constituye una forma previa a la coautoría o – coautoría anticipada-, y la proposición puede verse como una tentativa de inducción.³³³

De manera crítica, la profesora Barber Burusco, entiende que, estas complejas relaciones que se establecen con la teoría de la autoría y la participación parece que permite señalar que exclusivamente desde esta perspectiva no podrá caracterizarse a estos actos (como lo hace un sector de la dogmática alemana respecto del § 30 StGB), ya que no puede afirmarse que las conductas descritas en estas tres figuras consistan en todos los casos en grados previos de autoría o la participación en sentido estricto, y

³³² Cuello Contreras, *El Derecho penal español: Parte General, volumen II*, 322.

³³³ Mir Puig, *Derecho penal Parte general*, 351.

esto con independencia de que, para resolver ciertas cuestiones, resulte necesario acudir a ellas.³³⁴

Según García Sánchez, para efectos didácticos, se conciben como actos preparatorios integrados en una de las fases del *iter criminis*, ya que sólo cabe castigarlos cuando se descarte la existencia de actos ejecutivos, y por la relación y dependencia que guardan con los delitos consumados. Otro argumento a favor de esta postura, es, en su opinión que el CP vincula los actos preparatorios con la ejecución del delito.³³⁵

Por su parte, el profesor Künsemüller, enaltece la decisión sistemática de su legislador, de incluir estos actos inmediatamente después de la tentativa y el delito frustrado, es decir, como etapa previa al comienzo de la ejecución y no en las normas relativas a la autoría y participación, como ocurre, por ejemplo, en el Código alemán.³³⁶

Sin tomar todavía partido, el art. 23 CP, está marcada por la subyacente sistemática, en principio, marcada por clasificación de los actos preparatorios, luego por la localización de la tentativa –art. 24 CP-; dando la pauta para considerar que nuestro legislador se decantó por el criterio que descansa sobre las fases del *iter criminis*, y se puede concatenar con precedente jurisprudencial, cuando nuestro máximo intérprete, los determina como a: Los primeros actos exteriores luego de la ideación criminal y son incalculables a priori, pues se encuentran en función del plan o modo de actuación del sujeto.³³⁷

Pero, tampoco se puede descartar, la estimación de la naturaleza híbrida de los supuestos –de proposición y conspiración- en el sentido de considerarles actos preparatorios, pero, reconociendo que no hay óbice para considerar conforme a lo expuesto por el alemán Roxin –en relación- a lo comentado por el § 30 StGB -que- no

³³⁴ **Barber Burusco**, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, 87.

³³⁵ Referida por **Frieyro Elícegui**, *Actos preparatorios y tráfico de drogas*, 19.

³³⁶ **Künsemüller**, *El castigo de las formas preparatorias del delito*, 84.

³³⁷ **Sala de lo Constitucional**, Inconstitucionalidad con referencia 5-2001 AC, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

es una manifestación de la tentativa o de la participación, sin embargo, pueden aplicarse, importantes consideraciones jurídicas de ambas materias, al menos conforme a su sentido.³³⁸

Por tanto, encuentro eco, en lo apuntado por la profesora Barber Burusco que las contempla como conductas previas a la ejecución del delito –como actos preparatorios- y advierte que su opción no significa una radical oposición a la tesis que los relaciona con la participación –en sentido amplio- en el delito, sino que se basa en gran medida en la consideración –práctica- de que es la que mejor aclara el carácter ampliatorio de la tipicidad de las normas que lo regulan.³³⁹

Así también en la postura conciliadora de Campo Moreno, apuntado que estos actos tienen la naturaleza de preestadios de la tentativa. Esta teoría tiene a considerar los actos preparatorios con independencia del hecho principal. La segunda forma de entenderlos radica en la consideración de que son preludio en la realización de un delito que, por causa ajena a ellos, no llega a iniciarse. Son preestadios de conductas de autoría o de participación criminal existiendo en cuanto se mantienen como preestadios. Es decir, superando ese estadio y comenzando a ejecutarse el delito, cada cual se convierte en el autor o partícipe que quería ser.³⁴⁰

2.3.5.4 Alcances.

Una vez delimitada la naturaleza jurídica de los actos preparatorios, corresponde establecer un esbozo sobre el radio de extensión de éstos, que, por supuesto exigen dolo, y no solo eso sino también un elemento subjetivo que trascienda a la conducta típica y que deben alcanzar a la consumación del delito principal. La preparación delictiva resulta por eso conceptualmente incompatible con la imprudencia.³⁴¹

³³⁸ **Roxin**, *Derecho penal: Parte General*, tomo II *Especiales formas de aparición del delito*, 382.

³³⁹ **Barber Burusco**, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, XIX

³⁴⁰ **Campo Moreno**, *Los actos preparatorios punibles*, 30.

³⁴¹ **Rimo**, “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, 58.

Orts Berenguer y González Cussac coinciden en que todos los actos preparatorios requieren la concurrencia de un elemento subjetivo doble: La voluntad de conspirar, proponer o provocar, de una parte, y, además, la voluntad de que se realice el concreto delito o delitos que se están preparando.

Hasta aquí llega el ámbito de los actos preparatorios específicos punibles, y a partir de este momento, si hay una progresión hacia la consumación, es decir, si el sujeto sigue adelante con el designio criminal, comienzan a realizarse los actos ejecutivos en los que el sujeto o sujetos ya dan inicio a la ejecución o realización del correspondiente delito, de forma que practica alguna o todos los actos de la conducta típica respectiva.³⁴²

Entonces, la vinculación de los actos preparatorios con los grados de ejecución (tentativa y consumación) reside en el elemento ideal o espiritual de la voluntad criminal, idéntica en unos y otros. Empero, entre ellos, se eleva el valladar de la ejecución material, que permite su perfecta sustantividad.

Otra distinción clara entre unos y otros, reside en que los actos de ejecución pueden ir referidos a conductas perfectamente individualizadas, mientras que los actos preparatorios, necesariamente, se concibe en pluralidad, precisan de una relación pluripersonal.³⁴³

Así que entre preparación de un hecho propio u otro ajeno, al que no cabe negarle las funciones -descriptiva y delimitadora-, sí están dirigidas a preparar un delito propio o el de un tercero, -y en que en esa medida admitan o no ser calificadas como tentativas de participación- tienen naturaleza preparatoria.³⁴⁴

En la asunción de que los actos preparatorios tienen ese componente anticipado de autoría o participación, su consecuencia directa, sería la disolución de dicha autoría o

³⁴² **Orts Berenguer y González Cussac**, *Compendio de Derecho penal: Parte general*, 276.

³⁴³ **Campo Moreno**, *Actos preparatorios punibles*, en *Cuadernos de Derecho judicial: Problemas de la autoría*, 279.

³⁴⁴ **Rimo**, “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, 26.

participación, sí el delito principal empieza a ejecutarse. Por su propia naturaleza queda excluido el concurso de delitos entre la conspiración, proposición y provocación y las correspondientes autorías o participaciones criminales.³⁴⁵

Ante estos efectos, también nos comenta el profesor Mir Puig que, la conspiración, proposición y la provocación son en sí mismos “*delitos*” distintos al hecho consumado que se dirigen; más, en cuanto son formas previas de codelinquencia, son sólo “*delitos dependientes no autónomos*”, como los tipos de participación respecto del hecho del autor. Pero, cuando nos hallamos frente a “*delitos autónomos*” no cabe en ellos la participación ni la punición de formas de imperfecta realización.³⁴⁶

2.3.5.5 Formas de aparición de las conductas preparatorias.

Según la doctora Barber Burusco, en nuestro Derecho encontramos dos formas de diferenciadas de regulación de conductas preparatorias punibles. Algunas de ellas han sido elevadas a la categoría de delitos autónomos, no integran el ámbito de lo que tradicionalmente se ha denominado *iter criminis* y están reguladas en la Parte Especial del CP. Su castigo no depende de la pena prevista para otra figura delictiva, sino que se prevé autónomamente.³⁴⁷

También coincide en la denominación expuesta, la profesora Sánchez García De Paz, al establecer, por un lado, la extensión no autónoma de ciertos tipos cuya cualidad requiere una intervención especialmente temprana, porque de lo contrario la pena no tendrá ninguna eficacia. A esta idea responde algunos delitos contra la seguridad del Estado, como la preparación de un delito de rebelión.

Por otro lado, el castigo de delitos autónomos de actos preparatorios de típica fisonomía y especial peligrosidad, sin que sea necesario que el autor tenga proyectado un delito totalmente determinado. Se configura como delito formalmente independiente conductas que materialmente constituyen un paso previo a otro hecho

³⁴⁵ **Campo Moreno**, *Actos preparatorios punibles*, 30.

³⁴⁶ **Mir Puig**, *Derecho penal Parte general*, 351.

³⁴⁷ **Barber Burusco**, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, 1.

penal. Ejemplo de este segundo grupo sería el castigo por la falsificación de moneda.³⁴⁸

Por su parte, el profesor Fuentes Osorio, con una apreciación muy particular identifica que las formas de punición de los actos preparatorios –y participativas intentadas- en un sentido estricto puede ser castigadas de dos formas: La extensión no autónoma y a través de la tipificación autónoma.³⁴⁹

Otro criterio distintivo puede derivar en atención al bien jurídico protegido, en el delito preparatorio –siempre será dependiente del objeto de protección de un hecho principal- mientras que, el supuesto del autónomo –salvaguarda un bien jurídico particular- aunque a veces lógicamente no se verá nítidamente y, deberá analizarse en concreto.

2.3.3.5.2 La extensión de tipos no autónomos.

La conspiración, proposición y la provocación en el Derecho penal español, son, en sí mismos –delitos- distintos al hecho consumado al que se dirigen; pero en la medida en que son formas precedentes de codelincuencia, son solo –delitos dependientes, no autónomos- como los tipos de participación respecto del hecho del autor. De otro lado, puesto que constituyeron –delitos- son susceptibles de incidir, en ellos, la valoración de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; pero como nos hallamos ante –delitos no autónomos- no cabe en ellos la participación, ni la punición de formas imperfectas de ejecución.³⁵⁰

Se trata pues en esta parte del documento, de la extensión dependiente de cierta clase de tipos penales cuya peculiaridad demanda una intervención especialmente precoz pues, de lo contrario, no se conseguiría nada mediante la pena.³⁵¹

³⁴⁸ **Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 58.

³⁴⁹ **Fuentes Osorio**, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 16 y ss.

³⁵⁰ **Campo Moreno**, *Los actos preparatorios punibles*, 30.

³⁵¹ **Jescheck y Weingend**, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, 562.

Sus formas de punición serían: a) A través de la prohibición genérica en la Parte General mediante el precepto que determina la punición de la preparación de forma equiparable a la tentativa y b) La extensión del tipo respecto a conductas preparatorias concretas, estas a su vez puede castigar de manera generalizada para cualquier comportamiento tipificado o a través de un *númerus clausus*: Sólo para unos delitos concretos o para una clase de delitos.³⁵²

En nuestro país, particularmente no se logra apreciar en el CP, la prohibición de los actos preparatorios por la vía de la punición no autónoma a tenor de lo prescrito en el art. 23 CP, que define la conspiración y la proposición reduciendo su castigo a los casos expresamente señalados.

Por conspirar, deberá entenderse el acuerdo o el concierto entre dos o más personas para ejecutar determinado delito. Requiere la conspiración no sólo que la idea criminosa haya sido pensada sino decidida en concierto entre dos o más personas y que la decisión tomada se refiere a la comisión de un determinado delito.³⁵³

Según la profesora Baber Burusco, los requisitos de la conspiración: 1) Que debe tratarse de dos o más personas; 2) Que debe existir un concierto previo para cometer algún delito y 3) Que deben resolver ejecutarlo.

Que luego la profesora complementa con lo vertido en una sentencia del TS, en la que concurren otros requisitos: a) El concurso de dos o más personas, que reúnan las condiciones necesarias para poder ser autores del delito proyectado; b) El concierto de voluntades entre ellas o "*pactum scaeleris*"; c) La resolución ejecutiva de todas y cada una de ellas, o decisión sobre la efectividad de lo proyectado "*resolutio finis*"; d) Que dicha resolución tenga por objeto la ejecución de un concreto delito, que sea de aquellos que el legislador ha considerado especialmente del adelantamiento de las barreras de protección sancionando expresamente los actos de preparación; e) Que exista un lapso de tiempo relevante entre el acuerdo y la realización, entre lo

³⁵² Fuentes Osorio, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 16 y ss.

³⁵³ Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano: Parte General*, 591.

proyectado y la acción directa, que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución.³⁵⁴

Respecto a la proposición es la invitación formal hecha, por quien ha resuelto delinquir, a otra u otras personas para obtener su cooperación en la ejecución del delito, constituyendo por tanto la simple invitación a cooperar a delinquir.³⁵⁵

De acuerdo con el doctor Arrieta Gallegos, los requisitos de la proposición, son: a) Exposición concreta del delito a otros, que puede ser verbal o escrita, en forma privada o pública, pero determinante de del acto delictivo; b) La invitación a otros para la participación en el acto delictivo, y c) El elemento subjetivo consistente en la idea que priva en el agente de esperar cooperación y ayuda para realizar el delito, que se deduce de los elementos objetivos anteriores.³⁵⁶

El legislador salvadoreño diseñó sistemáticamente la conexión de la punición de los actos preparatorios con los delitos de la Parte Especial, de tres formas: a) Respecto a delitos concretos: Arts. 129-A, 345 inciso penúltimo, 361 inciso último CP; b) Mediante preceptos determinados, como por ejemplo, el art. 149-A CP, que tipifica la proposición y conspiración para cometer los delitos de Privación de Libertad y Secuestro, así también en el art. 249 letra e), 342 CP, y 4 LECDE; y c) En referencia a un capítulo determinado, tal y como se contempla en el arts. 214-C y 251 CP, y 52 LRARD.

Además, conviene reparar que, debido a su carácter no autónomo, no cabe en ellos la participación, ni la punición de formas de imperfecta realización.³⁵⁷

³⁵⁴ **Barber Burusco**, *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*, 159-160.

³⁵⁵ **Pavón Vasconcelos**, *Manual de Derecho Penal Mexicano: Parte General*, 591.

³⁵⁶ **Arrieta Gallegos**, *Lecciones del Derecho Penal*, 332.

³⁵⁷ **Mir Puig**, *Derecho penal: Parte general*, 351.

2.3.5.5.1 Tipos autónomos.

En la actualidad los ordenamientos jurídicos penales, además de penalizar los actos preparatorios propiamente dichos, también se castigan otros comportamientos que el legislador ha elevado a rango de delitos autónomos, determinados actos preparatorios³⁵⁸ que son caracterizados por su manifestación típica y una gran peligrosidad. De tal modo que pueden agruparse por:

a) La prohibición genérica de la preparación: Represión de toda forma de preparación relativa al bien jurídico.³⁵⁹ A v.gr. el art. 29 LECAT, relativa a todo acto de colaboración con una Organización Terrorista.

b) La persecución de una preparación concreta que sanciona determinados delitos de preparación autónoma con una típica fisonomía y especial peligrosidad, se configuran como delitos formalmente independientes conductas que materialmente constituyen un paso previo a otro hecho penal.³⁶⁰

En nuestro ordenamiento penal, encontramos los siguientes ejemplos: Las actividades relacionadas con armas, artefactos o sustancias explosivas, agentes químicos o biológicos, armas de destrucción masiva, o artículos similares –art. 14 LECAT-, vista como la posesión de los instrumentos que sería la preparación o la tentativa de participación para la comisión de otros injustos penales, así pues debe considerarse que el ataque lesivo a un bien jurídico autónomo o una función normativa, con independencia de la conexión con la lesión provocada a otros intereses sociales.

Así también el que prevalece de la superioridad originada por cualquier relación –art. 165 inciso 3º CP-, puede perfectamente considerarse una forma de preparación para propiciar el abuso sexual; de la misma manera pueden analizarse los

³⁵⁸ **Castellón**, “Pasado y presente de los actos preparatorios punibles: Especial atención a la normatividad penal vigente y a la sociedad de riesgos” en Debate sobre el Sistema de Justicia Penal y Penitenciario, 90.

³⁵⁹ **Fuentes Osorio**, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 18.

³⁶⁰ **Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 58.

comportamientos contemplados en los arts. 169, 171, 228, 345, 346, 346-C, 355 CP y 36 LRARD.

También deberán incluirse otras concretas tentativas de participación, tales como el Tráfico de Influencias –art. 336 CP- que supone el castigo la inducción tanto intentada, como consumada, para la producción de la resolución arbitraria del funcionario o empleado público, de igual manera, la cooperación previa para facilitar el suicidio –art.131 CP-, el aborto –art. 136 CP-, la promoción de actos sexuales o eróticos –art. 169 CP- y, contra la ordenación territorial –art. 253 CP-.

Igualmente puede incluirse supuestos de preparación que abarcan distintas etapas del *iter criminis*, como formas de consumación.³⁶¹ A v.g. los arts. 31 y 32 LRARD, que son comportamientos tendientes a facilitar, favorecer o promover actividades de tráfico ilícito, también el favorecimiento de la inmigración clandestina –art. 367-A CP-.

2.4 En función de juicio de riesgo.

Este criterio de ordenación es concordante con formulación de la Sociedad del riesgo que es un producto de sociólogo Beck, brevemente se debe reiterar que la percibe como un modelo postindustrial que ésta bajo la constante amenaza de inseguridad producto de la misma modernización técnica que es la fuente inagotable de los números riegos y, urge de una respuesta del control social para mantenerlos aislados.

Cabe considerar que, la sociedad de la inseguridad como la prefiere denominar Silva Sánchez, ésta dominada por el temor a los peligros, tiene una necesidad elemental de minimizar la inseguridad y esta necesidad se traduce en la tendencia a contener, mediante el empleo del Derecho Penal, la aparición de peligros no consentidos en una etapa muy precoz de su desarrollo, excluyendo ya en fases anticipadas determinadas clases de comportamientos que podrían ser fuente de peligros.³⁶²

³⁶¹ Fuentes Osorio, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 20.

³⁶² Künsemüller, *El castigo de las formas preparatorias del delito*, 84.

Entonces el Derecho penal contribuye a la producción de seguridad en la orientación. Asumiendo la tarea de neutralizar desde todos los puntos de vista los peligros.³⁶³ Y esa misma medida, Herzog apunta que, el Derecho penal ya no se presenta como una mera reacción represiva o retributiva ante lesiones de bienes jurídicos, sino que asume una tarea en el sistema de aseguramiento y previsión estatal de la existencia.³⁶⁴

Además suponen una anticipación de la línea de intervención penal a un momento anterior al de la efectiva lesión y que, por lo tanto, se consuman con la concurrencia de un mero peligro para el bien jurídico, concebido como simple probabilidad de lesión³⁶⁵ se prescinde también de demostrar la causalidad, pues basta sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que legislador la ha incriminado.³⁶⁶

2.4.1 Formas de aparición de los delitos de peligro.

El concepto de las acciones que producen daños a largo plazo es denominado en la doctrina anglosajona como “*delitos anticipatorios*”, mientras que, en la dogmática penal de la tradición continental europea ha recogido el nombre de “*delitos de peligro*”. Sin perjuicio de la disparidad en su denominación, el concepto abarca este tipo de delitos, es considerado unívocamente por ambas visiones.³⁶⁷

Por tanto, la distinción de los términos expuestos no es óbice para desentrañar que el peligro que precede a una lesión, es un atributo de estos comportamientos, puede ser considerado a nivel presunto (abstracto) o un cierto (concreto).

³⁶³ **Félix Herzog**, *Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo*, publicado en la revista Penal N° 4 (España, 1999) 55.

³⁶⁴ **Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 87.

³⁶⁵ **Carlos Martínez-Bujan Pérez**, *Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial*, publicado la Revista Penal N° 4 (México, 2013) 108.

³⁶⁶ **Carlos Martínez-Bujan Pérez**, *La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico*, publicado en la Revista Penal N° 5 (México, 2014) 63.

³⁶⁷ **Beade**, *El concepto de riesgo y los delitos anticipatorios una aproximación acerca de una distinción necesaria*, 3.

Los delitos de peligro se consuman sin necesidad de lesión, con el simple peligro – inseguridad y probabilidad de lesión- del bien jurídico, suponiendo por tanto un adelantamiento de la barrera de protección a una fase anterior a la lesión; normalmente proceden de la expresa tipificación de una conducta imprudente (de cualquier clase) sin necesidad de que se llegue a la lesión y con ella a la consumación del delito imprudente y suponen por tanto una excepción a la regla general de la impunidad de las formas de imperfecta ejecución; a veces suponen la tipificación de una actuación peligrosa con dolo eventual en fase de tentativa.³⁶⁸

Para evaluar el riesgo en los delitos de peligro abstracto se utilizará un juicio *ex ante* acerca de la peligrosidad de la acción, a diferencia de lo que sucederá en los delitos de peligro concreto, en los que habrá de recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro.³⁶⁹

En otros términos, la diferencia radica en que, con los delitos de peligro concreto, la comprobación acontece *ex post* de la producción de un resultado peligro, mientras que, en los delitos abstracto sólo hay que acreditar la aptitud o capacidad real de la conducta de poner en peligro o lesionar el bien jurídico con una evaluación *ex ante*.³⁷⁰

2.4.2 Delitos de peligro concreto.

La realización de este tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado, sea por causalidad.³⁷¹

Bujan-Martínez Pérez en términos parecidos, determina que los delitos de peligro concreto exigen que la actuación del sujeto activo cause un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien tutelado, o sea, en unas

³⁶⁸ **Luzón Peña**, *Curso de Derecho penal: Parte general*, 314.

³⁶⁹ **Martínez-Bujan Pérez**, *Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial*, 108.

³⁷⁰ **Miguel Bajo Fernández**, *Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho penal*, en el homenaje al profesor Luís Rodríguez Ramos, coord. Francisco Javier Álvarez García (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013) ,377.

³⁷¹ **Roxin**, *Derecho penal: Parte general*, tomo I, 336.

condiciones tales que permitan afirmar que dicho bien jurídico estuvo en una situación próxima a la lesión porque el objeto material o el sujeto pasivo entraron en el radio de la acción peligrosa.³⁷²

Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, ha de haberse creado un concreto “*peligro de resultado*” en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido, que, conforme a los criterios de imputación, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior (por tanto, *ex ante*); si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable, aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado con un resultado que suponga un “*resultado de peligro concreto*” y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas *ex post*.³⁷³

Así en la mayoría de las ocasiones, se sostiene que, en los delitos de peligro concreto se sancionan comportamientos con una capacidad lesiva directa *ex ante* que han creado un resultado concreto de peligro que los sitúa muy próximos a los delitos de lesión. Definido de este modo el concepto de peligro concreto, no habría inconveniente para sostener que no hay anticipación de la tutela penal en estos casos.³⁷⁴

2.4.3 Delitos de peligro abstracto.

Son aquellos en los se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por tanto, la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que concurrencia sea requisito de tipo.³⁷⁵

En otros términos, los delitos de peligro abstracto se integran ya con la mera presencia de la acción del sujeto activo, y es suficiente la comprobación de

³⁷² **Martínez-Bujan Pérez**, *Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial*, 108.

³⁷³ **Roxin**, *Derecho penal: Parte general*, tomo I, 404.

³⁷⁴ **Fuentes Osorio**, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 20.

³⁷⁵ **Roxin**, *Derecho penal: Parte general*, tomo I, 407.

peligrosidad general de dicha acción para algún bien jurídico y sin que, por ende, se requiera concreción alguna del peligro, que denote una probabilidad inmediata o próxima de lesión.³⁷⁶ Estos tipos penales encuentran su razón de ser en la imperiosa necesidad de garantizar una tutela más acabada y eficaz a bienes jurídicos esenciales.³⁷⁷

Tal técnica tiene la característica de anudar la punibilidad simplemente a la realización de una determinada conducta que el legislador ha descrito en el tipo, sin que normalmente se discuta en el momento de la aplicación de la norma, si tal actividad es realmente peligrosa, sin que ello pretenda ser únicamente elemento de la valoración realizada por el legislador en el momento de la creación de la norma.³⁷⁸

Asimismo, la mayoría de los nuevos delitos de peligro abstracto son figuras orientadas a la tutela de bienes jurídicos de carácter supraindividual colectivos o universales, como la salud o a la seguridad pública, fenómeno que sitúa también en el contexto de la denominada “sociedad del riesgo”.

Precisamente el carácter difuso o impreciso del objeto de tutela y la consecuente dificultad de comprobar la lesión o el peligro en estos bienes jurídicos de difícil aprehensión contribuye decididamente a la construcción de figuras de peligro abstracto,³⁷⁹ desde la perspectiva *ex ante* se recogen las conductas siguientes: i) Que no son en absoluto peligrosas, ii) Que tiene una peligrosidad directa (suficiente en unos casos, insignificante en otros), iii) Que poseen una peligrosidad mediata (sólo son capaces de facilitar la realización de otra actividad delictiva).³⁸⁰

2.4.3.1 *Las que no poseen peligrosidad.*

Las primeras son opciones susceptibles de sugerir la pervivencia de una categoría residual de peligro abstracto, el que se confinan supuestos diversos que no comportan

³⁷⁶ **Martínez-Bujan Pérez**, *Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial*, 108.

³⁷⁷ **Campo Moreno**, *Los actos preparatorios punibles*, 22.

³⁷⁸ **Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 79.

³⁷⁹ **Sánchez García De Paz**, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 38.

³⁸⁰ **Fuentes Osorio**, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 22.

riesgo alguno y que van desde meras infracciones éticas o administrativas a presunciones de peligro.³⁸¹

Por ejemplo, la obstaculización de la libre contratación laboral –art. 248 CP-, en la formación de asociaciones, sindicatos, sociedad o cooperativa –art. 294 inciso 2º CP-; en la realización de un acto de investigación –art. 337-A CP; o en una inspección medio ambiental –art. 256 CP-; así también los comportamientos relativos a la Tenencia, Portación o Conducción Ilegal o Irresponsable de armas de fuego –art. 346-B CP y el incumplimiento de deberes de asistencia –art. 389 CP-.

2.4.3.2 Delitos de peligro abstracto de resultado.

La capacidad puede ser suficiente. Son conductas capaces de conducir directamente a través de un curso causal regular y conocido a una lesión total o parcial del bien jurídico tutelado.³⁸²

Se ha hablado, en ocasiones, de delitos de peligro abstracto de resultado, pero no se trata de un resultado consistente en la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido. Se trata de un menoscabo del objeto de la acción. En estos delitos no basta con la realización de una acción, como sucede en los delitos de peligro abstracto de mera actividad “sino que es necesario que de la misma se haya derivado ese resultado externo que configura la situación de peligro”.³⁸³

En este grupo se incluiría la Conducción peligrosa de vehículo automotor en estado de ebriedad –art. 147-E inciso 2º CP- o la depredación ocasionada por quema de bosques u otras formaciones vegetales naturales o cultivadas –art. 258 CP-. Son también parte del mismo grupo, los delitos contra la Administración Pública, tales como los de Cohecho – 330, 331 y 335 CP-, el tráfico de Influencias –art. 336 CP- y el Falso Testimonio –art. 305 CP-. Así como la caza y pesca de especies en peligro de

³⁸¹ **Juan María Terradillos Basoco**, *Peligro abstracto y garantías penales*, publicado en la revista Nuevo Foro Penal N° 62 (España, 1999) 78.

³⁸² **Fuentes Osorio**, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 24.

³⁸³ **José Cerezo Mir**, *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo*, publicado en la revista Derecho penal y Criminología, 2ª Época N° 10 (España, 2002) 64.

extinción –art. 261 inciso 2° CP-; la Depredación de Flora Protegida –art. 259 CP- que poseen una suficiente capacidad lesiva para alterar el ecosistema.

2.4.3.3 *Delitos de aptitud o de peligro abstracto-concreto*

Introducidos por Schröder en la discusión que se ilustran bajo la aptitud para ser determinados mediante interpretación judicial, pero ello no cambia el hecho de que se trate de peligro abstracto, pues no es preciso que se produzca un resultado concreto, pero, también entre estos tipos que utilizan el elemento de la “*aptitud*”, hay algunos que puede concebirse como delitos de peligro concreto.³⁸⁴

En ese sentido en el que Gallas entendía que los denominados delitos de peligro abstracto-concreto son una modalidad de los de peligro abstracto, que se distinguen por no exigir la puesta en peligro de un bien jurídico determinado, sino por implicar la posibilidad de lesionar bienes jurídicos de un tipo determinado.³⁸⁵

Su característica definidora radica en que incorporan elementos de aptitud lesiva, lo que veta la identificación entre acción corporal y conducta típica: Esta implica un plus, cuya constatación requiere un juicio *ex post* sobre la relación de riesgo, sobre el añadido al que se emite la acción.³⁸⁶

Por ejemplo, la posesión de drogas para traficar, que requiere lograr la disponibilidad libre y pacífica de la sustancia al menos unos momentos; se trata por consiguiente de que el tipo exige un resultado como consecuencia de la conducta –aquí un determinado grado de avance en el acceso a la droga-, que no supone, sin embargo, un peligro concreto para el bien jurídico –salud pública y la libertad de potenciales adictos-, sino que la acción y su resultado siguen implicando sólo un peligro genérico o abstracto para el bien jurídico.³⁸⁷

³⁸⁴ **Roxin**, *Derecho penal: Parte general*, tomo I, 411.

³⁸⁵ **Terradillos Basoco**, *Peligro abstracto y garantías penales*, 74.

³⁸⁶ **Martínez-Bujan Pérez**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte general*, 134.

³⁸⁷ **Luzón Peña**, *Curso de Derecho penal: Parte general*, 314.

Los casos que están comprendidos en nuestro ordenamiento penal, serían los delitos que pueden causar estragos a la salud pública, referentes a la elaboración, comercio y tráfico de productos químicos, medicinales, alimenticios y aguas—arts. 271 y 272 CP-; así como la mayor parte de las actividades concernientes a la siembra y cultivo, fabricación o transformación y tráfico ilícito —art. 31-33 LRARD-.

2.4.3.4 Delitos de acumulación

Su concepción fue desarrollada por Lothar Kuhlen a partir de las consideraciones del análisis del § 324 St Gb (delito de contaminación de aguas, *Gewässerverunreinigung*) en la medida en que la acumulación de tales actos concretos sí tienen la capacidad para producir consecuencias lesivas, entiende que debe sostenerse no sólo su tipicidad formal, sino la propia tipicidad material.³⁸⁸

La configuración de lo que se ha dado en llamado delitos por acumulación (“*kumulationstabestände*”) no hace sino profundizar más en la eliminación del requisito de la relación de causalidad entre el comportamiento prohibido y los efectos que puedan temerse, pues en estos tipos se prohíbe una conducta de la que se sabe positivamente por sí misma no tiene ninguna virtualidad lesiva de manera que sólo por acumulación de múltiples acciones similares se podrá eventualmente producción el peligro o el daño.³⁸⁹

Así estos delitos pudieran suponer una infracción al principio de proporcionalidad (y de culpabilidad) a la vista de la relación existente entre la pena y el riesgo mínimo que contiene la conducta. Pero que igualmente podrían no representar esa infracción del principio de proporcionalidad si se tiene en cuenta la relevancia del interés protegido para el sistema social.³⁹⁰

En las estructuras típicas por acumulación se plasma como —antes se dijo— el ejemplo característico de la conducta de quien vierte una sustancia en las aguas cuyo

³⁸⁸ **Silva Sánchez**, *La expansión del Derecho penal*, 131-132.

³⁸⁹ **Mendoza Buergo**, *El Derecho penal en la Sociedad en riesgo*, 102.

³⁹⁰ **Fuentes Osorio**, “*La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito*”, 83.

significado lesivo para el medio ambiente deriva solo de la suma de otras muchas actividades individuales similares. El fundamento de su pena consiste en una desobediencia en masa, es decir, comportamiento en masa o imputación colectiva.³⁹¹

En definitiva, se persiguen legítimamente comportamientos objetivamente irrelevantes con el amparo de una remota conexión con un bien jurídico. Así, el ejemplo más tradicional, lo encontramos en nuestro art. 255 CP, el cual contempla el castigo de los comportamientos relativos a la provocación o realización de emisiones, radiaciones o vertidos de cualquier naturaleza en suelo, atmósfera, aguas terrestres superficiales, subterráneas o marítimas.

Otro supuesto, lo podemos encontrar en el tipo penal -contemplado art. art. 261 CP-, que atañe a la caza o comercio de: a) Especies amenazadas en su hábitat; b) Con dificultad de reproducción; y c) De especial interés para su protección, cuyos supuestos puede representar un daño acumulativo en la medida de la repetición de diversas conductas.

2.4.3.5 Con capacidad lesiva mediata.

Su peligrosidad se halla en que facilitan o favorecen el desarrollo de un plan criminal lesivo de un bien jurídico, aunque *per seno* pueden conducir directamente a la lesión del bien tutelado. Dentro de este grupo se incluyen los actos preparatorios y las tentativas de participación que fueron citados con motivo de su punición en el *iter criminis*.³⁹²

³⁹¹ **Bajo Fernández**, *Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho penal*, 376-378.

³⁹² **Fuentes Osorio**, *Formas de anticipación de la tutela penal*, 28.

Capítulo 3

El marco normativo nacional e internacional, y la experiencia en el Derecho penal comparado sobre la punición de la preparación delictiva en el delito de blanqueo de capitales.

En este apartado, estriba en torno a la normativa de carácter nacional e internacional, -con especial énfasis en las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas, y otras normas *sow loft*- y se inclina también de manera considerable a la implementación del ámbito previo en otros países.

3.1 El ámbito jurídico nacional sobre lavado de dinero.

El énfasis de este sub capítulo versará en el marco normativo vigente relacionado a la temática, ante la ausencia de la figura típica en nuestro ordenamiento penal, corresponderá en éste caso dilucidar sobre las estimaciones relativas a la protección del marco económico conforme a lo dispuesto en la carta magna, de igual manera, se describirá liminalmente el tipo básico de Lavado de Dinero y Activos, la contemplación de los actos preparatorios, en el anteproyecto de la Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de dinero y Activos y el avance interpretativo respecto al ámbito previo de la S.C.

3.1.1 Constitución de la República de El Salvador.

El énfasis al capítulo económico de la norma suprema, en términos llanos se efectúa porque constituye la fuente de la protección de un valor apreciable de manera abstracta y genérica concerniente al orden socioeconómico que puede sustentarse en los lineamientos predeterminados por el Estado.

Pero, es viable afirmar que, si bien el orden económico desde su perspectiva constitucional es objeto de protección normativa, su concreción en la sistemática

penal como bien jurídico tiene una diferente dimensión.³⁹³ Aunque se operativización penalmente será mediante una matización acorde a la concreción del objeto de protección que estará imbitito en la norma penal.

Tampoco es discutible que, los principios constitucionales afectan a los procesos legislativos de incriminación, especialmente en importantes momentos históricos como el que vivimos en la sociedad de la inseguridad.

En el mismo orden, se puede señalar que existe coincidencia en el ámbito constitucional, en cuanto a entender el denominado el denominado “*Orden Económico*”³⁹⁴, con su explícita manifestación a partir del art. 101 de la Constitución de la República de El Salvador –infra Cn-³⁹⁵ que con facilidad se puede percibir, aunque es difícil su dilucidación, por la diversidad de definiciones dadas por la doctrina.

Pero, se debe arrancar de su etimología que procede latín “*oekonomia*” y este a su vez del griego «οικονομία», en donde «oikos» significa casa y «nomos» es ley, es decir, es la ley o regulación de la casa, entendida a escala macro. Relativo a la administración eficaz y razonable de los bienes.³⁹⁶

En tanto su acepción más básica; parte de la compleja voz “*orden*”, según la Real Academia Española es “*la colocación de las cosas en el lugar que corresponde*”, que se complementa con otra atinente al “*ámbito de materia o actividades en el que se enmarca alguien o algo*”.

³⁹³ **Adán Martín Nieto** y otro., *Derecho penal económico*, (El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2009) 42.

³⁹⁴ El despliegue del orden económico no se limita al Título V de la Constitución de la República de El Salvador, sino que sus disposiciones están contenidas a lo largo de su texto, en los arts. 22, 23, 89, 131 ords. 6º, 8º-13º y 30º, 148, 167 ords. 3º y 4º, 168 ords. 6º y 15º, 195-199 y 223-234 Cn.

³⁹⁵ **Constitución de la República de El Salvador**, D.L. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

³⁹⁶ **Diccionario de la Real Academia**, que fue consultado el día veinticuatro de septiembre del presente año, y disponible en el sitio web <https://dle.rae.es/diccionario>.

Como sabemos, la economía ocupa y reclama un espacio preponderante en el campo político, pues las regulaciones estatales tienen incidencia variable, pero, importante en la vida de los ciudadanos y de las empresas, además de una vinculación estrechísima con el orden internacional dominante. Por tanto, lo que pueden o no hacer el Estado y los ciudadanos en su diaria relación económica debe estar encuadrado en la Constitución.³⁹⁷

Indistintamente de la forma o el sistema económico –de mercado, social o intervencionista- adoptado por un Estado, la economía tiene una gran influencia en el Derecho Constitucional, tanto es así que las Constituciones son generalmente verdaderos planes de política económica, si no los contienen, al menos crean al Órgano adecuado para que oriente la economía nacional.³⁹⁸

Por otra parte, los precedentes jurisprudenciales, dictan que, las normas constitucionales económicas no tienen naturaleza uniforme puede adoptar la forma de principios, instituciones, derechos o garantías, su contenido muy variado. Así, algunas establecen fines u objetivos del Estado en el campo económico, mientras que, otras precisan de la actuación estatal para lograr dichos fines u objetivos (actividades de regulación, de gestión, de prestación, etc).

Desde esta perspectiva, las funciones que el Estado puede realizar a través de la normas económicas son las siguientes: (i) Ordenar la vida económica, a fin de que el ejercicio de los derecho económicos de los individuos y de los grupos no perjudique a terceros ni atente contra el interés general: (ii) Encauzar la producción y distribución de bienes indispensables para la satisfacción de necesidades humanas básicas, y (iii)

³⁹⁷ **Baldo Kresalja y César Ochoa**, *Derecho Constitucional Económico*, (Perú, Fondo Editorial, 2019) 24.

³⁹⁸ **Francisco Bertrand Galindo**, y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edic., (San Salvador: Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, 1996) Tomo I, 32.

Informar la dirección del proceso económico en general orientándolo a metas de interés general.³⁹⁹

En tal sentido, se concuerda con Muñoz Fraga, en relación al contenido de las normas constitucionales arriba descritas, termina considerándolas fundamentales para definir la vida política y económica, con trascendentes consecuencias sociales. El Estado tiene bajo su estricta responsabilidad la conducción de la economía para alcanzar determinados fines; el modelo de participación es concurrente en los sectores público, social y privado; determina la propiedad y manejos exclusivos de las llamadas áreas estratégicas de la economía y alienta y protege las actividades económicas que realicen los particulares.⁴⁰⁰

En yuxtaposición, Muñoz Conde nos explica que, el orden público económico, en sentido estricto es cuando el Estado interviene en esas relaciones económicas de manera activa y protagonista, imponiendo determinadas obligaciones a los ciudadanos y relacionándose directamente con ellos, que también es objeto de protección específica por el Derecho Penal.⁴⁰¹

Finalmente, deberá entenderse por el orden público económico el conjunto de principios facultativos sobre la regulación y control impuesto por el Estado en las actividades económicas concernientes a la adecuada o correcta adquisición y distribución de bienes y servicios, a fin de que la colectividad obtenga los mejores beneficios, de igual manera, impone reglas a los agentes económicos particulares que desarrollan la actividad empresarial bajo las restricciones constitucionalmente trazadas.

³⁹⁹ **Sala de lo Constitucional**, Inconstitucionalidad con referencia 7-2006/27-2007/28-2007/29-2007, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

⁴⁰⁰ **Rafael Muñoz Fraga**, *Derecho Económico*, (México, Edit. Porrúa, 2011) 106.

⁴⁰¹ **Francisco Muñoz Conde**, *Derecho Penal: Parte Especial*, 20 edición (Valencia, Tirant lo Blach, 2015) 901.

3.1.2 Ley contra Lavado de Dinero y Activos.⁴⁰²

La ley especial se encuentra vigente desde hace veintidós años, –23 de diciembre de 1998- de hecho, se puede considerar como arcaica, puesto que, su fuente de configuración es la Convención de Viena de 1988, pero, el problema parece bastante obvio, el producto legislativo no fue evolucionando, sino que, se quedó estacando, siendo su última reforma la de 2015, cuando promovió la inclusión del tipo penal de Trásiego de Capitales.

En el art. 4 de la citada ley, nos encontramos con el tipo base contenido comportamientos alternativos que el blanqueador puede realizar en modalidades específicas de la acción, como lo son la de: 1) *Depositar*, 2) *Retirar*, 3) *Convertir* y 4) *Transferir bienes o derechos*, con la finalidad de ocultar o encubrir su procedencia ilícita o ayudar a eludir sus consecuencias jurídicas.

Para mejor entendimiento y claridad, respecto al inciso 1º de la disposición en comento, se debe establecer que, el sujeto activo ha realizado una acción de depósito, retiro, conversión o transferencia de fondos, bienes o derechos relacionados, que proceden directa o indirectamente de hechos delictivos, con la finalidad de ocultar o encubrir dicho origen o procedencia no lícita, y también se penaliza la ayuda mediante otro tipo de actos a los autores o partícipes de dichos hechos delictivos para escapar de una sanción.

Dejando a salvo, cualquier otro verbo rector que, se adecue a este ilícito penal, siempre que, sea utilizado con el fin de ocultar la procedencia de bienes ilícitos, inclusive cualquier omisión con ese mismo propósito delictivo.

Lo anterior supone un tipo mixto alternativo, de manera que, la realización de cualquiera de ellas dará lugar a la comisión del hecho delictivo.

⁴⁰² D. L. N° 498 de fecha 10 de diciembre de 1998, publicado en el D. O. N° 240, Tomo N° 341 de fecha 23 del mismo mes y año.

En tanto, el inciso 2º del precepto penal enunciado, comprende de manera residual cualquier otra operación o transacción, ya sea por acción u omisión dirigida a ocultar el origen delictivo de los bienes y valores, con el propósito de legalizar los mismos, que indudablemente son procedentes de una infracción criminal previa.

Dichas previsiones de “operación o transacción” escapan de un espectro puro de taxatividad, que es ampliada a una coincidente finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de capitales.

Mientras que, el art. 5 de la misma ley especial, contempla los casos especiales, retomando la mayoría de elementos del art. 3 de la Convención de Viena de 1988, cuyas manifestaciones se pueden resumir en: Encubrir u ocultar la naturaleza, origen, la ubicación, el destino, el movimiento de los bienes o derechos que recaen sobre los mismos.

Por último, el art. 6 LCLDA contempla un catálogo de delitos previos y generadores del delito de lavado de dinero y activos, de ahí, que, en lógica consecuencia, “... tanto la existencia de un delito previo (...) origen de los bienes objeto del lavado, como el conocimiento de dicho origen son el objeto de prueba, en sede procesal, de este elemento del tipo”.

En tal sentido, nuestro tipo básico denominado lavado de dinero y activos, puede configurarse por la comisión de un delito previo -cualquiera de los enunciados en el precepto anterior-,⁴⁰³ como presupuesto material para la acción punible, esto es, un elemento del tipo penal que se construye tanto objetivamente, -como un hecho que debe acreditarse-, como subjetivamente, -con el necesario conocimiento que ha de tener el autor del lavado de que los bienes involucrados provienen de ese hecho delictivo-.

⁴⁰³Aunque en términos de lesividad nuestro legislante establece una pena autónoma para el delito de lavado de dinero y activos.

3.1.3 Anteproyecto de la Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos.

Preliminarmente se debe acotar que, el comentado anteproyecto de ley, fue presentado el día treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, por el licenciado Douglas Arquímedes Meléndez Ruíz, quien fungía como Fiscal General de la República.

Luego dicho anteproyecto fue revisado, modificado, y concluido con ciento un artículos, en la gestión del licenciado Raúl Ernesto Melara Mórán, quien fuera su sucesor, además contó con el apoyo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y El Delito, Corte Suprema de Justicia, Unidad de Investigación Financiera de la misma Fiscalía, Comisión Nacional Antidrogas, Banco Central de Reserva y Asociación Bancara Salvadoreña,⁴⁰⁴ y presentado de nuevo ante el Legislativo, el día uno de octubre de dos mil diecinueve,⁴⁰⁵ sin embargo, dicho documento fue archivado desconociéndose las razones que impiden la conclusión de su revisión.

Pero, su revisión en el parlamento nacional fue relegado, debido a, las consecuencias sociológicas, económicas y de otra índole acorde a esa coyuntura, aparejadas a las nacientes por la emergencia sanitaria que surgió a raíz del Covid-19.⁴⁰⁶

El anteproyecto comentado será objeto de estudio, consta de diez párrafos relativos a la exposición de sus motivos, y ciento cinco artículos agrupados en: Título I

⁴⁰⁴ Consultada el día diecinueve de marzo de dos mil veinte, que se encuentra disponible en la página web: <https://www.contrapunto.com.sv/politica/partidos/revision-final-del-proyecto-de-ley-de-lavado-de-activos/11233>

⁴⁰⁵ Consultada el día veinte de marzo de dos mil veinte, la cual se encuentra disponible en <https://www.contrapunto.com.sv/politica/partidos/a-estudio-proyecto-de-ley-de-lavado-de-activos/11177>

⁴⁰⁶ Según la Organización Mundial de la Salud, es un virus que proviene de: “...una amplia familia que pueden causar diversas afecciones, desde el resfriado común hasta enfermedades más graves, como ocurre con el coronavirus causante del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV) y el que ocasiona el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV). Un nuevo coronavirus es una nueva cepa de coronavirus que no se había encontrado antes en el ser humano. El cual fue notificado por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019...”, dicha información fue revisada el día diecinueve de marzo de 2020, y retomada del sitio web oficial: <https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus>.

“Disposiciones Generales”; el título II denominado *“Estructura Institucional del Sistema Nacional para la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo”*, comprende el título III *“De las medidas para la prevención y control de los riesgos asociados al lavado de activos y la financiación del terrorismo”*, el título IV *“De las medidas para la detención del lavado de activos y la financiación del terrorismo”*, comprende el capítulo I *“De la detención de insualidades y reporte de operaciones sospechosas”*.

También ésta integrado por el título V *“Del rol de las entidades públicas en la prevención, control, detención y reporte del lavado de activos y financiamiento del terrorismo”*; asimismo, del título VII *“De las medidas para la investigación, juzgamiento y sanción del lavado de activos”*, el título IX *“Cooperación y colaboración interinstitucional en el ámbito nacional”* (arts. 91-95). Del mismo modo, el título X *“Seguimiento y monitoreo del Sistema Nacional para la prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo”* y el título XI *“Fortalecimiento institucional, sensibilización y capacitación”*.

La motivación del anteproyecto responde conforme a los considerandos I, II y III, al imperativo cumplimiento de las compromisos internacionales adquiridos con la suscripción de las Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas –en lo que sigue ONU- contra: a) El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, b) La Delincuencia Transnacional, c) La Corrupción, y d) la Represión de la Financiación del Terrorismo, así también el acatamiento de la resoluciones del Consejo de Seguridad de ONU, y la observancia de los Estándares Internacionales del Grupo de Acción Financiera Internacional.

La inclusión del art. 82 bajo el epígrafe de *“Proposición y Conspiración”* que literalmente dice: *“La proposición y conspiración de los casos de lavado de activos serán sancionados con una pena que se fijará entre la quinta parte del mínimo y la mitad del mínimo de las penas correspondientes establecidas en este capítulo”*, demuestra el adelantamiento de la actuación penal en materia de lavado de activos.

A continuación corresponde analizar éste tipo penal, debemos retrotraernos al art. 79 del mismo documento, para establecer los casos relativos al lavado de activos, siendo agrupados de la manera que sigue “...*adquirere, poseyere, utilizare...*” y continua con un segundo apartado “...*convirtiere, disfrazare, transportare, transfiriere o administrare...*” con la inclusión de una cláusula abierta bajo la disyuntiva “o” que hace posible dilucidar que se hace el acuño del que “*realizare cualquier acción o actividad relacionada con las anteriores sobre bienes o derechos*” dando lugar a la indeterminación de las conductas.

La tercera agrupación también se encuentra en el inciso 1° de la comentada disposición: “*ocultar o encubrir de su origen o naturaleza*” con una tautología presente en el inciso 2° de la misma, “*oculte o encubre de cualquier forma la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de fondos, bienes o derechos...*”.

Los supuestos anteriores determinan una sanción punitiva de ocho a quince años de prisión y una multa de cinco a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, puede denotarse que el *quantum* de la misma exponencialmente aumenta en relación a la contemplada actualmente en el tipo básico descrito en el art. 4 LCLDA.

Así también comprende dentro sus casos las actividades delictivas relacionadas a la corrupción por fondos provenientes de la administración pública, cuya penalidad aumenta desde la tercera parte del mínimo –dos años y ocho meses- hasta la tercera parte del máximo –cinco años-.

Bajo el esquema de punibilidad que fue expuesto, corresponde fijar la penalidad comprendida para el tipo penal “*Proposición y Conspiración*”, “...*entre la quinta parte del mínimo y la mitad del mínimo de las penas correspondientes establecidas en este capítulo...*”, debe considerarse lo equivocado que puede resultar la parte final, debido a las variantes en el régimen sancionador de los tipos penales contemplados en

el capítulo I del Título VII del comentado anteproyecto, que definitivamente son distintos.

Por ende, puede advertirse que, la redacción de la penalidad es propia del *quantum* de la herencia española y, debe decirse con franqueza que resulta eventualmente necesario modificarse para la remisión de la actividad precedente a la consumación del tipo básico –comprendido art. 79-, no así sobre el culposo –art.81-, de modo que, la penalidad del art. 82, debería suponer una sanción mínima de un año, siete meses y seis días y un máximo de cuatro años de prisión.

3.1.4 Jurisprudencia

El enaltecimiento de la anticipación de la barrera de protección se muestra tan proclive en nuestra jurisprudencia constitucional, marcando un sendero, la Inc. con referencia 5-2001 Ac⁴⁰⁷ que reafirmó que la postura clásica rechaza: “...*el sistema de castigo general de los actos preparatorios, por sus defectos jurídicos políticos cuanto por su inoperancia real, sin perjuicio de que se admitan ciertas excepciones...*”; desde luego supone todavía la validez y contemplación del principio de impunidad de los delitos preparatorios en un enfoque garantista.

Pero, en la misma exposición el máximo interprete, se encargó de apuntalar la brecha de la intervención punitiva anticipada, resaltando que “... *constituye un ámbito de libre decisión del legislador, quien conforme a las opciones políticas criminales que estime pertinentes puede convenir en su uso...*”, por supuesto, debe trascender que, la actividad legislativa por configurar el adelantamiento de la actuación penal, se decantó por la instrumentalización “...*de los tipos autónomos...*”, que no supone algo novedoso, debido a que, en Parte Especial del CP, ya se contemplaban varios tipos penales de esa naturaleza jurídica.

⁴⁰⁷ **Sala de lo Constitucional**, Inconstitucionalidad con referencia 5-2001 AC, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

La perduración de la brecha por el ámbito previo, se puede divisar en Inc. con referencia 3-2016⁴⁰⁸, resaltando textualmente lo siguiente: “...*Existe una variedad de conductas distantes de la producción efectiva de un determinado peligro (...) Dentro de este conjunto de comportamientos se encuentran los denominados actos preparatorios del delito...*” pero, debe destacarse que numerosas técnicas del ámbito previo que puede ser más extremas, aunque definitivamente se debe a la peligrosidad que representa la confabulación criminal.

Finalmente se resaltó en el precedente que efectivamente es “...*un Derecho Penal de corte eminentemente preventivo...*”, cuya conexión política puede enherbolarse con el modelo propuesto en la tan aclamada expansión del Derecho penal moderno, una plasmación muy significativa en este contexto de la inseguridad en la sociedad moderna.

La contemplación del enfoque preventivo puede destacarse en la re-definición de terrorismo en la Inc. 22-2007,⁴⁰⁹ exponiendo que: “...*el legislador ha decidido tomar un enfoque prospectivo en la incriminación, la cual toma como referencia los hechos probables que se planean cometer con una intención enfocada en la intimidación colectiva...*”, por lo que el énfasis del control estatal se debe a la prevención del riesgo en la sociedad moderna.

Así pues, el intérprete constitucional llegó a la conclusión que: “... *aún y cuando los actos de preparación puedan encontrarse alejados de una lesión o peligro efectivo a los bienes individuales y colectivos, éstos forman parte de un programa de la organización; que aun y cuando no se ejecuten, puede considerarse manifestaciones perturbadoras para el orden social y a la misma existencia del Estado...*”.

⁴⁰⁸ **Sala de lo Constitucional**, Inconstitucionalidad con referencia 3-2016, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

⁴⁰⁹ **Sala de lo Constitucional**, Inconstitucionalidad con referencia 22-2007, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

Al respecto, podemos expresar que efectivamente la mediata lesión es una característica de los actos preparatorios, así también que la cobertura de la preparación delictiva supera el umbral de los meros programas de organización, y que el paradigma de que los actos preparatorios protegen el orden social, ya fue superada por la doctrina moderna, que determina la dependencia generalmente por la vía del interés protegido en el delito de referencia.

3.2 Estándar normativo internacional sobre el lavado de dinero.

El tema propuesto definitivamente desde hace muchos años, irrumpió las fronteras nacionales, por tanto, puede considerarse un fenómeno transnacional y, como tal ha sido objeto de diversidad de instrumentos internacionales impulsados en principio por la Organización de las Naciones Unidas, seguidamente por otros organismos regionales, que atendiendo al impacto criminal, promovieron diferentes directrices que en amplio contexto de Derecho internacional público se suelen relacionar con la expresión “*soft law*”, presentados como piezas claves para el combate al blanqueo de capitales.

Según Zaragoza Aguado, el cuerpo legislativo supranacional se integra fundamentalmente por la declaración de Basilea de 1988, la Convención aprobada en Viena, el Convenio del Consejo de Europa abierto a la firma de Estrasburgo, la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas y el informe del Grupo de Acción Financiera Internacional.⁴¹⁰ A continuación corresponde realizar los comentarios pertinentes de tales instrumentos con el énfasis de la anticipación punitiva.

⁴¹⁰ **Javier Alberto Zaragoza Aguado**, *El Blanqueo de bienes de origen criminal*. En *Derecho Penal Económico*, (España, Consejo General del Poder Judicial, 2001) 368 y 369.

3.2.1 Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.

Este instrumento fue precedido por diversos antecedentes internacionales que obligaban a sus suscriptores a adoptar ciertas medidas represivas contra las actividades relativas al lavado de dinero, como fue el caso de la resolución 39/142 de la Asamblea General de la Naciones Unidas del año 1984, a pesar de no haber logrado una proyección comparable⁴¹¹ que concluyó con su aprobación en la celebración de la sexta sección plenaria el día 19 de diciembre de 1988 en Viena, en su elaboración participaron alrededor de ciento seis países y diversidad de asociaciones invitadas.

Así pues, El Salvador mediante acuerdo ejecutivo N° 232 de fecha 30 de marzo de 1993, acordó su adhesión, y su sometimiento mediante su ratificación en la Asamblea Legislativa, con su ulterior publicación en el D. O. N° 107, tomo N° 327, de fecha 12 de junio de 1995, conviniendo posteriormente en su respectivo depósito. El articulado supone la internalización de la prevención relativa al narcotráfico y, constituye el antecedente global en el combate del lavado de activos, como producto de un tipo precedente.

Además, supone la implementación de una nueva política criminal, que desplaza los puntos de atención al producto ilícito de delito y su confiscación, cuyo objetivo específico consistía sobre todo en la necesidad de suprimir completamente del tráfico económico las utilidades del comercio organizado de narcóticos; asimismo hace parte de los esfuerzos internacionales de unificación de la legislación en el campo de lavado de activos, y la extinción de ganancias ilícitas a nivel internacional.⁴¹²

En la letra “p” del art. 1 de la Convención, se realiza la conceptualización de “*producto*” como los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la

⁴¹¹ **Cruz Ponce**, *El delito de lavado de activos*, 22.

⁴¹² **Hans-Jorg Albrecht**, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, trad. Oscar Julian Guerrero Peralta (Bogotá, Digipirnte Editores, 2001) 47 y 48.

comisión de un delito tipificado en el párrafo 1 del art. 3 referente a las actividades relacionadas con los productos derivados del delito precedente de narcotráfico, que, con posterioridad puede ser convertidos o transformados de o sustituidos de forma lícita para su ocultación.

Luego en la letra “q” por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acredite la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

Avanzando con el tema, la Convención de 1988, determina la criminalización al menos de doce conductas de lavado de dinero, en el romano i) letra “b” de su art. 3, se contempla los supuestos delictivos de “*Conversión y transferencia de bienes*”,⁴¹³ procedentes de los tipos penales de tráfico de drogas; con el objeto de “*ocultación o encubrimiento*”, cuya utilización terminológica fue muy discutida por su indeterminación entre los países asistentes, pero, todavía persiste vigente en nuestros arts. 4 y 5 LCLDA-.

En tanto, el art. 3 letra “c” reúne los supuestos de “*la adquisición, la posesión o la utilización de bienes*” contemplando un castigo de los actos de disfrute que están inmersos en una cláusula de aislamiento, es decir, que se propugnan por evitar que el dinero ilícito procedente de las actividades relativas a las drogas, contamine el sistema socio económico, lo cual resulta discutible en la legitimidad constitucional de la receptación de los bienes.

Al mismo tiempo, la misma letra c) en su *rom. III* establece los comportamientos de “*instigar o inducir públicamente a otros por cualquier medio, acometer alguno de los delitos tipificados*”, se puede estimar que, ambos términos parecieran ser similares, sin embargo, la instigación corresponde al acto de provocación, y la inducción es considerada como una forma de participación.

⁴¹³ Equivalente a “*transmitir*”, con un sentido propio distinto a los conceptos vertidos en materia civil.

Mientras que, el *rom. IV* de la misma disposición, preceptúa literalmente lo siguiente: “...la participación en la comisión de los delitos tipificados (...) la asociación, y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión”.

Lo anterior constituye la primo-génesis de la preparación delictiva en el delito de lavado de activos, a reserva de los ordenamientos internos; siendo la terminología acuñada la de una forma de participación “asociación”, luego la de dos momentos distintos en el camino del delito, por un lado, “confabulación” y, por otro lado, “tentativa”, que no es la más prolija, pero, debe entenderse que la adopción de los tópicos radica en función del criterio “*iter criminis*”, bajo el entendido sistemático del actual ámbito previo de la tutela penal.

Finalmente, el profesor Blanco Cordero, nos aclara que, la incitación viene a ser, en semejanza con la instigación, una forma de provocación para cometer un delito, la incitación no exige tampoco el inicio de los actos ejecutivos que traspasarían el umbral de los actos preparatorios. Entonces la confabulación, entendida como la puesta de acuerdo sobre un negocio entre dos o más personas podría identificarse con la conspiración.⁴¹⁴

En suma, se considera a la conspiración –como una confabulación– y la provocación –instigación– como los actos preparatorios punibles de esta Convención.

3.2.2 Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias de 1988.

En paralelo, a la Convención de Viena; el Comité de Supervisión Bancaria conformado por el G-10,⁴¹⁵ se dedicó a la redacción de un instrumento que preparaba el reforzamiento del papel del sistema bancario en la lucha contra el blanqueo de capitales, se exhortó mediante diversos principios, aunque no vinculantes

⁴¹⁴ Blanco Cordero, *El delito de Blanqueo de Capitales*, 449.

⁴¹⁵ El grupo internacional integrado por doce miembros: Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Suiza y los Estados Unidos.

jurídicamente, a las instituciones financieras a instaurar una serie de controles preventivos para evitar la introducción de los productos provenientes de las actividades delictivas.

Atinadamente, Rodríguez Huertas, nos comenta que, su objetivo era impedir que los bancos y otras instituciones financieras fueran utilizadas para transferencias o depósitos de fondos de procedencia ilícita, a través de reglas de comportamiento, como identificación de la clientela, la comprobación o averiguación de la conformidad de las transacciones a estándares éticos, la cooperación con autoridades, controles internos y adiestramiento del personal.⁴¹⁶

La importancia de este antecedente es que influyó de manera significativa en la prevención del lavado de dinero en las entidades que conformaban el sistema financiero, y en las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera –por sus siglas GAFI-.

El producto del Comité para la Reglamentación Bancaria y las Prácticas de Vigilancia–luego denominado Comité de Supervisión Bancaria de Basilea- fueron “*Los principios básicos para una supervisión bancaria eficaz*” publicados en septiembre de 1997, que han sido utilizados en diferentes países como referencia para evaluar la calidad de sus sistemas supervisores e identificar las medidas necesarias para conseguir un buen nivel de base en cuanto a prácticas de supervisión.⁴¹⁷

La implementación de los veinticinco principios erigidos, aunque inicialmente no se denotó su influjo con el pasar del tiempo, fortaleció la regulación y supervisión sobre integrantes del sistema financiero, promoviendo su solidez, estabilidad y una evolución constante en la lucha de la prevención del blanqueo de capitales.

⁴¹⁶ **Olívio Rodríguez Huertas**, *Lavado de activos. Generalidades*. en *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*. coord. Norma Bautista, et. al. (Santo Domingo, Editorial Mediabyte, S.A., 2005) 3.

⁴¹⁷ *Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz* (Bancos de Pagos Internacionales 2006) 1, cuya versión digital fue consultada el día 15 de mayo de 2021, y se encuentra disponible en el sitio <https://www.bis.org/publ/bcbs129esp.pdf>.

El referido Comité manifestó que, debido a la interpretación dispar de los aludidos Principios, era necesario desarrollar una “*metodología*”, la cual contiene los criterios que dan la pauta para determinar de manera más armonizada como la regulación y supervisión de las entidades bancarias han contribuido al establecimiento de las buenas prácticas y estándares.⁴¹⁸ Este énfasis internacional se asentó en los marcos normativos internos compuestos por las leyes sustantivas, reglamentos y normas técnicas con la contemplación de la supervisión y control de lavado de dinero, desde el establecimiento de controles contables hasta la información catalogada como privilegiada.

En esa sintonía, la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero,⁴¹⁹ constituyó una nueva arquitectura dentro del sistema financiero con un dinamismo de juego de pesos y contrapesos, al establecer poderes de supervisión en una sola entidad lo cual genera un amplio círculo de implementación que agrupa a todos los integrantes del sistema evitando puntos ciegos y riesgos de arbitraje dentro del sistema supervisor.⁴²⁰

3.2.3 Convenio Europeo sobre blanqueo, detención, embargo y confiscación de los productos de un delito de 1990.

Con ocasión de la XV Conferencia Europea de Ministros de Justicia, que se llevó a cabo los días 17 y 19 de junio de 1986 en Oslo, los representantes convinieron en la recomendación para la adopción de medidas y criterios internacionales tendientes a garantizar una cooperación internacional eficaz en relación al encubrimiento y el decomiso de los rendimientos procedentes del tráfico ilegal de sustancias.

⁴¹⁸ *Documentos ocasionales N° 2014-02 “Adecuación de los Estándares Internacionales en la Regulación del Sistema Financiero Salvadoreño”* (Banco Central de Reserva de El Salvador) 13 y 14, que se fue consultado el día 15 de mayo de 2021, y se encuentra disponible en <https://www.bcr.gob.sv/regulaciones/documentos/Documento-Ocasional-2014-02.pdf>

⁴¹⁹ **Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero**, D.L. N° 592 de fecha 14 de enero de 2011, publicado en el D.O. N° 23, Tomo N° 390 de fecha 2 de enero de 2011.

⁴²⁰ *Adecuación de los Estándares Internacionales en la Regulación del Sistema Financiero Salvadoreño*, 9.

Así pues, tras casi tres años de trabajos efectuados en el marco del grupo expertos conocidos por sus siglas PC-R-SC, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, convocado el día 8 de noviembre de 1990, en la ciudad francesa de Estrasburgo, adoptó la redacción definitiva de dicho convenio.⁴²¹

En contraposición, a la Convención de Viena de 1988, que se limita a la persecución de las ganancias obtenidos por el tráfico de drogas, la emitida por el referido Consejo hace alusión a los beneficios económicos provenientes de cualquier delito grave, ampliando el espectro de los delitos precedentes.

Por tal motivo, en su art. 1 letras “a” y “b” retoma del instrumento precedente la terminológica, no obstante, en sus definiciones se contempla importantes variante lingüísticas, véase la de “*producto*” que significa cualquier ventaja económica que se obtenga de la comisión de un delito, puede constituir en cualquier “*propiedad*” ya sea material o inmaterial, muebla o inmueble, así como documentos o instrumentos que ponga de manifiesto el título o cualquier interés de dicha propiedad.

Además, se introduce, en la letra “c” la instrumentalización de la propiedad para la comisión delictiva, y en la letra “e” la concepción del “*delito base*” referido a cualquier delito como resultado del cual se ha generado productos que pueden ser objeto de un delito de los definidos en el art. 6 del mismo Convenio.

Por supuesto que la citada disposición contempla las conductas de blanqueo de capitales referentes a la “*conversión o transmisión de propiedades*”, “*ocultación o disfraz de la verdadera naturaleza*” “*adquisición, posesión o uso de propiedades*”, que salvo por algunas variantes se retoman del contenido propuesto desde Viena, aunque ya no se limita procedencia de los bienes exclusivamente a los relacionados con el narcotráfico, y preceptúa el sendero de su persecución aunque no esté sometido a la jurisdicción criminal del Estado Parte.

⁴²¹ **Eduardo Fabián Caparros**, *Internacionalización del Lavado de Activos e Internacionalización de la Respuesta*. En *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 5ª edic. (Organización de los Estados Americanos, 2018) 20.

De suma importancia, resulta para nuestra investigación, la recomendación de considerar las medidas legislativas para la punición de la conducta enmarcada en la letra “d” del art. 6 de este Convenio, que dice: “...*la participación en, asociación o conspiración para cometer, tentativa de cometer y ayudar, inducir, facilitar y aconsejar cometer cualquier de los delitos que se establezca de acuerdo a este artículo*”, en el que se continuó presumiendo la encomienda internacional de un enfoque político criminal de la punición a etapas tempranas del *iter criminis*, con una concepción innovativa a la clásica regla general dominante del principio impunidad clásico, presumiendo de la continuidad de la terminología “*conspiración*” y “*tentativa de cometer*”.

3.2.4 Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos de 2000.

La conferencia mundial sobre Delincuencia Organizada Transnacional, celebrada en Nápoles del día 21 al 23 de noviembre de 1994, adoptó una declaración política y plan de acción, que fue aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución N° 49/59 del 23 de diciembre de ese mismo año,⁴²² además se estableció la necesidad de elaborar una convención internacional.

Mientras que, en su resolución N° 53/111 de fecha 9 de diciembre de 1998, se decidió la creación de un comité especial intergubernamental para que elaborará la Convención y la factibilidad de instrumentalizar tres protocolos relativos a la trata de mujeres y niño, tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones, y el tráfico ilícito de migrantes.

Los esfuerzos se concretaron con la resolución A/Res/55/25 del 15 de noviembre de 2000, en la cual se adoptó la propuesta de la Convención de la ONU contra la

⁴²² **Isidoro Blanco Cordero e Isabel Sánchez García de Paz**, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: La definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio*, publicado en la revista penal N° 6 (España, 2000) 5.

Delincuencia Organizada Transnacional, que nuestro país firmó y ratificó para entrar en vigor, con previos tramites de ley.⁴²³

Su estructura no abriga demasiadas alteraciones respecto del estándar internacional preexistente. P.ej. sobre el que esta Convención se cierne, fundamentalmente, es la noción de “*delincuencia organizada*”, terminología que, si bien no goza de una definición unívoca en el derecho internacional, se encuentra relativamente objetivada al determinarse el concepto de “*grupo delictivo organizado*” y al calificarse ciertas conductas atribuibles a dichos grupos.⁴²⁴

Por otra parte, el contenido del art. 2 del instrumento, atinente a las definiciones relativas al blanqueo de capitales, mantiene una significación constante a los antecedentes internacionales salvo algunas variantes lingüísticas.

En su letra “*h*”, nos encontramos con una modificación conceptual de la propuesta de Estrasburgo de “*delito base*” por la de “*delito determinante*”, como todo delito del que se derive un producto que puede pasar a constituir materia de un delito definido en el art. 6 de la misma Convención.

La importancia de este instrumento internacional radica a partir del contenido de los arts. 3 y 4, que incita de manera vinculante a cumplir con sus disposiciones a los Estados Partes a la prevención, investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados en los arts. 5 “*participación en un grupo delictivo organizado*”, 6 “*blanqueo del producto del delito*”, 8 “*corrupción*” y 23 “*Obstrucción de la justicia del mismo instrumento*”, y apuesta por la cooperación internacional para contrarrestar la criminalidad.

En cuanto a la penalización del blanqueo de capitales, los romanos i y ii de la letra *a*) del art. 6 del Convenio, mantiene en los supuestos siguientes: “*La conversión o la transferencia de bienes*”, “*ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza*”,

⁴²³ Por medio D.L. N° 161 del día 16 de octubre de 2003, publicado en el D. O. N° 65, tomo N° 363 del día 2 de abril de 2004.

⁴²⁴ **Cruz Ponce**, *El delito de lavado de activos*, 26.

“adquisición, posesión o utilización de bienes”. Así como la punición de los actos preparatorios, expuesta de la manera siguiente: *“la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión”*.

Ahora bien, la variante en relación con la Convención de Viena, es que se persiguió una gama amplia de delitos determinantes –ya no se limita a los comportamientos de tráfico de drogas-, que, según se contempla en el art.6. 2 letra a), hace alusión a la generalidad de los delitos graves que define como conductas constitutivas de delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con pena más grave, aunque los mismos fueron cometidos fuera de la jurisdicción de los Estados Partes.

También se demuestra la constante influencia internacional por propugnar el adelantamiento de la respuesta punitiva a delitos previos que de manera expresa supone la terminología de *“asociación” “confabulación”* y la *“incitación”*, esta última afincada como una forma de provocación, que fue objeto de reseña en la Convención anterior.

Al respecto, Choclán Motalvo, nos expone que, la política de la globalización es agresiva con la criminalidad organizada, pues este nuevo riesgo derivado de la globalización política y económica, se caracteriza por la magnitud de consecuencias lesivas; no solo crea inseguridad ciudadana, como la tradicional delincuencia individual, sino inseguridad al económico. Así pues, las propuestas en el plano sustantivo suponen la creación de tipos penales de peligro que adelanten la tutela penal, reaccionando ya frente al mismo fenómeno asociativo a través de tipos delictivos que sancionen penalmente las manifestaciones delictivas de crimen organizado.⁴²⁵

⁴²⁵ **José Antonio Choclán Motalvo**, *Criminalidad organizada: Concepto, la asociación ilícita, problemas de autoría y participación*. En *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos*,

Por otra parte, la razón por la que los redactores de esta Convención, evitaron el empleo de la versión española –en la inglesa permanece inalterado- el término “*encubrimiento*”, sustituyéndolo por el “*disimulación*” en su art. 6. Todo parece indicar que los redactores pretendieron con ello garantizar que también puedan ser condenados como blanqueadores quienes comenten el delito previo a partir del cual se obtiene la riqueza a lavar, evitando que se califique su conducta como un acto impune de autoencubrimiento.⁴²⁶

No obstante, Blanco Cordero, nos comenta que, el apartado *e*) dispone que los Estados Parte podrán disponer, si así lo requieren los principios fundamentales de su Derecho interno, que los delitos de blanqueo no se apliquen a las personas que haya cometido el delito determinante. Se posibilita así la exclusión de los responsables del delito previo del círculo de sujetos activos del delito de blanqueo de capitales.⁴²⁷

3.2.5 Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por medio de la resolución N° 58/4 del día 31 de octubre de 2003, la referida Convención en Mérida, abierta a su firma el día 9 de diciembre del mismo año, convencidos internacionalmente de la lucha por la prevención y combate de la corrupción, el día 25 de junio de 2004, fue ratificada por nuestro país, con previa publicado en el D. O N° 131, tomo N° 264 de fecha 14 de julio del mismo año. Su preámbulo, se destaca la preocupación por “...*los vínculos entre la corrupción y otras forma de delincuencia, en particular la delincuencia organizada .y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero...*”.

procesales y orgánicos, dir. Carlos Granados Pérez (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001) 18 y 219.

⁴²⁶ **Caparros**, *Internacionalización del Lavado de Activos e Internacionalización de la Respuesta*, 30.

⁴²⁷ **Blanco Cordero**, *El delito de Blanqueo de Capitales*, 153.

En lo concierne al combate contra el lavado de activos, la Convención contiene una regulación más detallada que los instrumentos predecesores. Como resultado distintivo, la Convención aborda el fenómeno delictivo también desde una perspectiva extrapenal al demandar de los Estados no solo la tipificación penal de ciertas conductas de lavado de dinero sino también la adopción de medidas de índole preventiva y administrativa.⁴²⁸

Según Delgado Rodríguez, nos indica que, la Convención recoge una lista detallada de medidas para prevenir la corrupción, incluida la aplicación de políticas y prácticas preventivas, la creación de órganos a tal efecto, el uso de códigos de conductas para los funcionarios públicos, criterios objetivos para la contratación. Así mismo promueve la transparencia y la responsabilidad de la gestión de las finanzas públicas, así como en el sector privado, con el refuerzo de las normas de contabilidad y auditoría, así como las medidas destinadas a prevenir el blanqueo de capitales.⁴²⁹

En cuanto a la terminología adoptada no sufrió amplias modificaciones, aunque la letra *h*) presupone por “*delito determinante*” se entenderá todo delito del que derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en art. 23 de la misma Convención, que contempla el epígrafe “*Blanqueo del producto del delito*” cuya redacción tiene un origen en las convenciones predecesoras, con algún esfuerzo por dotar de cierta autonomía e independencia del encubrimiento –art. 24 de la Convención-.

En el mismo orden de ideas, las conductas de blanqueo de capitales versan sobre “*la conversión o la transferencia de bienes*”, “*la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza*”, “*adquisición, posesión o utilización de bienes*” y los actos preparatorios para cometer cualquiera de los comportamientos antes mencionados.

⁴²⁸ Cruz Ponce, *El delito de lavado de Activos*, 29.

⁴²⁹ José María Delgado Rodríguez, “*El blanqueo de capitales y el Crimen Organizado en España: Regulación, tendencias de política criminal y alternativas*” (Tesis de doctorado, Universidad Internacional de Cataluña, 2016) 77.

Persiste este instrumento en el párrafo 2 del art. 23 del instrumento, en reafirmar la aplicación de la gama amplia de delitos tipificados, cometidos con independencia de la jurisdicción de los Estados Partes, aunque esto en realidad dependerá de la tipificación o no del delito determinante en el ordenamiento interno donde fuere cometido, que viendo siendo una copia del apartado c) del art. 6 de la Convención de Palermo.

Aparentemente se respeta el principio de doble incriminación⁴³⁰, no obstante, es cuestionable de cara a la cooperación internacional el enfrentamiento de la delincuencia transnacional, que, propugna el principio de jurisdicción universal⁴³¹, renunciado al requisito de incriminación recíproca y se asume como única exigencia que el hecho previo constituya un delito determinante, de acuerdo con el ordenamiento jurídico del país donde se gesta el lavado de activos.

Finalmente, se coincide con López Rojas y Goite Pierre, sobre el cuestionamiento de la trascendencia de la cooperación internacional para el logro de los ansiados estándares de eficacia en orden a la prevención y represión de delincuencia, y del lavado de activos, no parece coherente anteponer las finalidades procesales tendientes a la persecución y juzgamiento cuando ello implica trastocar aspectos dogmáticos esenciales, pues toda estrategia reactiva que aspire al éxito debe diseñarse desde un enfoque global que armonice los planos criminológico, sustantivo y procesal.⁴³²

⁴³⁰ Supone que los comportamientos susceptibles de ser calificados como delitos previos deben estar sancionados penalmente tanto en el lugar de comisión como en el lugar de realización del lavado de activos. **Blanco Cordero**, *Principios y recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero: Aspectos Sustantivos*. En *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 131.

⁴³¹ “...El reconocimiento de este principio por los Estados supone no solo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional y frecuentemente lesiones por formas de delincuencia internacional. **Mercedes García Arán**, *El principio de justicia universal*, en *Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet*, coords. Mercedes García Arán Diego López Garrido (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000) 66.

⁴³² **Dayan Gabriel López Rojas y Mayda Goite Pierre**, *El delito determinante cometido en el extranjero para el lavado de activos*, publicado en la Revista Cuba Lex N° 36 (Cuba, 2016), 217 y 218.

3.2.6 Los estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación del Grupo de Acción Financiera.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (*Financial Action Task Force*), sobre lavado de activos fue creado con motivo de la cumbre del G-7 y otros Estados, celebrada en París en 1989, reconociendo el papel esencial que podrían desempeñar en este campo el sistema bancario y las instituciones financieras,⁴³³ con el fin de promover, desarrollar y coordinar políticas con las cuales se regularon los criterios mínimos de supervisión de los controles al sistema financiero con el fin de impedir el blanqueo de capitales.⁴³⁴

El producto del GAFI son las 40 recomendaciones originales de 1990, que no son vinculantes jurídicamente, pero mantiene un influjo internacional al considerarse estándares que promueven la implementación de medidas legales y operativas para combatir el lavado de activos, financiamiento de organizaciones terroristas, la proliferación de armas de destrucción y otras amenazas al sistema financiero internacional.

Las recomendaciones se revisaron en 1996, y ampliaron su campo más allá de los activos provenientes de las drogas, en octubre de 2001, expandió su mando e incluyó el financiamiento de actos y organizaciones terroristas, y formuló las recomendaciones especiales sobre dicho financiamiento. En el 2003 se revisaron por segunda ocasión las recomendaciones originales y las especiales fueron avaladas y reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y financiamiento de terrorismo, que ahora están integradas a las primeras.

Finalmente, el 16 de febrero de 2012, el aludido Grupo aprobó las nuevas cuarenta recomendaciones integrando y actualizando las anteriores en el enfoque de la prevención y el combate del lavado de activos.

⁴³³ Caparros, *Internacionalización del Lavado de Activos e Internacionalización de la Respuesta*, 17.

⁴³⁴ Albrecht, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, 49.

En otro orden, pertenecemos al Grupo de Acción Financiera del Caribe que es un órgano regional que fue constituido durante la conferencia sobre blanqueo de capitales procedentes de la droga que tuvo lugar en Aruba, entre los días 8 al 19 de junio de 1990, en la que se emitieron 19 recomendaciones.⁴³⁵ A propósito, en la reunión ministerial de los Estados Partes en noviembre de 1992, en Jamaica, los países participantes se comprometieron formalmente a ratificar la Convención de Viena –El Salvador en 1995- y aplicar las 40 recomendaciones del GAFI y las 19 que fueron producto de las discusiones en Aruba, y se reconoció la necesidad de crear una estructura institucional para controlar el progreso de su aplicación.⁴³⁶

En lo concerniente propiamente al tema, la recomendación N° 5 promueve la tipificación del lavado de activos a todos los delitos, según la nota interpretativa 2. Los delitos determinantes se pueden “*describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques*”.

En su glosario dice que por delito de lavado de activos deberá entenderse: “...no sólo al delito o delitos primarios, sino también a los delitos auxiliares...”, que se conecta con en la nota interpretativa N° 7, letra d) de la recomendación N° 3, que literalmente hace hincapié: “...*Deben existir delitos auxiliares para el delito de lavado de activos...*”, por lo que definitivamente se puede asentar que se promovió en los Estados cooperantes, un énfasis por la promoción del adelantamiento de la actuación penal y, la peculiar naturaleza jurídica preconcebida como propuesta inevitable.

También debe comentarse que, esa disposición ratifica el contenido propuesto en las Convenciones precedentes, en cuanto a: “...*la participación en, asociación con o*

⁴³⁵ **Rodríguez Huertas**, *Lavado de activos. Generalidades. en Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*, 38.

⁴³⁶ **Blanco Cordero**, *El delito de Blanqueo de Capitales*, 161.

conspiración para cometer, intentar, ayudar y cooperar, facilitar y asesorar la comisión del delito”.

Podemos concluir que la regulación internacional promovió constantemente la tipificación de las conductas precedentes a la consumación del lavado de activos, sin embargo, nuestro legislador de la época –en la LCLDA- se decantó por el sistema clasista rechazando dicho compromiso, pero, actualmente tampoco parece ser un tema relevante, pese a las insistentes recomendaciones internacionales por normar la preparación previa a evitar la consumación de aquellos comportamientos que atentan contra la micro y macroeconómica de nuestro Estado.

3.3 Derecho Penal Comparado.

Los estudios modernos de derecho comparado, nacieron en el siglo pasado bajo la forma “*legislación comparada*”, disciplina destinada a facilitar el proceso de unificación de los derechos internacionales y contrapuesta a la historia comparada, encaminada a esclarecer científicamente los orígenes de los derechos en el marco más amplio del devenir social, según el planteamiento realizado por Lamber con ocasión del Congreso Internacional de Derecho Comparado (celebrado en 1990) y que desde ahí la ingente influencia de numerosos estudios de derecho comparado.⁴³⁷

Esta materia se ha desarrollado no sólo como estudio dedicado a instituciones específicas observadas desde las distintas ramas del derecho y, por tanto, como micro comparaciones, sino también como cotejo entre sistemas jurídicos en su conjunto: Como macro comparación o sistemología, como estudio de los caracteres profundos y no contingentes de los ordenamientos jurídicos.⁴³⁸

La denominada legislación comparada recientemente está vinculada al fenómeno de la globalización y la colonización moderna, ambos tópicos íntimamente relacionados;

⁴³⁷ **Guseppe De Vergottini**, *Derecho Constitucional Comparado* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004), 27-28.

⁴³⁸ **Reid Sacco**, *Che cos'è il diritto comparato*, (Giuffrè, Milán, 1992) 75 citado por **Alessandro Somma**, *Introducción al Derecho Comparado*, (Universidad Carlos III de Madrid, 2015) 45.

la influencia de los Estados con posición económica y política en el siglo XXI, es cada vez más evidente, de modo que parece inevitable las modificaciones en los ordenamientos jurídicos internos de los países dependientes, que inicialmente se gestan mediante sus recomendaciones, pero, que posteriormente se vuelve vinculantes.

Por tal motivo, el derecho comparado ahora pretende con énfasis la comparación jurídica postmoderna que pretende esbozar sus estudios sobre los múltiples nexos existentes entre las construcciones técnico-jurídicas y el contexto en el que ha madurado.⁴³⁹

En ese orden, en este bosquejo se plasman las consideraciones a partir de la revisión del Código Penal de España, que debido a su herencia romano germánica, indudablemente continua trascendiendo de forma modélica en nuestro ordenamiento penal, además se retomó la legislación vigente de la República de Chile, por considerarse un referente exponencial en Suramérica, sobre el adelantamiento de la actuación penal, y, se acogió de la región de América Central y el Caribe, los ordenamientos tanto de Honduras, como República Dominicana, siendo verdaderos ejemplos para el cumplimiento del compromiso internacional por combatir la actividad pre delictiva en materia de lavado de dinero.

3.3.1 Reino de España.

El Código Penal Español vigente desde 1995,⁴⁴⁰ contempla en su libro II “*Delitos y sus penas*”, título XIII “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”, capítulo XIV “*De la receptación y blanqueo de capitales*” (arts. 298-304).⁴⁴¹

⁴³⁹ **Alessandro Somma**, *Introducción al Derecho Comparado*, 75.

⁴⁴⁰ Ley Orgánica 10/1995 de fecha veintitrés de noviembre de 1995 en el Boletín Oficial del Estado N° 281 de fecha veinticuatro del mencionad mes y año.

⁴⁴¹ La normativa fue consultada el día 30 de septiembre de 2021 y se encuentra disponible en el sitio web: www.boe.es/legislación/codigos/codigo.php?modo=2&id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.

El delito de blanqueo de capitales comprende las conductas descritas en el art. 301, que concretamente se refieren a adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir, o cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, valores y ganancias, que, pretende incorporar al tráfico legal con pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo de valor de los bienes.

La *quantum* de la penalidad de incrementa en su mitad superior cuando los bienes proceden de las actividades delictivas precedentes, tales como el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 368-372), Capítulos V “*Del Cohecho*” (arts. 419-427 Bis), VI “*Tráfico de Influencias*” (arts.428- 431); VII “*De la Malversación*” (432-435 Bis); VIII “*De los fraudes y exacciones ilegales*”, (arts. 436-438); IX “*De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función*” (arts. 439-444) y X “*Disposición común a los capítulos anteriores*” (art. 445) del Título XIX “*Delitos contra la Administración pública*” o en alguno de los delitos (arts.319-20) del Capítulo I “*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo*” del Título XVI *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*”.

También contempla las conductas de ocultación y encubrimiento en el apartado 2 de la misma disposición, con la misma penalidad del tipo penal base, mientras que, en el art. 301.3 tipifica el delito culposo de blanqueo, con pena de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo, además del supuesto de personas con pertinencia a una organización con tales fines cuya penalidad se incrementa a la mitad superior -art. 302.1- y la sanción es más severa si se tratare de personas con una cualidad especial -art. 303-.

El art. 17 CP de España, describe la prohibición genérica de los actos preparatorios: La “*conspiración*” es cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelve ejecutarlo y la definición de la “*proposición*” cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en el mismo.

El tipo penal contenido en el art. 304 CP España, dice literalmente: “...*La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados*”, se considera que es la fuente de los actos de un asocio criminal que tiene acogida en el catálogo cerrado de los tipos principales antes descritos.

3.3.2 República de Chile.

En el país suramericano el delito de lavado de activos se contempló por primera ocasión en la ley N° 19366 de 1995 con exclusividad en el delito previo de narcotráfico. Posteriormente con la ley N° 19913 publicada en el D.O. del 18 de diciembre de 2003,⁴⁴² se creó la Unidad de Análisis Financiero como el objetivo de prevenir, controlar y reprimir el lavado de activos, impidiendo inclusive la legitimación de las ganancias ilícitas.⁴⁴³

Dicha normativa sufrió importantes modificaciones con la ley N° 20119 de 2006, incorporando sujetos obligados a brindar información a la mencionada institución, mientras que, la ley N° 20818 promulgada el 18 de febrero de 2015, se obligó al sector público a revelar posibles operaciones sospechosas y amplió la gama de los delitos previos.

En el año 2018 se promulgó la ley N° 21121 que incorporó las infracciones de apropiación indebida y administración desleal como precedentes al delito de lavado de activos. En tanto, la ley N° 21211 promulgada el día 4 de febrero de 2020, que impone la controlaría sobre la información y rendición de los gastos reservados del sector público. Siendo la última modificación, la introducida mediante la ley N° 21314 publicada en el D.O. el día 13 de abril de 2021, con la cual se le encomendó a

⁴⁴² Véase su contenido en el sitio web <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=219119>, el cual fue consultado el día diez de octubre de 2021.

⁴⁴³ Reviste de importancia el hecho de que ese país cumplió con la recomendación realizada por las O.N.U. en la Convención de Palermo, específicamente en el art. 7.1 letra b), atinente a la creación de una dependencia de inteligencia financiera con capacidad de recopilar información, analítica y supervisora de las actividades sospechosas al delito de blanqueo de capitales

la Unidad de Análisis Financiero la supervisión y adecuada la gestión de riesgos emergentes por lavado de activos y financiamiento de terrorismo.

La ley N° 19913 de Chile, contempla en su título III *“Disposiciones varias”*, específicamente el art. 27 letra a), que presenta la tipificación de lavado de activos, de la manera que sigue: *“El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directamente o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de algunos de los delitos...”*.

El núcleo de las conductas alternativas recae en los verbos rectores que suponen la actuación ilícita de *“ocultar”* y *“disimular”*, de un despliegue intelectual del autor por utilizar *“cualquier forma”* activa u omisiva a su alcance para disfrazar el origen ilícito de bienes, que, para tales efectos la misma disposición define como: *“...los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales e incorpóras, muebles e inmuebles, tangibles o intangibles...”*.⁴⁴⁴

La disposición continúa describiendo el catálogo cerrado de los hechos previos que superan el umbral de los delitos de narcotráfico, desde luego su legislador se decantó por una política criminal que delimita aquellos ilícitos precedentes que puede constituirse como una fuente material para el delito de blanqueo de capitales.

Mientras que, en la letra b) de la misma disposición, estipula: *“El que adquiera, posea, tenga o use los referido bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito...”*, se describen comportamientos alternativos *“adquirir”*, *“poseer”* y *“tener”*, los primeros suponen la realización de actos de naturaleza mercantil, de manera conjunta o aislada de un disfrute autónomo, y la tenencia es materialmente un provecho esporádico por su uso, acompañados del conocimiento de la ilicitud de la procedencia de los bienes y el ánimo de lucro o sea de la lucidez exigible por el aprovechamiento material de los mismos.

⁴⁴⁴ Cfr. El párrafo 4° del art. 27 de la Ley N° 19913.

La ley en comento, en su art. 28 contiene la asociación ilícita para el lavado de activos, el cual en sus incisos 1° y 2° disponen lo siguiente:

“...Los que se asociaren u organizaren con el objeto de llevar a cabo algunas de las conductas descritas en el artículo anterior, serán sancionados por este solo hecho, según las normas que siguen:

1.-Con el presidio mayor en su grado medio, al que financie, ejerza el mando o dirección, o planifique los actos que se propongan, y

2.- Con presidio mayor en su grado mínimo, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugares de reunión, o colabore de cualquier otra forma para la consecución de los fines de la organización.

Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica”.

El injusto penal pretende evitar el enriquecimiento de las asociaciones u organizaciones de naturaleza criminal, despojándolas de sus fuentes de ingresos y de los productos provenientes de su actividad delictual, pero, también contiene la previsión del castigo para los actos preparatorios.

En tanto, el Código Penal de Chile⁴⁴⁵ contiene en su art. 8 las definiciones de la conspiración y proposición para cometer un crimen, la primera se configura cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del mismo, mientras que, la proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen, propone su ejecución a otra u otras personas.

⁴⁴⁵ El citado Código Penal fue consultado el día once de octubre de dos mil veintiuno y se encuentra disponible en: www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984&idVersion=2021-02-03&idParte=10131189.

La previsión subyacente en el tipo penal de carácter asociativo, de la conspiración que esta imbita en el seno de la organización criminal, que, recae sobre una concertación que se gesta en el interior de su dirección, cuando se refiere a la planificación de aquellos actos que se proponga para dar licitud a los bienes y valores procedentes de la actividad criminal.

El tipo penal comentado –art. 28 inciso 2º- cumple liminalmente con la recomendación original de la Convención de Viena de 1988, aunque no de la forma más acabada, supone las sanciones de: Presidio mayor en su grado medio de diez y un día a quince años de prisión, y presidio mayor en su grado mínimo de cinco años y un día a diez años de prisión, conforme a lo establecido en el art. 56 del CP Chileno.

3.3.3 República de Honduras.

El Poder Legislativo de la República de Honduras, promulgó el decreto N° 144-2014, denominado “*Ley Especial contra Lavado de Activos*”, la cual fue publicada en la Gaceta oficial, el día treinta de abril de dos mil quince, dentro de sus considerandos estiman “...*la efectiva lucha integral contra la comisión de los tipos penales que derivan en la legitimación de ganancias económicas que genera la criminalidad organizada, las que afectan a su sociedad...*”, es decir, pretenden mediante su implementación la protección a la económica nacional y el buen funcionamiento del sistema financiero.

Acorde a la normativa, por lavado de activos deberá entenderse el proceso dirigido a dar apariencia de legalidad al producto de actividades delictivas o aquellos carentes de justificación económica lícita o causa legal de su procedencia a ocultar su origen para garantizar su disfrute.

Con el art. 3 de la mencionada normativa, nació la Comisión Interinstitucional para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, por sus siglas “*CIPLAFT*”, es una dependencia del Consejo Nacional de Defensa y Seguridad, cuya

función principal es la de diseñar e implementar políticas públicas de prevención, control y combate del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Según el art. 4 de la misma ley, la aludida Comisión Interinstitucional está compuesta por representantes permanentes y enlaces técnicos designados y está bajo la coordinación de la Comisión Nacional de Bancos y Seguros a través de su dependencia Unidad de Inteligencia Financiera, que es la encargada de recibir los reportes de las transacciones sospechosas, inusuales o aquellas que superen el umbral establecido por el Banco Central de Honduras –arts. 7 y 24 de la ley especial- que son considerados objetivamente como probables casos de lavado de activos.

Es particularmente relevante, que, de manera expresa en el art. 35 se consagra la autonomía de los delitos contra el lavado de activos, según lo cual, para su juzgamiento, no se requiere procesamiento o condena por el delito precedente contenido en su ordenamiento común o leyes especiales, es decir, la conducta generadora de los bienes o valores ilícitos, que a diferencia de otras legislaciones resulta necesario identificar la conducta criminal subyacente.

El art. 36 de la misma normativa, contempla tipo penal de lavado de activos se resumen en los supuestos relativos al “...a quien por sí o por interpósita persona: *Adquiera, invierta, transforme, resguarde, administre, custodie, transporte, transfiera, convierta, conserve, traslade, oculte, encubra, de apariencia de legalidad, legalice o impida la determinación del origen o la verdadera naturaleza, así como la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de activos productos directos o indirectos...*”.

El ilícito puede desglosarse básicamente en los actos de conversión, inversión o transferencia, de bienes con fines de lavado se produce básicamente mediante un proceso de transformación, sustitución, traslado o remisión, aquellos relativos a la adquisición, conservación o administración, de dinero o valores procedentes de terceros aunque no requieren el carácter lucrativo –que lo distinguen de las conductas

de recepción- y los de ocultamiento o encubrimiento, como el acto básico de esconder, disfrazar el origen, ubicación o destino de los bienes o ganancias.

De nuestro interés, resulta ser el art. 38 de la misma ley especial, que contiene el delito de asociación ilícita, que a letra dice “*quienes se asocien o confabulen para cometer el delito lavado de activos o testaferra deben ser sancionados por ese solo hecho, con reclusión de seis a diez años...*”.

Tal parece que la infracción penal, establece un valladar al comprender que las organizaciones o asociaciones criminales pretenden cumplir con su finalidad económica mediante la generación de ganancias de forma grupal o para un miembro de la misma, pero, después tienden a disfrazar u ocultar el origen del producto de sus actividades ilícitas, que, pueden describirse como una contaminación del mercado financiero que pone en peligro su economía nacional.

Esa misma disposición conviene en acatar la recomendación internacional vertida originalmente en la Convención de Viena de 1988, sobre la tipificación de la “*asociación*” con la intención criminal de agruparse para blanquear activos o ganancias, y la “*confabulación*”, se entiende con el concierto de varias personas con el objeto emprender un acto criminal.

Lo anterior da la pauta para considerar, aunque la redacción de la disposición no es la más acaba, resulta contemplar la conspiración en la aludida ley especial, que estatuye el adelantamiento de la barrera de protección a los actos previos al delito de lavado de activos.

3.3.4 República Dominicana.

El 31 de mayo de 2017, el Poder Ejecutivo promulgó la Ley N° 155-17, sobre Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, la cual derogó la mayor parte de la Ley N° 72-02 sobre el lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas de 2002. La normativa según sus considerandos pretende promover la homogenización de los instrumentos normativos internacionales, como lo son las Convenciones de las

Naciones Unidas de 1988, 1999, 2002 y 2003, y las recomendaciones de la GAFI, permitiendo el fortalecimiento a los mecanismos jurídicos internos que permiten tipificar de manera autónoma las conductas orientadas a la legitimación de recursos que tienen su fuente en la actividad delictiva, y la focalización por los esfuerzos en la detención de recursos destinados al financiamiento del terrorismo.

Además se promovió la creación del Comité Nacional contra el Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo, como un órgano colegiado responsable de la prevención, detención, control y combate del lavado de activos, el financiamiento de terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva –véase sus arts. 88, 90 párrafo I y 91-.

El fortalecimiento del control preventivo por parte del Estado se incrementó en la cantidad de sujetos obligados, tales como: Empresas de factoraje, constructoras, casas de empeño entre otras, se instauró dentro de su esquema de negocios la exigibilidad de programas de cumplimiento con el objetivo de prevenir y monitorear riesgos, un régimen administrativo sancionador por incurrir en las faltas previamente tipificadas, e introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas con sanciones como el cierre definitivo o multas económicas, y el represivo aumentando la cantidad de hechos generadores.

Según el precepto contenido en el art. 2 de la citada Ley, el lavado de activos: “... *Es el proceso mediante el cual personas físicas o jurídicas y organizaciones criminales, persiguen dar apariencia legítima a bienes o activos ilícitos provenientes de los delitos precedentes señalados en la presente ley...*”.

La normativa tipifica de manera expresa las infracciones penales como lavado de activos –art. 3-, las conductas asociadas a tal delito –art. 4- bajo la fórmula de la calidad facultativa del sujeto activo, ya sea “...*empleado, ejecutivo, funcionario, director u otro representante autorizada de los sujetos obligados o servidor público...*”, y las consideradas como financiamiento de terrorismo –art. 5-. Además,

proclama la autonomía de las infracciones precedentes al lavado de activos independientemente de haya sido investigadas, enjuiciadas o falladas en su jurisdicción o una distinta.

El art. 3.4 de la citada Ley, literalmente dice “...*La persona que asista, asesore, ayude, facilite, incite o colabore con personas que estén implicadas en lavado de activos para eludir la persecución, sometimiento o condenaciones penales, será sancionada con una pena de cuatro a diez años de prisión mayor, multa de doscientos a cuatrocientos salarios mínimos...*”.

Los comportamientos descritos y la “*incitación*”, provienen de la estructura técnica promovida en el art. 1 letra b) de la Convención de Palermo de 2000, no ésta de más reiterar que, dicha terminología evoca al acto de provocación, que es considerado internacionalmente como un acto preparatorio en delito de lavado de activos.

3.3.5 Cuadro de análisis comparativo

Tópicos	Reino de España	República de Chile	República de Honduras	República Dominicana
Tipo Penal Auxiliar	<p>Código Penal de 1995</p> <p>Artículo 304.</p> <p><i>La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.</i></p>	<p>Ley N° 19913 de 2003</p> <p>Artículo 28</p> <p><i>Los que se asociaren u organizaren con el objeto de llevar a cabo algunas de las conductas descritas en el artículo anterior, serán sancionados por este solo hecho, según las normas que siguen:</i></p> <p><i>1.- Con el presidio mayor en su grado medio, al que financie, ejerza el mando o dirección, o planifique los actos que se propongan, y</i></p> <p><i>2.- Con presidio mayor en su grado mínimo, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugares de reunión, o colabore de cualquier otra forma para la consecución de los fines de la</i></p>	<p>Ley Especial contra Lavado de Activos</p> <p>Artículo 38</p> <p>Asociación ilícita.</p> <p><i>Quienes se asocien o confabulen para cometer el delito de lavado de activos o testaferra deben ser sancionados por ese solo hecho, con reclusión de seis a diez años.</i></p>	<p>Ley N° 155-17, sobre Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de 2017.</p> <p>Artículo 3.- Lavado de activos.</p> <p><i>Incurrir en la infracción penal de lavado de activos y será sancionado con las penas que se indican:</i></p> <p><i>4) La persona que asista, asesore, ayude, facilite, incite o colabore con personas que estén implicadas en lavado de activos para eludir la persecución, sometimiento o condenaciones penales, será sancionada con una pena de cuatro a diez años de prisión mayor, multa de doscientos a cuatrocientos salarios mínimos, el decomiso de todos los bienes ilícitos, valores, instrumentos y derechos sobre ellos, así como la inhabilitación temporal por un período de diez años</i></p>

		<p><i>organización.</i></p> <p><i>Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica”.</i></p>		<p><i>para desempeñar posiciones, prestar servicios o ser contratado por entidades de intermediación financiera, participantes del mercado de valores, y entidades públicas.</i></p>
Alcance	<p>El tipo penal básico, el tipo culposo y el encubrimiento, contemplados en art. 301; a los integrantes de una asociación criminal art. 302 y sujetos activos con una calidad especial -art. 303.</p>	<p>El tipo penal principal contemplado en el art. 27 de la misma norma penal.</p>	<p>El tipo penal básico sancionado en el art. 36 de la misma ley.</p>	
Sanción principal	<p>Para el caso del tipo básico, la sanción en pena inferior en primer grado entre tres y seis meses, mientras que, en segundo grado oscilaría entre un mes y dieciséis días a seis meses menos un día.</p> <p>de acuerdo a los arts. 67 y 304</p>	<p>Presidio mayor en su grado medio de diez y un día a quince años de prisión.</p> <p>Presidio mayor en su grado mimo de cinco años y un día a diez años.</p> <p>Conforme a lo establecido en el art. 56 del CP Chileno.</p>	<p>Reclusión de seis a diez años.</p>	<p>Pena de cuatro a diez años de prisión mayor.</p>

	CP Español.			
--	-------------	--	--	--

Con el análisis comparativo anterior, se puede establecer que, la Convención de Viena de 1983, elaboró una tipología estándar con los comportamientos de “instigar”, “inducir”, “asociación” y “confabulación”, las legislaciones de Chile, Honduras y República Dominicana, no tuvieron reparo en cumplir con el compromiso internacional relativo a las tipologías auxiliares que prohíben la asociación, confabulación, facilitación, inducción o colaboración, respectivamente, mientras que, el tipo penal del art. 304 CP Español, fue redactado como un tipo de actos preparatorios dependientes de otros supuestos reducidos a un catálogo cerrado -arts. 301-303- que contiene expresamente la prohibición genérica de provocación, proposición y conspiración, abandonando el diseño internacional.

El alcance de la tipología contemplada en la normativa penal de Chile y Honduras, depende esencialmente del comportamiento básico que les precede de los arts. 27 y 36, respectivamente. En tanto, la ley especial de República Dominicana contempla el tipo penal de asocio como un comportamiento de lavado de activos. Finalmente, la infracción penal contemplada en el art. 304 de España, tiene una inmensa trascendencia sobre los supuestos relativos al tipo básico, al encubrimiento, el caso de integrantes de una organización y el caso especial por la calidad del sujeto activo –ya sea facultativo, profesional, funcionario o autoridad-.

En cuanto al tema de las sanciones relativas a la tipología de la preparación delictiva en materia de blanqueo de capitales, podemos determinar el tipo penal auxiliar contemplado en el art. 28 1) de la Ley especial de Chile, contiene una sanción más rigurosa que estriba entre los diez y quince años de prisión, mientras que, los tipos comprendidos en las leyes especiales de Honduras República Dominicana, tiene un límite etéreo de punibilidad máximo de diez años.

La diferencia podemos encontrar en el art. 304 CP Español, sí se tratare del tipo penal básico, podrían imponer una inferior en primer grado que oscilaría entre tres meses y

un día a seis meses menos un día, y si fuere en segundo grado, equivaldría a un mes y dieciséis días a tres meses menos un día, siendo la más rigurosa cuando se tratare de sujetos facultativos, a quienes que podría imponerles una sanción inferior en primer grado de un año y seis a tres años, y una inferior en segundo grado que estribaría entre nueve meses y un año seis meses.

En este estado de las cosas, me permito afirmar que, el ordenamiento penal español, seguirá siendo modélico para la construcción de nuestro tipo auxiliar del lavado de dinero, así pues, el art. 82 “*Proposición y Conspiración*” del anteproyecto L.E.P.CyS.L.A. contempla una prohibición genérica dependiente del tipo básico –art. 79-, no así del culposo –art.81-, de modo que, la penalidad debería suponer una sanción mínima de un año, siete meses y seis días y un máximo de cuatro años de prisión.

Se puede concluir que la redacción de la penalidad es propia del *quantum* de la herencia española y, debe decirse con franqueza que resultará eventualmente necesario revisarla.

Podemos describir otras objeciones, que serían la indiscriminada remisión del art. 304 a las infracciones contenidas en los arts. 301 a 303, en virtud de que no todas las modalidades delictivas contenidas en estos preceptos pueden servir de base para el castigo de los actos preparatorios.⁴⁴⁶ Así pues, resulta difícil imaginar que los mismos tengan lugar en una tentativa o el tipo imprudente descrito en el apdo. 3 del art. 301 CP Español.

Finalmente, es parece difícilmente concebible la provocación en el delito de blanqueo de capitales por nuestro legislador, dado que racionalmente no parece factible una provocación dirigida a la ocultación o al encubrimiento de los bienes.

⁴⁴⁶ **Martínez Bujan Pérez**, *Derecho penal económico y de la empresa*, 284.

Capítulo 4

La importancia de la intervención anticipada del Derecho Penal en materia de lavado de dinero y activos para contrarrestar la impunidad socioeconómica en El Salvador.

4.1 Preludio.

Este apartado se erigió a partir de una iniciativa que tiene por objetivo dilucidar la terminología relativa “*lavado de dinero y activos*”, también denominado en el derecho comparado como “*blanqueo de capitales*”, asimismo asentar un énfasis sobre fase externa del delito, acotando sus grados de ejecución de manera descriptiva y la concreción sobre su naturaleza pluriofensiva a tenor de los bienes jurídicos protegidos.

4.1.1 Precisión terminológica.

La terminología de “*lavado de dinero*” procede de la expresión “*Money laundering*”, es preeminentemente histórica y su origen se asocia a las actividades de la mafia norteamericana de la primera mitad del siglo XX, si bien el término adquirió mayor popularidad a raíz del denominado Watergate, donde la prensa norteamericana comenzó a utilizar esa expresión para referirse a las acciones tendientes a “*lavar*” el “*dinero sucio*”.⁴⁴⁷

El vocablo fue empleado por primera vez en el ámbito judicial en los Estados Unidos en 1982, que implicaba el comiso de dinero supuestamente blanqueado procedente de cocaína colombiana. Esta locución no es técnica, sino que procede de la jerga más genuina del hampa, y forma parte del argot empleado en el marco de las actividades económicas y financieras.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ **Juan Cruz Ponce**, *El delito de Lavado de Activos*, (Buenos Aires, Ad Hoc, 2014) 55

⁴⁴⁸ **Isidoro Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª edición (Navarra, España, Editorial Aranzandi, 2002), 86.

Así pues, Souto nos hace referencia a que estamos delante de un fenómeno internacional que adoptó al menos tres denominaciones del delito, “*riciclaje*”, “*blanqueo*” y “*lavado*”; la primera corresponde a la traducción “*riciclaggio*” italiano, que es usada en una parte de Suiza de esa habla italiana, el termino blanqueo es utilizado en España, Bélgica, Francia y Portugal; y el de lavado es más extendido en países anglófonos como Alemania, Austria y Suiza, y la proximidad geográfica a los Estados Unidos, y en la mayor parte de América de Sur.⁴⁴⁹ Finalmente, Bajo Fernández destaca la propuesta de D´Albora sobre la denominación a dicha figura delictiva como “*legitimación de capitales*”.⁴⁵⁰

Es claro que, en este trabajo, se ha realizado un uso indistinto de la terminología relacionada; debido a que, las variantes lingüistas no distan de la esencialidad y la coincidencia de sus elementos integrarles, conforme a lo expresado por la diversidad de autores, así se tiene el albor de sus nociones comunes.

Cabe aclarar que, nuestra ley especial –LCLDA- acogió una tipología⁴⁵¹ bajo el epígrafe de “*lavado de dinero y activos*”, que contiene *per se* una ambigüedad lingüística y, por ende, un carácter conceptual *sui generis*.

4.1.2 Definiciones.

Para Zaragoza Aguado, los términos “*blanqueo de dinero*” o “*blanqueo de capitales*”, son neologismos que sirven para designar aquellas conductas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos o, si se prefiere, a dar apariencia de licitud al producto o beneficio

⁴⁴⁹ **Miguel Abel Souto**, *El Blanqueo de dinero en la normativa internacional*, (Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2002) 32 y ss, que fu retomado en la obra de *Aspectos Dogmáticos Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*, coord. Norma Bautista y otros (República Dominicana, Justicia y Gobernabilidad, 2005) 5.

⁴⁵⁰ **Miguel Bajo Fernández**, *Derecho penal, persona jurídica y blanqueo de capitales*, (Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018) 53.

⁴⁵¹ “...Una tipología de lavado de activos consiste en la identificación, categorización y descripción de técnicas y métodos utilizados por las organizaciones criminales para dar apariencia de legalidad al dinero, bienes, efectos o ganancias de procedencia ilícita y trasladarlos de un lugar a otro, a efectos de su disfrute o recapitalización...”. Vid. **Marcial Eloy Páucar Chappa**, *La investigación del delito de lavado de activos: Tipologías y jurisprudencia* (Perú, Ara Editores, 2013) 84.

procedente del delito. Tampoco es infrecuente, para hacer referencia el uso de vocablos tales como “lavado de dinero”, o “lavado de activos” o “reciclaje” o incluso “legitimación de capitales”.⁴⁵²

En tanto, Martínez-Bujan Pérez, determina el manejo de una noción estricta del blanqueo de bienes referida exclusivamente al proceso de reconversión de bienes de origen delictivo y, una en sentido amplio que alude genéricamente al proceso de legitimación de los bienes de procedencia ilegal, obtenidos al margen del control de la administración tributaria.⁴⁵³

Cassani define al blanqueo de dinero sucio como el acto por el cual la existencia, la fuente ilícita o el empleo ilícito de recursos son disimulados con el propósito de hacerlos desaparecer como adquiridos de forma lícita; blanquear dinero es reintroducirlo en la economía legal, darle apariencia de legalidad y permitir así al delincuente disfrutarlo sin ser descubierto. El que blanquea dinero procedente de un delito ayuda por tanto al delincuente a aprovecharse plenamente del producto de la infracción.⁴⁵⁴

El jurista Gómez Iniesta, reduce el lavado de activos a aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita.⁴⁵⁵

⁴⁵² **Javier Zaragoza Aguado**, *El delito de Blanqueo de Capitales. Legislación, doctrina y Jurisprudencia*. En *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 300.

⁴⁵³ **Carlos Martínez-Bujan Pérez**, *Derecho penal económico y de la Empresa*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2013) 263.

⁴⁵⁴ Retomado de **José Miguel Espinosa Infante**, *La prevención del blanqueo de capitales en el ámbito notarial*, (Madrid, Dykinson, 2013) 37 y 38.

⁴⁵⁵ **José Fernández de Cevallos y Torres**, “*Blanqueo de capitales y principio de lesividad*” (Tesis de doctorado, Universidad de Salamanca, 2013) 125.

En cambio, Blanco Cordero, nos ofrece una definición analítica el blanqueo de capitales, 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.⁴⁵⁶

En tanto, Cruz Ponce propone delimitar al lavado de dinero de activos como el delito mediante el cual los activos provenientes de un ilícito penal son convertidos, transferidos, administrados, vendidos, gravados, disimulados o puestos en circulación en el mercado de cualquier modo, con la consecuencia posible de que el producto del delito adquiera la apariencia de origen lícito.⁴⁵⁷

Bajo Fernández, entiende por blanqueo de dinero una estratagema por la que el sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal⁴⁵⁸ cometida con anterioridad, pero, con el aspecto positivo de someter la riqueza a partir de entonces, a los deberes de contribución al gasto público.⁴⁵⁹

4.1.3 Fase externa del lavado de dinero y activos.

Conforme a los argumentos que fueron vertidos en el capítulo N° 2 de este trabajo; la dogmática penal en general, nos enseña sobre la distinción entre las fases interna y externa en el camino del delito y, de manera unánime que la intervención de la actuación penal iniciará a partir de la exteriorización apreciándose generalmente con los actos preparatorios, en principio impunes, salvo las excepciones que expresamente aparecen como sancionados en el ordenamiento jurídico penal.

En este punto, resulta necesario establecer que, en el delito blanqueo de capitales, también transcurre un camino que inicia con los actos preparatorios punibles – obviamente la doctrina se ha ocupado relativamente del tema-, por supuesto, puede

⁴⁵⁶ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 93.

⁴⁵⁷ **Cruz Ponce**, *El delito de Lavado de Activos*, 60.

⁴⁵⁸ **Bajo Fernández**, *Derecho penal, persona jurídica y blanqueo de capitales*, 199.

⁴⁵⁹ **Miguel Bajo Fernández**, *Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales*. En *Hacia un Derecho penal económico europeo: Homenaje a Klaus Tiedemann*, (España, Boletín oficial del Estado, 1995) 75 y 76

quedarse en un hecho intentando, y en la medida el sujeto activo agote los elementos objetivos se podrán vislumbrar su consumación.

Partiendo de lo anterior, debe construirse un esbozo sobre los cimientos propuestos en los instrumentos internacionales, que fueron matizándose con varias líneas contempladas en la doctrina, coadyuva para la reconfiguración normativa en la legislación comparada.

En consagración, al compromiso asumido internacionalmente por los suscriptores de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Narcotráficos y Sustancias Psicotrópicas de 1988, surgió una obligación en el sentido de tipificar internamente como delitos, los actos preparatorios prescritos -en el art. 3 letra c) rom. iii) y iv)- que corresponden a las conductas nucleares de “*instigar*”, “*inducir*”, “*asociación*” y “*confabulación*”, a reserva de dispuesto en los principios constitucionales de cada Estado.

Además, nuestro país con posterioridad suscribió el Convenio Centroamericano 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 1997, sin embargo, conviene señalar que, no alude de manera expresa a ninguno de los comportamientos preparatorios para la comisión del lavado de dinero.

Pero, el ajuste propuesto internacionalmente para tipificar los actos preparatorios sí encontró su acogida bajo las fórmulas internacionales relativas a la asociación, confabulación o facilitación, retomadas en las legislaciones de Chile –art. 28 de la Ley N° 19913-; Honduras –art. 38 de la Ley Especial contra Lavado de Activos-; República Dominicana - el art. 3.4 Ley N° 155-17 sobre Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo-; o de forma expresa, mediante la punición específica de la proposición y conspiración, como es el caso del Reino de España –art. 304 CP-.

Ahora bien, la tentativa se puede considerar como el eslabón que, se halla entre la preparación y la ejecución, es decir que, es estimada como la fórmula que sirve para

separar el comienzo de la ejecución, pero, además como un criterio delimitador de la autoría y la participación, así establecido *supra* en este documento. Conforme quedo plasmado en el art. 3 letra c, rom. iv) de la citada Convención de 1988, también incidió para la tipificación de la tentativa para cometer cualquier los delitos precedentes, entre ellos, el de lavado de dinero y activos.

Tales exigencias derivadas de sus compromisos internacionales, fueron acogidas: En Alemania, con el § 258 Strafvereitelung –favorecimiento personal- y el § 259 *Hehlerei* –receptación-; también en Suiza que admite la posibilidad de la tentativa – arts. 305 bis y 21 CP suizo-; y la legislación penal americana aunque no hay ningún tipo específico sobre la tentativa, sin embargo, sobre el blanqueo se dice que comete tal delito quien “*realice o intente realizar*” –*conducts or attempts to conduct*-⁴⁶⁰ en el marco del denominado “*principal offence*” se distinguen en derecho anglosajón al menos tres figuras: “*attempt*” –tentativa-, “*conspiracy*” –conspiración- y “*solicitation o incitement*” –proposición- éste último con preponderancia en el derecho inglés.⁴⁶¹

Pero, es evidente que la técnica propuesta en la Convención de Viena, no fue la más idónea, debido a que, se pretendió sancionar la voluntad criminal del sujeto, tanto en la tentativa, como en la consumación, amparándose en una teoría subjetiva imperante en esa época, obedeciendo a un desprecio por el aspecto objetivo del injusto personal y complejo, sino hijo dilecto del derecho penal de ánimo, que abandona lo objetivo para desvalorar una voluntad enemiga del derecho.⁴⁶²

Una solución ha dicho acertijo, la propone Blanco Cordero que, de la mano de la teoría objetivo-material toma en cuenta otros criterios retomados de la doctrina alemana, como el plan del autor, la puesta en peligro inmediata del bien jurídico y la

⁴⁶⁰ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 460-461.

⁴⁶¹ Vid. **Rimo**, “*¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación*”, 17 y ss.

⁴⁶² **Eugenio Raúl Zaffaroni**, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, (Argentina, Ediar, 1998) T. IV, 424.

inmediatez temporal, en sentido de realizar un acto inmediata a la plena realización de todos o de algunos de los elementos del tipo.⁴⁶³

En perspectiva, conviene continuar adentrarnos aún más en la temática, pero, partiendo ahora de la consumación de la legitimación de capitales que se producirá con el agotamiento de los comportamientos de “*convertir*”, en alusión a los actos de transformación o mutación; “*transferir*”, como ceder en favor de otro; “*adquirir*”, en alusión a la incorporación patrimonial; o los de “*poseer*”, como una tenencia provisional del dominio, y “*utilizar*” como una detención material para el uso y provecho de los bienes procedentes de una actividad delictiva con el afán de cualquier actuación por “*ocultar*” o “*encubrir*”, su origen de ilicitud.

Desde luego al proponer la extensión del ámbito de punición, teóricamente en el instrumento internacional de 1988, se intentó el adelantamiento de la actuación penal en el delito de blanqueo de capitales, aunque se desestimó su naturaleza de mera actividad en los actos relativos a “*convertir*”, “*transferir*”, “*adquirir*”, “*posee o utilizar*”, que implican una realización más no la concreción de resultado dañino.

En virtud de lo anterior, ahora mismo por la configuración *sui generis* del tipo de lavado de dinero y activos regulado en el art. 4 LCLDA, resulta impensable que, caben las formas imperfectas, aún y cuando contiene los comportamientos de ocultamiento y encubrimiento que eventualmente pueden dejar de consumarse y dar la pauta a la configuración de formas imperfectas.

Sin embargo, es sabido que en la jurisprudencia española ya se acogió la posibilidad de la configuración de la tentativa, argumentando que en la: Segunda previsión del delito de blanqueo de capitales, sobre el “*ocultar*” o “*encubrir*” la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes propiedad de los mismos a sabiendas de su procedencia ilícita. Se estructura como un delito de resultado.

⁴⁶³ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 455.

Se trata de una acción que produce un resultado, el de ocultar o encubrir la naturaleza de los bienes de procedencia ilícita. Esta modalidad, por lo tanto, admite formas imperfectas de ejecución cuando la conducta realizada no alcanza, pese a su habilidad, a alcanzar el fin propuesto por el autor.⁴⁶⁴

No obstante, lo expuesto en la sentencia citada, ha de tenerse en consideración otro precedente en el que se hace referencia a que estamos delante de un:

*“...Tipo de resultado cortado por no ser preciso que el dinero se oculte, ni encubra, lo cierto es que las conductas que se tipifican en los verbos iniciales del precepto sí puede dejar se consumarse y quedar realizadas en una fase de tentativa, lo que permite en ciertos supuestos determinados hablar de la tentativa de delito. Sin que tampoco deba excluirse, como es sabido, la posibilidad de aplicación de la tentativa en ciertos delitos de mera actividad, que es el término conceptual que utiliza la sentencia 56/2014...”.*⁴⁶⁵

Así pues, Blanco Cordero, también coincide que, la realización de cualquier acto sobre los bienes constituye una actividad dirigida al fin de ocultación o del encubrimiento del origen ilícito. Por tanto, es factible que se realicen actos que no produzca el resultado de la ocultación o del encubrimiento. Por eso, se califica tal delito como de mera actividad.⁴⁶⁶

En suma, el intérprete español efectuó amplias alocuciones sobre la configuración de las formas imperfectas del delito de blanqueo, pero, la actuación de su legislante está distante, porque no ha optado por introducir la tipificación de la tentativa en su ordenamiento penal.

Ahora bien, nuestra realidad jurídica dista mucho de la Europea, porque tenemos un laberinto normativo, a partir del art. 4 inciso 1º LCLDA, que por su estructura se puede deducir que es de mera actividad, pero, se complica porque contiene insertos

⁴⁶⁴ **Sala de lo Penal**, Sentencia con N° 56/2014 (Reino de España, Tribunal Supremo, 2014).

⁴⁶⁵ **Sala de lo Penal**, Sentencia con N° 785/2017 (Reino de España, Tribunal Supremo, 2017)

⁴⁶⁶ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 332.

los verbos “*ocultar o encubrir*”, además que, en el inciso 2° de la misma disposición, determina que la “...*acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito...*”, por su configuración da lugar a que puede o no producirse un resultado.

Lo anterior se complica aún más, cuando se vislumbra el contenido de la letra a) del art. 5 de la misma ley especial, que recoge los comportamientos de “*ocultar*” o “*disfrazar*”, como casos especiales de lavado de dinero y activos.

El planteamiento ya fue discurrido por el maestro Sagastume Galán proponiendo al menos cuatro opciones, siendo la primera guiada por una interpretación exegética que sugiere que nos encontramos frente a un delio de emprendimiento, la segunda tesis es un matiz de la antes comentada, que transmite la idea de que el art. 4 LCLDA, es un delito de emprendimiento, pero, encuentra su ejecución en el literal a) del art. 5 de la misma ley. Una tercera opción, nos conduce a considerarlo como de resultado lesivo y, la última, comparte que es un delito de resultado, no así en el significado de los verbos “*ocultar*” y “*encubrir*”; por considerarles elementos normativos de carácter cultural.⁴⁶⁷

Aunque Zaragoza Aguado, también le considera como un delito de resultado y no de mera actividad, admitiendo sus formas imperfectas de ejecución.⁴⁶⁸

Particularmente no comparto ninguna de las tesis propuestas, las objeciones serían que, los tipos de lavado de dinero y activos, y casos especiales, no equiparan los comportamientos de tentativa y de consumación, por ende, no estamos evidentemente delante de delitos de emprendimiento, a diferencia de los delitos contemplados en los arts. 2 inciso 2° LECDE y 367-A CP, que fueron objeto de revisión en un apartado distinto a éste.

⁴⁶⁷ Vid. **Wilson Edgardo Sagastume Galán**, *Problemas interpretativos sobre la forma de intervención del otorgante de un acto notarial, en los casos especiales del delito de Encubrimiento, del artículo 7 literal d) de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos*, publicado en la revista Ventana Jurídica N° 10 (El Salvador, Talleres UCA, 2013) 72 y ss.

⁴⁶⁸ **Zaragoza Aguado**, *El blanqueo de bienes de origen criminal*, en Derecho Penal Económico, 388.

Particularmente encuentro eco en el veredicto de Martín Nieto, calificando al blanqueo de capitales como un delito de resultado cortado, porque para la consumación del tipo basta con realizar alguna de las operaciones descritas en él con la finalidad de ocultar su origen ilícito o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.⁴⁶⁹

Según Jeschek y Weigend, la consumación viene determinada por el hecho de que el autor haya alcanzado su propósito, sino que aquélla tiene ya lugar con el cumplimiento de la totalidad de los elementos de tipo en función de la configuración del tipo –delito de lesión, de peligro o de resultado cortado- la consumación puede tener lugar en un momento anterior o posterior. Ésta, además debe ser negada ante la ausencia de la imputación objetiva del resultado. Finalmente, señalan los autores que, la consumación hay que diferenciarla de la terminación –consumación material- del hecho-.⁴⁷⁰

Entonces, la solución que consideró aceptable parte de una interpretación teleológica e integral de los arts. 4 y 5 LCLDA, debe decirse que el caso del primero de los tipos penales, se trata de un delito de resultado cortado,⁴⁷¹ que tendrá lugar a partir del momento de “convertir”, “transferir”, “adquirir”, “poseer” y “utilizar”, o cualquier otro acto relacionado a los derechos o bienes productos de actividades criminales, pero, permanecerá imbibito su ánimo hasta que se produzca ulteriormente el “ocultamiento o encubrimiento” de los fondos, bienes, o derechos, producto de su verdadera naturaleza de ilicitud.

En cambio, el tipo de los casos especiales del art. 5 LCLDA, se consuma cuando el resultado se ha verificado por el origen, ubicación, destino, o la propiedad aparentemente legal de fondos, bienes o derechos.

⁴⁶⁹ **Martín Nieto** y otro, *Derecho penal económico*, 173.

⁴⁷⁰ **Jeschek y Weigend**, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, 556.

⁴⁷¹ “...Aquellos consistentes en el ánimo de realizar un segundo acto o de obtener un ulterior resultado...”. Cfr. **Luzón Peña**, *Curso de Derecho penal: Parte general*, 309.

Lo anterior fue implícitamente aceptado por la Sala de lo Penal, cuando asintió ponderar los argumentos vertidos por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de esta ciudad, que realizó alocuciones sobre la precisión de la naturaleza jurídica del ilícito de lavado de dinero y activos como una figura delictiva de resultado cortado.⁴⁷²

Finalmente, puedo concluir que, el autor o participe, puede encontrar inconvenientes para alcanzar la consumación en el delito lavado de dinero y activos, por lo que entendería que tienen lugar las formas imperfectas de ejecución, sin embargo, no son de aquellos comportamientos que nuestro legislante contempla que deberían obtener un reproche penal en la LCLDA.

4.1.4 El ciclo del lavado de dinero y activos propuesto por la GAFI.

Acá también nos interesa describir brevemente la descomposición de las fases dentro del ciclo de blanqueo de capitales, en la doctrina se conciben diversos modelos para describirlas, pero, para efectos de este trabajo se acogió concretamente el modelo desarrollado por la GAFI, que ha sido rectificado y complementado por distintas contribuciones doctrinales y prácticas.

Las fases principales se denominan comúnmente colocación *–placement–*, la estratificación *–layering–* e integración *–integration–*⁴⁷³ que pueden aparecer separada o simultáneamente en el ciclo de un proceso complejo que se fue propagando hacia la mayor parte de la bibliografía relativa al lavado de activos.

La fase de colocación consiste en desprenderse materialmente de fuertes sumas de dinero de procedencia delictiva sin ocultar aún la identidad de su titular, aunque también es posible la utilización de intermediarios en la colocación. Por razones de seguridad, estas cantidades se depositan en instituciones financieras tradicionales o no tradicionales.

⁴⁷² **Sala de lo Penal**, casación con referencia 160-C-2018 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

⁴⁷³ **Cruz Ponce**, *El delito de Lavado de Activos*, 61.

En el caso de instituciones financieras tradicionales se adquieren instrumentos financieros con el dinero de procedencia ilícita o se deposita el dinero de forma fraccionada. Se puede hacer también en instituciones financieras no tradicionales que no están sometidas un control tan estricto (casa de cambio, casas de empeño) e incluso recurrir a empresas que manejan por lo general considerables cantidades de dinero metálico sin un estricto control, como los supermercados, hoteles, casinos, etc.⁴⁷⁴

La segunda fase de conversión –al margen de sus variadas denominaciones- está orientada a encubrir, ocultar el origen punible de los bienes, por tanto, su objetivo también radica en establecer una separación de su origen, dificultando con ello su rastreo, desvinculando a los autores, utilizando operaciones de ingeniería financiera que cada vez son más complejas.⁴⁷⁵

Finalmente, la integración 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. Consumada la fase de ensombrecimiento, los blanqueadores necesitan proporcionar una explicación aparentemente legítima para su riqueza. Algunos de los métodos empleados durante ese proceso son: Transacciones de inmuebles. Empresas pantalla, créditos simulados, complicidad de bancos extranjeros, facturas falsas de importación o exportación y, la combinación con los mecanismos tradicionales y no tradicionales.⁴⁷⁶

4.1.5 El orden socioeconómico y sus implicaciones.

Definitivamente el ciclo del lavado de activos produce múltiples daños perniciosos, de acuerdo con D´Albora sugerido por Cruz Ponce, éste se ubica dentro de la categoría de delitos de segunda generación, que son aquellos que ya no afectan a

⁴⁷⁴ **Percy Raphael García Caverro**, *El delito de lavado de Activos*, (Perú, Jurista Editores, 2013) 27 y 28.

⁴⁷⁵ **Carlos Mauricio de la Torre Lascano**, *Lavado de activos: Estudio sobre la prevención*, (Valencia, Tirant Lo Blach, 2020) 44 y 45.

⁴⁷⁶ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 73 y ss.

bienes jurídicos específicos con titulares concretos, sino a la comunidad entera⁴⁷⁷ como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales, y supone un cierto orden estatal.⁴⁷⁸

Son diversas las opiniones en torno a los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal de lavado de dinero, entre los que cabe destacar la protección del mercado financiero, la política de represión del fraude fiscal, la libre competencia o la competencia leal. En cualquier caso, queda claro que la represión, se enmarcaría, para esta línea de interpretación, en la protección de ciertas condiciones esenciales del sistema económico.⁴⁷⁹

En estas coordenadas, Bajo Fernández, sostiene que, el denominado orden económico constitucional, contiene normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, es la cartera a la que se acude normalmente para buscar relevancia constitucional de los bienes jurídicos incardinados en el Derecho penal económico.⁴⁸⁰

Entonces, por orden socioeconómico se entiende un bien jurídico que garantiza un determinado sistema de condiciones materiales que permite el normal funcionamiento del proceso económico y el libre ejercicio de la actividad empresarial o si se quiere de una manera más restringida el orden económico es aquel que establece las reglas de la actividad de producción, distribución, consumo, ahorro, comercio internacional, libre competencia y la regulación de todas ellas en el mercado por parte del Estado.⁴⁸¹

En perspectiva, se ha dicho por la doctrina que éste bien jurídico –orden económico-supraindividual tiene un amplio grado de abstracción, pero, supone la acumulación de una diversidad de intereses colectivos, que prevén la concreción de su contenido. En

⁴⁷⁷ **Cruz Ponce**, *El delito de Lavado de Activos*, 79 y 80.

⁴⁷⁸ **Caro Coria y Reyna Alfaro**, *Derecho penal económico: Parte general*, 293.

⁴⁷⁹ **García Caverro**, *El delito de lavado de Activos*, 70 y 71.

⁴⁸⁰ En el *Marco Constitucional del Derecho penal económico*, 233 y ss, citado por **Luís Alberto Arroyo Zapatero**, *Derecho penal económico y Constitución*, publicado en Revista Penal N° 1, (España, 1998) 2.

⁴⁸¹ **Martín Nieto** y otro, *Derecho penal económico*, 81 y 82.

cualquier caso, hoy nadie pone en duda que el Derecho penal no puede renunciar a la protección de bienes jurídicos universales. La complejidad de la organización social requiere de la protección de una serie de instituciones que son decisivas para la autorrealización del individuo.⁴⁸²

Precisamente por tal motivo no resulta debatible en la actualidad que la legitimidad de concreción del orden económico y social, viene dada por la tutela penal de intereses colectivos de la sociedad en general.

En suma, el orden socioeconómico es un concepto complejo que simplemente cumple una función sistemática y que ésta integrado por numerosos factores que son necesarios individualizarlos en cada caso en concreto, por ejemplo, el sistema crediticio, el sistema monetario, el proceso de ingresos y egresos del Estado, la libre competencia⁴⁸³ entre otros.

Así pues, Aranguéz Sánchez sugerido por Blanco Cordero, parte de que el blanqueo capitales supone una alteración grave de las reglas que rigen la competencia. Resumidamente, entiende que la ilícita procedencia constituye una forma de deslealtad competitiva, por razón de la venta obtenida por el blanqueador que se beneficia de los beneficios de origen delictiva respecto de sus competidores. Concluye que constituye un *“duro golpe a la competencia leal”*.⁴⁸⁴

De la misma manera, la Sala de lo Penal, en una de sus interpretaciones reconoció como uno de los principios fundamentales del orden socioeconómico nacional, a la competencia sana entre los agentes económicos en condiciones de libertad, equidad,

⁴⁸² **Arroyo Zapatero**, *Derecho penal económico y Constitución*, 2.

⁴⁸³ **Hernán Hormazábal Malarée**, *Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma al sistema penal español*. En *Hacia un Derecho penal económico europeo: Homenaje a Klaus Tiedemann*, 196.

⁴⁸⁴ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 201.

transparencia y respeto a la ley. Por ello, los capitales y bienes que circulan en los mercados deben tener origen lícito.⁴⁸⁵

En consecuencia, debe reivindicarse que, la lucha por la protección de la libre competencia *per se* persigue la actuación honesta de los productores y prestadores de servicios a fin de que actúan bajo las reglas de una racionalidad económica de oferta y demanda dentro de los márgenes legales que establecen el orden estatal.

Mientras que, Fleitas Villareal, considera que la tutela que se concreta a través de la preservación del tráfico financiero y circulación de bienes lícitos en el mercado que facilita el normal funcionamiento de la economía.⁴⁸⁶

Por lo anterior, bien lo señaló la Sala de lo Penal, que la concreción del orden económico es la solidez y transparencia en los que se asienta el sistema financiero que se ve afectado por el influjo de recursos económicos generados al margen del sistema regular, dado que las redes de lavado y organizaciones que las operan, pueden afectar negativamente los mercados, las estructuras financieras y económicas y hasta los mismos sistemas políticos de los Estados.⁴⁸⁷

A propósito de esto, Suárez Soto señala que el lavado de dinero impone costos en la economía por su capacidad de: a) Dañar o al menos amenazar con perjudicar las operaciones económicas de los países, b) Corromper el sistema financiero, reduciendo la confianza del público en este sistema, y por lo tanto, incrementar el riesgo inestabilidad del sistema y, por último c) A reducir la tasa de crecimiento de la economía mundial y las posibilidades de desarrollo.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ **Sala de lo Penal**, casación con referencia 160-C-2018 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

⁴⁸⁶ **Sandra Fleitas Villareal**, *El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos. Su regulación en la legislación uruguaya*, publicado en la Revista de Derecho, Año 8, N° 16 (Universidad de Montevideo, Uruguay, 2009) 183.

⁴⁸⁷ **Sala de lo Penal**, casación con referencia 288-CAS-2011 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

⁴⁸⁸ **Luis Edmundo Suarez Soto**, *La dimensión económica de lavado de activos*, 2ª edic. (Unidad de Información y Análisis Financiero, Colombia, 2014) 4.

En efecto, Hernández Quintero sugerido por Cruz Ponce, comparte que el lavado de activos quizás uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto de que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que un fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de marcada recesión en el nivel de la actividad económica.⁴⁸⁹

Otro de los intereses sociales inmersos es el tráfico lícito en el mercado, entiende Blanco Cordero que es un elemento fundamental para que funcione el orden económico es la licitud de los bienes que circulan en el mercado, supone que éstos quedan al margen de todo control, tanto de los particulares como del Estado.⁴⁹⁰

La protección de la libertad del tráfico económico contra los productos de origen delictivo es una condición esencial para el desarrollo de la economía de mercado. Es un bien jurídico de naturaleza colectiva que afecta a los intereses de la comunidad en general y que, en concreto va referido al funcionamiento del sistema de libre mercado.⁴⁹¹

Finalmente, discrepando de una aparente uniofensividad, podemos razonar que, verdaderamente estamos delante de un delito de naturaleza pluriofensiva, coincidiendo con un importante sector de la doctrina, Vives Antón, González Cussac, Moreno Canoves, Ruiz Marco, y Calderón Cerezo, todos referidos por Blanco Cordero,⁴⁹² pues son variados los bienes jurídicos que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata.⁴⁹³

⁴⁸⁹ Citado referencialmente por **Cruz Ponce**, *El delito de Lavado de Activos*, 122.

⁴⁹⁰ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 202.

⁴⁹¹ **Carlos Martínez-Bujan Pérez**, *Derecho penal económico y de la Empresa*, 3ª edic. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 264.

⁴⁹² **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 200 y 201.

⁴⁹³ **Zaragoza Aguado**, *El blanqueo de bienes de origen criminal*. En *Derecho Penal Económico*, 374 y 375.

Por ello metódicamente puedo concluir que, se protege simultáneamente distintos bienes jurídicos, de modo inmediato, la protección de las libertades de competencia en el mercado, asegurando la transparencia del sistema financiero, y velando por el funcionamiento del intercambio lícito de bienes y servicios, configurando así el orden económico elevado a la categoría constitucional –art. 101 Cn-; que afecta además la administración de justicia, de forma mediata, por su naturaleza encubridora; y puede presumirse que, perturba otros interés por la vía indirecta del delito previo.

4.2 Sobre la fenomenología criminógena del lavado de dinero en el ámbito económico.

Considerando la multiplicidad de factores criminógenos que, se conectan con el ámbito del tema propuesto, merecen una genuina atención la comprensión de la incidencia de la globalización de la economía, en el desarrollo y consolidación las organizaciones criminales que se aprovecharon de las debilidades de los sistemas de control de cada país y la falta de interrelación entre los mismos para evitar el seguimiento de las diversas operaciones⁴⁹⁴ mercantiles y financieras tendientes a la legitimación de caudales de procedencia ilícita.

Evidentemente estos acontecimientos tienen una relación indisoluble con el blanqueo de capitales, en la generación de distintos daños perniciosos que, impactan en el orden socioeconómico, por la superación de controles estatales preventivos que se vuelven inoperantes y distintas variantes culturales, que inciden en detrimento de la ciudadanía y comprometen la gobernabilidad de un Estado, porque estropea sus políticas públicas trazadas causando estragos en la micro y macro economía.

⁴⁹⁴ **Blanco Cordero y Sánchez García de Paz**, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: La definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio*, 4.

4.2.1 Criminalidad organizada y globalización como factores de propagación del lavado de dinero.

Independiente del origen de vinculación de los mencionados fenómenos, no cabe duda en la actualidad que, el extraordinario desarrollo tecnológico y funcional vivido en el mundo de la economía ha despertado el interés de la criminalidad especialmente la de tipo organizado.⁴⁹⁵

La instauración del mercado global y la propagación de una ideología que propugna la libertad de comercio son algunas de los factores –de gran importancia- que propician la integración criminal. Su habilidad para utilizar las condiciones y recursos que ofrece el nuevo espacio mundial explican la extraordinaria expansión de lo que se ha venido a llamar multinacionales del crimen.⁴⁹⁶

Ahora para comprender el fenómeno del asocio delictivo se debe verterse la siguiente construcción conceptual concebida como toda actividad delictiva que ejecuta una organización, con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tienen un expendio fiscalizado o que se encuentran totalmente prohibidos, pero, para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico.⁴⁹⁷

En primer lugar, con la constitución de una agrupación delictiva tiene lugar la distribución de funciones para la optimización de los objetivos criminales del grupo⁴⁹⁸ que tienen ahora una orientación empresarial y capitalista, trabajan según

⁴⁹⁵ **Terra de Oliveira**, *El delito de blanqueo de capitales en tiempos de crisis*, 347.

⁴⁹⁶ **Isidoro Blanco Cordero**, *Criminalidad Organizada y Mercados Ilegales*, publicado en la revista Eguzkilore N° 11 (España, 1997) 214.

⁴⁹⁷ **Víctor Roberto Prado Saldarriaga**, *Derecho penal y política criminal: Problemas contemporáneos* (Perú, Gaceta Jurídica, 2019) 358.

⁴⁹⁸ **García Cavero**, *El delito de lavado de Activos*, 20.

criterios económicos, esto es con una planificación de sus actividades⁴⁹⁹ a nivel internacional o transnacional, gozando de mayor eficiencia y de inmunidad frente a la tardía administración de justicia en ordenamientos jurídicos endebles.

En segundo lugar, el significado del evento delictivo es muy diferente en el marco en el que actúan las organizaciones criminales. Lejos de agotarse en sí misma, la infracción penal, por grave que sea es despojado de esa autonomía para pasar a ser un elemento más de un programa preestablecido que prolonga indefinidamente en el tiempo.⁵⁰⁰

También el asocio delictivo supone la afectación de multiplicidad de bienes jurídicos, la variedad de manifestaciones que tienen hace sumamente variable los intereses jurídicos afectados.⁵⁰¹

Finalmente, la criminalidad organizada consigue recursos financieros para debilitar posteriormente las instituciones democráticas, ya de por sí frágiles, a través de la corrupción,⁵⁰² con lo cual se pone en riesgo las institucionalidades de los países, en algunos casos llegándose a los extremos de constituir un estado paralelo o un anti estado, aspectos agravados con la vinculación entre lavado de dinero y terrorismo.⁵⁰³

El resultado es lo que se denomina como “*globalización de las actividades de blanqueo de capitales*”.⁵⁰⁴

Pero, cabe hacerse la pregunta: ¿Que deberá entenderse por globalización económica? es un proceso histórico, el resultado de la innovación humana y el proceso

⁴⁹⁹ **Blanco Cordero y Sánchez García de Paz**, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: La definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio*, 4.

⁵⁰⁰ **Juan Antonio Rosas Castañeda**, *La prueba en el delito de lavado de activos*, (Perú, Gaceta Jurídica, 2015) 27.

⁵⁰¹ **Caro Coria y Reyna Alfaro**, *Derecho penal económico: Parte general*, 89.

⁵⁰² **Albrecht**, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, 32.

⁵⁰³ **Martín Nieto** y otro, *Derecho penal económico*, 78.

⁵⁰⁴ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 51.

tecnológico. Se refiere a la creciente integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y los flujos financieros.⁵⁰⁵

Así pues, el fenómeno trajo consigo beneficios positivos para el desarrollo de las naciones, realzando las oportunidades del renacimiento económico en un proceso de integración internacional que hizo posible la desaparición de fronteras económicas y tecnológicas.

No obstante, en la misma interacción global de elementos o piezas dentro del gran esquema económico mundial que abarca a los Estados, la afectación por el delito de lavado de dinero ligado a la actividad criminal subyacente que lo ha generado distorsionando los datos económicos y complicado los esfuerzos del Gobierno para gestionar la política económica.⁵⁰⁶

Ahora no cabe duda que, las organizaciones delictivas de alcance transnacional, se han alimentado y retroalimentado en este proceso de apertura de mercados financieros, han podido sacar provecho del creciente número de viajes internacionales, emigración, reducción de controles fronterizos y de los controles aduanales; la expansión del comercio internacional, la difusión de los sistemas de comunicaciones de alta tecnología y la insuficiente reglamentación de las redes financieras internacionales.⁵⁰⁷

En perspectiva, debe aceptarse que los Organismos Internacionales apostaron por la reconfiguración de la tipología periférica al blanqueo de capitales, como una respuesta represiva al proceso gradualmente extendido por el manejo organizado de capitales procedentes de las actividades delictivas en la internacionalización de los mercados, haciéndose evidente la exigencia de un Derecho penal moderno con

⁵⁰⁵ **Fondo Monetario Internacional**, *La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?*, (2006), consultado el día 18 de marzo de 2022, disponible en la web <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm#II>

⁵⁰⁶ **De la Torre Lascano**, *Lavado de activos: Estudio sobre la prevención*, 78.

⁵⁰⁷ **Ramón de la Cruz Ochoa**, *Crimen Organizado: Delitos frecuentes, aspectos criminológicos y penales*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2006), 13 y 14.

transformaciones profundas en la Parte sustantiva, cuya política implica el retiro de circulación de las ganancias ilícitas y la necesidad de suprimir completamente el tráfico económico las utilidades del crimen organizado.⁵⁰⁸

Lo antes expuesto es sumamente importante, porque se trata de una manifestación directa de distintos Estados, en el combate de la organizaciones criminales que pretende socavar el orden socioeconómico de la Nación.

4.2.2 La imperceptible impunidad de la legitimación de capitales en el orden económico.

Sobre la comprensión adquirida acerca de los fenómenos *supra* relacionados, podemos establecer que, en la internacionalización de los mercados aparecieron también formas delictivas de complejidad extrema, que se aprovecharon de las ventajas tecnológicas, generando ganancias ilícitas que legitimaron irónicamente bajo el cobijo de los controles administrativos endebles con actividades económicas en apariencia lícitas.

Ciertamente la tolerancia de los integrantes de una sociedad, sobre las actividades ilícitas de blanqueo de capitales, se debe en gran medida a la falta de ponderación de la lesividad del delito, en el orden socioeconómico, esto se asevera ya que estamos delante de un interés colectivo. Al ciudadano le resulta más asequible comprender que la deuda externa de nuestro Estado, puede ser producto de la malversación de fondos públicos, negociaciones incompatibles a las funciones públicas, o enriquecimiento ilícito.

Pero, tratándose del lavado de dinero, no puede discernirlo de la misma manera, porque no se considera afectado directamente, a pesar de que propaga exponencialmente la crisis económica, alterando sus presupuestos estatales, favoreciendo la plusvalía de los bienes, sumergiendo la económica en un desfase negativo, sin desconocer que, la percepción de un delincuente que tiene una arraigada

⁵⁰⁸ **Albrecht**, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, 48.

pertinencia y aceptación en grupos de posición económica, ante ellos el control aparece ineficiente, pues otorga privilegios que vulneran el principio constitucional de igualdad ante la ley.⁵⁰⁹

En conclusión, frente a la imperceptibilidad del delito, el Estado implícitamente debe proveer una protección pública que se aplica con un enfoque de prevención mediante controles administrativos en los mercados financieros, pero, éstos no suficientes para la reducción de valores criminales de esta clase de delito, es por ello que la solución la encontramos en el enfoque punitivo.

4.2.3 Análisis de los efectos perjudiciales que ocasiona el blanqueo de capitales en la economía.

Recapitulando la circulación del lavado dinero inicia con la producción de drogas y su tráfico, el comercio ilegal de armas, el tráfico de personas y el pasar inmigrantes, el contrabando de armas, la prostitución organizada, la corrupción, los delitos de falsificación,⁵¹⁰ entre otras actividades criminales, que generan inmensos caudales flotantes a la delincuencia organizada, que necesita legitimarlos mediante un proceso focalizando a través de diversas operaciones comerciales y financieras, tanto nacionales, como internacionales, convirtiéndolo en un fenómeno mundial que genera devastadores efectos en la economía, que en la mayoría de las ocasiones no son discernibles para el ciudadano promedio.

Para comprender la magnitud de la problemática debe analizarse el impacto perjudicial que representa en las unidades que interactúan en el sistema económico –microeconomía- y en la economía en su conjunto –macroeconomía-⁵¹¹ que se ocupa

⁵⁰⁹ **Caro Coria y Reyna Alfaro**, *Derecho penal económico: Parte general*, 91.

⁵¹⁰ **Elmar Altvater y Birgit Mahnkopf**, *La globalización de la inseguridad: Trabajo en negro, dinero sucio y política informal*, trad. Silvia Villegas (Argentina, Paidós, 2008) 215.

⁵¹¹ **Bernardita Blasco Pauchard**, *Introducción al estudio del Derecho económico*, 3ª edición, (Santiago de Chile, Universidad Central, 2009) 22.

de la infraestructura; el equilibrio de las finanzas públicas; el manejo de las tasas de interés; políticas de fomento; direccionamiento del gasto público, entre otras.⁵¹²

Los efectos de la problemática central aparecen por la laxitud de las leyes vigentes, en conjunción con su ineficacia por la ausencia de una verdadera tipología —como se pretende demostrar— que responda la criminalización de los mecanismos y deriva en las falencias del procesamiento de los delincuentes con incesantes fuentes de dinero.

4.2.3.1 Efectos macroeconómicos.

En el plano macroeconómico, los efectos lesivos del lavado de activos no son menores, puede desvirtuar cualquier política económica desde el momento en que la riqueza que mueve constituye un porcentaje relevante de los recursos globales que administran las instituciones para fines sociales.

La incapacidad de actuación del Estado puede hacer que el valor de la moneda experimente cambios inesperados, puesto que aumenta la amenaza de inestabilidad debido a la distribución inadecuada de recursos derivada de la distorsión artificial de los precios de bienes y servicios⁵¹³ la desestabilización del sistema financiero, por el desplazamientos de fondos o la contaminación de sus transacciones, entre otros factores que perjudican tanto el crecimiento y desarrollo económico de los países, como el sistema social de los mismos, por las pérdidas de ingresos fiscales.

En la doctrina, se destacan por la legitimación de capitales, múltiples factores negativos que distorsionan la macroeconomía de las naciones, sin embargo, no hay una opinión pacífica sobre la identificación de los mismos, por ello Cordero Blanco refiere que el Fondo Monetario Internacional⁵¹⁴ ha resumido el potencial impacto en el orden socioeconómico, el cual puede dar lugar a:

⁵¹² **Muñoz Fraga**, *Derecho Económico*, 209.

⁵¹³ **Fabián Caparrós**, *Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de la respuesta*, en *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial*, 43.

⁵¹⁴ **Isidoro Blanco Cordero**, *Lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea*, publicado en la revista *Eguzkilore* N° 15 (España, 2001) 15.

- a.** Variaciones en la demanda monetaria que aparentemente no guardan relación con los cambios observados en las variables económicas.
- b.** Volatilidad de los tipos de interés y de cambio a raíz de las transferencias transfronterizas inesperadas de fondos.
- c.** Mayor inestabilidad de los pasivos y mayores riesgos para la valoración de los activos de las entidades financieras, lo que origina un riesgo sistemático para la estabilidad del sector financiero y la evolución monetaria en general.
- d.** Efectos adversos sobre la recaudación tributaria y la asignación de recursos públicos debido al falseamiento de los datos sobre la renta y la riqueza.
- e.** Efecto de contagio sobre las transacciones legales debido al temor de los interesados a una posible involucración delictiva.
- f.** Otros efectos sobre la distribución propia de cada país o desviaciones del precio de los activos debido a la existencia de “*dinero negro*”.

En la política económica también se ve afectado el poder adquisitivo de la moneda, puesto que aumenta la amenaza de la inestabilidad monetaria debido a la distribución inadecuada de recursos ocasionada por la distorsión artificial de los precios de bienes y servicios, en consecuencia, se afecta los valores de las tasas de interés, ya que su desarrollo rompe las reglas del mercado.⁵¹⁵

En otros términos, los blanqueadores no persiguen obtener la mayor rentabilidad en sus inversiones, sino que, buscan introducir bienes o servicios suntuarios o con baja demanda, favoreciendo sus beneficios y utilidades; en consecuencia el flujo monetario originara una tasa de inflación elevada, no cabe duda alguna que los agentes económicos verán que los precios de los bienes y servicios que ofertan variarán permanentemente, con un incremento de sus costos por la indización de los

⁵¹⁵ **Fernández de Cevallos y Torres**, “*Blanqueo de capitales y principio de lesividad*”, 169 y 170.

insumos y de la mano de obra a la inflación. De tal forma, existe la posibilidad de que algunos productores y prestadores de servicios desaparezcan del mercado.⁵¹⁶

También tiene lugar otro factor cuando los blanqueadores deciden espontáneamente el traslado de sus utilidades a entidades financieras internacionales sin aviso previo a los bancos nacionales, debido a que, las primeras les generan una mayor rentabilidad de sus fondos y, cuestionan menos la procedencia de los mismos, forjando una sinergia de oportunidades tanto de rendimiento, como crecimiento mutuo.

Efectivamente así lo destaca Carpio Delgado referida por García Cavero, operan como “*paraísos fiscales o financieros*”, en éstos el mantenimiento y la mejora de sus variables económicas, tanto en la creación de empleo, como en la obtención de divisas, se debe precisamente a la existencia de un poderoso sector de servicios, específicamente financiero cuya finalidad específica es la captación de bienes económicos extranjeros siendo indiferente si tiene su origen o no en un hecho delictivo.⁵¹⁷

Pero, esas fugas de capitales dan lugar a datos monetarios erróneos, con efectos negativos sobre la volatilidad de los tipos de interés y de los tipos de cambio, en especial en economías vinculadas a los dólares.⁵¹⁸ Además estas actividades pueden menoscabar la integridad de las instituciones y los sistemas financieros, desalentar la inversión extranjera y distorsionar los flujos internacionales de capital.⁵¹⁹

En líneas generales, el blanqueador también suele realizar el delito tributario que tiene lugar en aquel artificio o engaño dirigido a eludir o evitar el pago de un

⁵¹⁶ **José Luis Zavala Ortiz y Joaquín Morales Godoy**, *Derecho Económico*, 3ª edic. (Chile, Thomson Reuters Puntotex, 2009). 173.

⁵¹⁷ **García Cavero**, *El delito de lavado de Activos*, 361 y 362.

⁵¹⁸ **Peter J. Quirk**, *El blanqueo de dinero: Repercusiones macroeconómicas*, traducido y publicado en la revista *Ekonomiaz* N° 34 *Medir en economía. Lo que sabemos que no sabemos* (España, 1997) 191.

⁵¹⁹ **Fondo Monetario Internacional**, *El FMI y la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, 1, consultado el día 23 de marzo de 2022, disponible en el sitio web <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/31/Fight-Against-Money-Laundering-the-Financing-of-Terrorism>.

tributo⁵²⁰ con el propósito de obtener mayor rentabilidad de sus fondos lícitos, la evasión es, quizás, aquella cuyo impacto macroeconómico resulta más evidente.

En muchos países, el eje central de las preocupaciones es el déficit público,⁵²¹ en el presupuesto general de la Nación, dando lugar a un problema de gobernabilidad, en el cumplimiento de las políticas públicas trazadas con fines sociales. Así pues, el Poder Público no cuenta con los fondos de los impuestos evadidos que, luego de pasar por el túnel del lavado de un centro financiero, van a parar a las cuentas limpias de los evasores de impuestos. Por lo tanto, se ve afectada de manera total o parcial la financiación de los bienes públicos.⁵²²

El fenómeno del lavado de dinero puede disminuir el incentivo de los agentes económicos en la producción de bienes y la prestación de servicios, por un desaliento en la competencia desleal en el mercado o por temor a la mezcla o reproducción de ganancias ilícitas, lo que conlleva a una inestabilidad de algunos sectores de la economía, tanto nacional, como internacional.

Los flujos de efectivo, pese a que, constituyen un riesgo advertido para los blanqueadores, puede ser empleados para la apertura a negocios porque mantienen menos controles administrativos, provocando la plusvalía de distintos bienes que admiten un pago desproporcionado. Por ejemplo, las inversiones inmobiliarias porque están ligadas a las actividades de generación y ocultación de capitales de origen ilícito, admiten su titularidad por numerosas figuras jurídicas y tiene una valoración con un elevado carácter subjetivo dependiente de aspectos que no derivan directamente del propio bien.⁵²³

⁵²⁰ **Begoña San Martín Larrinoa**, *Derecho penal económico y delito tributario*. En *Hacia un Derecho penal económico europeo*, 360.

⁵²¹ **Quirk**, *El blanqueo de dinero: Repercusiones macroeconómicas*, 193.

⁵²² **Altwater y Mahnkopf**, *La globalización de la inseguridad: Trabajo en negro, dinero sucio y política informal*, 223.

⁵²³ **María Dolores Pérez Rodríguez**, *Prevención del blanqueo de capitales*, 2ª edic. (Málaga, Editorial ICB, 2015) 36.

Finalmente, entre otros efectos negativos, nos encontramos con que el poder económico del mercado, puede ser obtenido por los delincuentes; y la magnitud misma del poder económico que acumulan tiene un efecto corruptor sobre todos los elementos de la sociedad. Y en casos extremos puede, incluso, llevar a una usurpación virtual del Gobierno legítimamente establecido. En consecuencia, el lavado de activos no es sólo un problema de aplicación de la ley, sino que representa también una grave amenaza a la seguridad nacional, regional e internacional.⁵²⁴

4.2.3.2 Efectos microeconómicos.

Ahora requieren nuestra atención las consecuencias que ocasionan la legitimación de capitales en los diferentes agentes intervinientes en la microeconomía.

Uno de los problemas más graves de la actividad de blanqueo de capitales, se gesta en los esquemas tradicionales sobre la creación de compañías fantasmas cuya finalidad es aparentar desarrollar actividades lícitas, tomando justamente en consideración los volúmenes considerables de dinero a los que tiene fácil acceso, permitiendo los precios de los productos o servicios que comercializan estén por debajo de los precios que maneja el mercado.⁵²⁵

Esas sociedades fantasmas tienen un plus añadido porque no le importan las pérdidas, ofrecen productos o servicios a precios inferiores, su daño es a la competencia leal, quien tiene recursos financieros gratuitos o baratos competirá deslealmente con quien tiene que procurárselos lícitamente⁵²⁶ por ende afecta los actores económicos, por cuanto les obligan a competir en una situación de desventaja, lo cual altera la libre competencia propia del libre mercado,⁵²⁷ lógicamente hace imposible que se geste una verdadera rivalidad, distorsionando el esquema económico en el marco de la

⁵²⁴ **Javier Perotti**, *La problemática del lavado de dinero y sus efectos globales: Una mirada a las iniciativas internacionales y las políticas argentinas*, publicado en la revista UNISCI Discusión Papers, N° 20 (Universidad Complutense de Madrid, 2009) 82.

⁵²⁵ **De la Torre Lascano**, *Lavado de activos: Estudio sobre la prevención*, 66.

⁵²⁶ **Norberto J. de la Mata Barranco y otros**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, (España, Editorial Dykinson, 2018) 501.

⁵²⁷ **Martín Nieto** y otro, *Derecho penal económico*, 79.

competitividad y a largo plazo puede traducirse en un efecto negativo en la macroeconomía.

Puede además ocurrir que en las sociedades constituidas se mezclen los capitales procedentes de actividades ilícitas y los legítimos obtenidos por la transferencia de bienes o prestación de servicios lícitos, así también puede suceder que sean fuentes de respaldo de capitales lícitos, es decir, reservas de capitales que puede contribuir al inicio de un nuevo ciclo de lavado de activos.

Otro efecto distinto al apuntado, puede acaecer con la adquisición de esa empresa legítima del sector privado, por las empresas lavadores que operan en el mismo ramo, tienen como consecuencia económica, tender al monopolio; con las consecuencias negativas que conlleva, rompiendo el adecuado manejo del mercado lo que produce en definitiva una afectación social grave.⁵²⁸

El flujo de capital ilícito puede producir un debilitamiento en algunos sectores de los mercados financieros, ya que grandes sumas de dinero provenientes de actividades criminales pueden llegar a los fondos de una institución financiera, pero repentinamente sin aviso, puede ser transferidos o sustraídos provocando problemas de iliquidez y pánico bancario. P.ej., en los años 90, ocurrió caso de lavado dinero y sobornos del Banco de Crédito y Comercio Internacional.⁵²⁹

La susceptibilidad de un país al lavado de dinero, coincide en gran medida con la vulnerabilidad a este fenómeno de su sistema financiero. Entonces la penetración de las organizaciones criminales en el sector financiero de los países, supone la contaminación del resto del sistema económico.⁵³⁰

⁵²⁸ **Fernández de Cevallos y Torres**, “Blanqueo de capitales y principio de lesividad”, 166 y 167.

⁵²⁹ **Edgardo Varela y Ángel Venini**, *Normas sobre prevención del lavado de activos en Argentina. Su impacto sobre la actividad bancaria y aseguradora*, publicado en la revista *Invenio* N° 19 (Argentina, 2007) 78.

⁵³⁰ **Alejandro F. Peláez Ruiz-Fornells**, *Blanqueo de capitales: Análisis económico*, (Madrid, Delta Publicaciones, 2014) 25.

Finalmente, la alteración de las unidades económicas por la legitimación de caudales ilícitos, puede efectivamente producir pérdidas internas, pero, puede causar a la postre efectos devastadores porque ocasiona un desequilibrio macroeconómico, es decir, una afectación a la economía en general de una Nación, repercutiendo en la distorsión de mercados, el aumento de inflación, entre otros, que definitivamente puede causar una inestabilidad en la gobernabilidad sobre las políticas trazadas para cumplir con sus fines socioeconómicos.

4.3 El panorama normativo en El Salvador, sobre la preparación delictiva del Lavado de dinero y activos y sus casos especiales.

El enfoque de este análisis debe partir de una óptica histórica, nuestro Órgano Legislativo, ratificó las Convenciones de Viena de 1988, la de Palermo de 2000, la de Mérida de 2003, entre otras normas internacionales, que eventualmente fueron adoptadas y ratificadas, recomendando entre otras disposiciones, la tipificación de las actividades criminales relativas a la preparación del delito de lavado de dinero, a reserva de principios constitucionales de cada Estado parte.

En efecto, la introducción de las políticas legislativas supranacionales a las que se ha aludido, no siempre suponen la asunción voluntaria por parte de los Estados, sino que en ocasiones responde a la inconveniencia de resistir que tienen éstos frente a esas iniciativas internacionales.⁵³¹ En paralelo, nos encontramos con la LCLDA que tiene validez jurídica desde 1998, aun en vigor y, por supuesto con un evidente desfase con realidad de la sociedad moderna, que continúa demostrándose por su pérdida de eficacia y efectividad frente a los riesgos de procesamiento penal sobre actividades pre delictivas a la legitimación de capitales.

En ese orden, debe asentarse que el legislador de esa época, al concebir la comentada ley especial, no le incumbió el contenido del estándar internacional -que le precedía

⁵³¹ **Diana Patricia Arias Holguín**, *La internacionalización del Derecho penal como contexto de la política criminal del lavado de activos*, publicado en Estudios de Derecho, Vol. LXVI N° 147 (Colombia, 2009) 206.

en tiempo-, sino que, continuó acobijándose en el imperante principio de impunidad de los actos preparatorios, es decir, no vislumbró el sendero del ámbito previo de la actuación penal, el cual siempre dependería del punto que fijará para el comienzo de la ejecución delictual. Ahora en la modernidad, puede inexorablemente percibirse la aludida falta de eficacia de la LCLDA, sobre el procesamiento de criminales que realizan un comportamiento que internacionalmente es penalmente relevante.

Además, implica razonar que, la falta de efectividad de ley especial, se traduce en esa impunidad económica en la que incurre el blanqueador que efectuó una preparación delictiva previa para obtener cooperación en la legitimación de capitales, trasgrediendo directamente los intereses de la economía de la nación, pero, tiene la capacidad para comprender que no obtendrá ninguna reprimenda del Estado.

Definitivamente un dato criminológico importante, deriva de nuestra realidad normativa contra lavado de dinero y activos, que, en comparación con otros ordenamientos jurídicos del continente americano, se ha visto opacada porque del castigo a las actividades pre delictivas -proposición y conspiración- a la efectiva consumación del blanqueo de capitales provenientes de actividades ilícitas.

4.3.1 Una revisión crítica entorno a la masificación de la confabulación en delito de lavado de dinero y activos.

Antes de iniciar con la crítica propuesta, debe enfatizar que la LCLDA que data de 1998, no cumplió con el compromiso adquirido por la suscripción de distintos instrumentos internacionales que determinaron la necesidad de combatir la preparación delictiva en las actividades relativas a la legitimación capitales.

Debemos empezar por examinar el caso Riley Serrano Monterrosa, sobre las cuestiones del hecho, se demostró que, participó el día uno de noviembre de dos mil, en el secuestro de la víctima, que a cambio de su libertad se entregaron cuatrocientos cincuenta mil colones, dos armas de fuego y un reloj de la marca Rolex.

Que del día ocho del mencionado mes y año, el imputado realizó depósitos bancarios por la cantidad de doscientos veintidós mil colones, pago cuentas pasivas y deudas por ciento ochenta y seis mil ochocientos dieciocho colones, razón por la cual se dio inicio a una investigación, que derivó en un proceso penal, que culminó con el pronunciamiento de la sentencia de las ocho horas del día doce de junio de dos mil tres ⁵³²que declaró la responsabilidad penal de imputado Serrano Monterrosa, por el delito definitivamente como lavado de dinero y activos, tipificado y sancionado en el art. 4 de la LCLDA, en perjuicio del orden socioeconómico.

En el hecho en cuestión se demostró, la utilización del sistema financiero, para ocultar las ventajas obtenidas por el secuestro, lo endeble de los controles administrativos porque se concretaron los depósitos, el pago de sobregiros de tarjetas, y el pago de deudas mediante cheques, es decir, que dicha ganancias se introdujeron a través del mercado financiero en la economía nacional, que la recuperación bajo la figura del comiso fue equiparable al uno punto cinco por ciento de la cantidad obtenida por la comisión del hecho delictivo.

En sentido contrario, no se acreditó una cuestión tras bambalinas, que el imputado confabuló con otros individuos para obtener mediante un secuestro, las ventajas económicas, que le permitieron sanear su complicada economía, evidenciándose un sesgo de una asociación delictiva que no fue descubierta.

Otro caso relevante puede identificarse en la constitución de una sociedad, como un mecanismo legitimador de las ganancias procedentes del tráfico de drogas, demostrándose en juicio que mediante un crédito, uno de los socios compró un vehículo automotor por noventa y nueve mil novecientos a otra sociedad –Grupo Q-, que luego fue prometido en venta por un precio inferior de sesenta mil -ambas cantidades expresadas en dólares americanos-, al segundo, sin reparar en las pérdidas obtenidas para la sociedad, subrayando que acaeció la formalización de la tradición

⁵³² **Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador**, Sentencia con referencia 64-2003, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

del bien mueble, sorteando los controles administrativos para el otorgamiento de dicho crédito.⁵³³

La problemática identificada sobre los controles administrativos, puede asentarse que el ex presidente de la nación estuvo delante de una red de corrupción que se vinculó con la Secretaria Privada de la Presidencia y la Unidad Financiera Institucional, se demostró que, empleados eran titulares de cuentas bancarias que sirvieron para apropiarse de fondos provenientes de cheques que procedían de cuentas institucionales del Tesoro Público, que posteriormente los fondos era transferidos desde dichas cuentas hacia sus superiores, obteniendo beneficios personales.⁵³⁴

Más allá de lo cuestionable del tema, resulta que el sistema financiero fue vulnerado; que las transacciones que realizaron los empleados pueden considerarse que fueron inusuales por las cuantías y la actividad económica de los mismos. Pero, no fueron oportunamente reportadas por los oficiales de cumplimiento.

Aparte de ser predicable la actuación del sistema financiero; los comportamientos de los funcionarios y empleados demuestran que estuvieron directamente vinculadas por una inducción y conjunción de voluntades -de tres o más individuos- que utilizaron a las instituciones bancarias para insertar y colocar la introducción de las ventajas obtenidas que luego introdujeron en el tráfico lícito afectado directamente el orden socioeconómico frustrando de manera grave el programa social del Estado.

4.3.2 La disyuntiva entre la perspectiva legislativa y la política criminal sobre la preparación delictiva del lavado de dinero.

El horizonte previamente descrito debe encauzarse hacia nuestra actualidad; por tanto, debemos profundizar sobre el proceso de formación de ley, pero, sobre un análisis sustancial y exhaustivo de la dinámica reinante en la sociedad del riesgo.

⁵³³ **Sala de lo Penal**, Casación con referencia 4-Cas-2010, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

⁵³⁴ **Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro**, Apelación con referencia APL-30-2019 ((El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

La actividad legislativa principalmente consiste en: “...*Decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias*” -art. 131 ordinal N° 5 Cn- la cual tiene origen en la recepción de la demanda social –de seguridad- expresando su voluntad política por atender dicha preocupación y, exige para su satisfacción una discusión parlamentaria que, derivará en la redacción de un proyecto de un texto normativo destinado al convencimiento de la mayoría, luego implicará poner en funcionamiento un procedimiento de formalización que deberá responder con altas expectativas, encaminada en la formulación de una ley especial o una reforma de la misma, acorde a una estructura lógica que deberá ajustarse a los parámetros exigibles de una demanda punitiva en ésta nueva realidad.

Ahora bien, se puede divisar una crítica en el papel de nuestro legislante que se ha mantenido en una actitud pasiva sobre la dinámica actual y las recomendaciones contenidas en el estándar normativo internacional, que, exhortó desde hace muchos años, el adelantamiento de la actuación en actividades previas a la consumación de la legitimación de capitales, a través de la tipificación de los actos propositivos y conspirativos.

En perspectiva, en nuestro país, aunque se han efectuado amplios debates institucionales para incardinar todos los esfuerzos para redactar y revisar diferentes anteproyectos de ley en el combate por las actividades relativas al lavado de dinero, que pretenden cumplir con los ajustes reestructurales, entre ellos, la demanda por cumplir con la tipificación auxiliar relativa a la etapa preparativa del delito, que es más recurrente en la práctica de organizaciones criminales por incorporar sus caudales procedentes de las actividades ilegales al sistema económico. Pero, no ha sido posible concluir dichos esfuerzos, debido a que, están archivados y dependerá de una coyuntura circunstancial para que se culmine con el esfuerzo a través de la formación de una ley formal.

A partir de las expuestas preocupaciones, se pretende enfatizar que la introducción de capitales en la economía nacional, se combate sustancialmente con un marco

normativo inclinado hacia a una represión eficaz de las actividades que superan el umbral tradicional de protección, apostando por un enfoque preventivo que supera el ámbito de la actuación administrativa, por naturaleza de las actividades que representan un riesgo.

De tal manera que, el legislador debe tomar un papel preponderante en determinar la tipificación de los actos preparatorios, que, por su naturaleza puede estimarse como verdaderos acuerdos de participación previos a la actividad delictiva, de tal forma que, el juez le bastará con probar la preparación delictiva para contrarrestar la delincuencia económica.

Si para el legislador esos datos revelan una idoneidad suficiente para generar una situación de riesgo respecto de un bien jurídico determinado –como sucede con la exteriorización de una manifestación delictiva ante otros para solicitar su co-ejecución o co-participación– ellos pueden ser tipificados como actos preparatorios punibles.⁵³⁵ lejanos al objeto de lesión, implicando la tensión al máximo de los principios limitadores de legalidad, proporcionalidad y necesidad, con un propósito especial de “... *salvaguardar eficazmente los bienes jurídicos por medio de la prevención general...*”.⁵³⁶

Pero, definitivamente no podía agostarse este apartado con la asunción de la responsabilidad exclusiva del legislante, a la hora de analizar la problemática central, sino que, debe juzgarse también la actuación del Poder Ejecutivo, como responsable de la gestión diaria del Estado, al concebir y adoptar todas las políticas de índole variable.

⁵³⁵ **Sala de lo Constitucional**, Inconstitucionalidad con referencia 3-2016, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

⁵³⁶ **Sala de lo Constitucional**, Inconstitucionalidad con referencia 5-2001 AC, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

De nuestro interés, la política criminal⁵³⁷ en el combate del lavado de dinero, encaminada hacia los enfoques: Preventivo y punitivo, el primero tiene lugar en el ámbito administrativo y otros sectores mediante la exigencia de controles, que ante su incumplimiento puedan derivar en la aplicación de infracciones de la misma naturaleza y/o penales, mientras que, el segundo debe responder al castigo de aquellas conductas que responden a la actividad criminal no prevista con anterioridad.

Finalmente, el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, -art. 133 ord. 2º Cn- con la finalidad de cumplir el trazo de una política criminal en pro de la lucha contra el crimen que viene forjando un consenso en torno al privilegio de eficacia en detrimento de las garantías, pero, no le resta validez.⁵³⁸

4.3.3 La prolepsis interpretativa de la actuación penal anticipada.

En yuxtaposición, el Poder Judicial circunscribe su actividad técnica en la aplicación de las disposiciones generales contempladas en el ordenamiento normativo penal a casos concretos, esto implica que todo juzgador tiene que solventar la mayoría de los problemas jurídicos que se le presentan dentro de su competencia, interpretándolas, es decir, se trata de una actividad intelectual por encontrar una solución jurídica aplicable, aunque en ocasiones falta una norma determinante que en definitiva pueda ayudar a resolverla.

Desde luego la interpretación de las disposiciones representa una tarea compleja, en buena parte porque ellas contienen generalidades o vaguedades, por ende, representa un desafío permanente de una respuesta justificada.

⁵³⁷ “...La política, hace referencia a la forma de gobierno del Estado, y que está relacionada con la gestión, desde una determinada esfera de poder, de los asuntos públicos, se presenta a través de muy diversas manifestaciones atendiendo a la actividad objeto de su administración. (...) Así la denominada política criminal designa el planteamiento que desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal. Vid. **Emiliano Borja Jiménez**, *Curso de Política Criminal*, 2 edic. (Valencia, Tirant lo Blach, 2011) 19 y ss.

⁵³⁸ **Arias Holguín**, *La internacionalización del Derecho penal como contexto de la política criminal del lavado de activos*, 209.

La cuestión que ahora nos atañe versa sobre la imperceptible creación normativa la cual puede vislumbrarse en la elucidación cualitativa del máximo intérprete, que partiendo de una base constitucional, en buena medida dotada de abstracción normativa, imprimió la prolepsis de la anticipación de la actuación penal, en el precedente con referencia 5-2001 Ac de 2010, con la intención de explayar la libertad de configuración del ámbito de la actividad legislativa para optar por la opción político criminal de la prevención general, para imprimirla en las disposiciones contenidas la Parte Especial y las leyes especiales.

Así pues, el Tribunal Constitucional culminó con la redacción del texto anterior, legitimando su actuación al margen de su discrecional interpretación progresista con un destello moderno imbibido en las líneas trazadas para incidir en la actividad legislativa en un momento contemporáneo.

Más allá del contenido del precedente jurisprudencial de carácter progresista, delineó la prescripción del principio de impunidad de los actos preparatorios, adjudicándose la imperante tarea de exhibir la necesidad de la reestructuración del ordenamiento penal, pues el significado claramente definía algunos parámetros de la expansión hacia el futuro.

En definitiva, deberían de potenciarse la propensión de las técnicas y cánones del ámbito anticipado de la actuación penal, dotado tanto al acusador, como al aplicador de justicia, de las herramientas sustantivas y procesales propicias para hacer frente a una investigación previa en el ámbito de la preparación delictiva atinente a las actividades de blanqueo de capitales, a su procesamiento y condena de los delincuentes con caudales incalculables que hacen posible la erosión del orden socioeconómico de las naciones.

4.4 La incursión del ámbito previo en el Derecho penal económico.

Para comenzar, resultará lucrativo revalidar que el adelantamiento de la actuación penal es una manifestación del Derecho penal moderno, en otros términos, guarda

una indisoluble relación de género y especie, con el Derecho penal económico, cuya aproximación conceptual ésta vinculada generalmente a la de delito económico, aunque tiene una fuerte carga crítica criminológica, pero, más allá de las imprecisiones y restricciones conceptuales del mismo, deberá entenderse que son aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico.⁵³⁹

En el mismo orden, el concepto amplio del DPE responderá a una incontestable realidad de los riesgos provenientes de esos comportamientos, así también, debe asentarse la relevancia que tiene la actividad económica en la configuración de la moderna sociedad, por lo que una amplitud del concepto se adecuada de mejor manera a las características de la estructura social⁵⁴⁰ concreta que define al delito económico en un momento histórico determinado.⁵⁴¹

En ese orden, tanto Gracia Martín, como Hirsch⁵⁴² identifican a la actividad económica como un contenido abierto bajo la protección del Derecho penal económico, así también se puede considerar uno de los exponentes más evidentes de la llamada, en sentido negativo, “*expansión del Derecho penal*”.⁵⁴³ Pero, impone deberes positivos –en este caso de información- que puede incluso dificultar la vida económica. De ahí que se haya dicho que el incumplimiento de esos deberes dará lugar al ilícito.⁵⁴⁴

⁵³⁹ **Carlos Pérez del Valle**, *Introducción al Derecho penal económico*, en *Curso de Derecho penal económico*, dir. Enrique Bacigalpo (España, Marcial Pons, 1998) 23.

⁵⁴⁰ **Caro Coria y Reyna Alfaro**, *Derecho penal económico: Parte general*, 52-53.

⁵⁴¹ **Hormazábal Malarée**, *Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma al sistema penal español*. En *Hacia un Derecho penal económico europeo: Homenaje a Klaus Tiedemann*, 194.

⁵⁴² Vid. Sub acápite relativo a los nuevos ámbitos de protección del Derecho penal moderno, 76 y ss.

⁵⁴³ **Bajo Fernández**, *Derecho penal, persona jurídica y blanqueo de capitales*, 53.

⁵⁴⁴ **Bajo Fernández**, *Derecho penal, persona jurídica y blanqueo de capitales*, 197.

En perspectiva, la tendencia a la creación del DPE no debe hacernos olvidar que el bien jurídico en la mayoría de estos delitos es de carácter personal, por más que su trascendencia en intereses económicos de carácter social debe ser tenida también en cuenta en la reformulación de algunos tipos delictivos patrimoniales tradicionales o en la creación de nuevas figuras de delitos capaces de captar esa dimensión socioeconómica.⁵⁴⁵ Lo cierto es que la criminalidad económica, no puede ser enfrentada bajo la misma forma en la cual se enfrenta la criminalidad convencional, por ello el sistema sancionador debe tratar de ser más eficaz en la represión de tales conductas.⁵⁴⁶

4.4.1 El sendero marcado por el Derecho penal económico, hacia la tipificación de la preparación delictiva en el blanqueo de capitales.

La dimensión de este fenómeno no puede consentirse claramente, seguramente porque su brecha fue abierta de manera discreta, iniciando por la dispersión de actos preparatorios –bajo la apariencia formal de autónomos- a lo largo de la Parte especial del CP y, gradualmente se fue extendiendo a otras normativas dispersas, como p. ej. LRARD, LECDE, LECAT, entre otras, diseñadas con un programa político criminal de una raíz distinta al garantismo, que se diseminó con un enfoque funcional imperceptible, desde hace muchas décadas, en los ordenamientos penales alrededor del mundo, inclusive en el nuestro.

En otros términos, se puede vislumbrar que, la apuesta de un funcionalismo progresivo en el CP de 1998 y en otras leyes especiales, hasta al punto que puede concluirse que ya no se responde más al principio de ejecución y al excepcional castigo de los actos preparatorios.

⁵⁴⁵ **Muñoz Conde**, *Derecho Penal: Parte Especial*, 321.

⁵⁴⁶ **Martín Nieto** y otro, *Derecho penal económico*, 38.

4.4.2 Las fórmulas típicas de confabulación propuestas en los estándares internacionales.

En la modernidad puede deducirse que el estándar normativo internacional propició una política criminal en la que se gestó, desarrolló y se consolidó el combate al blanqueo de capitales recurriendo al Derecho penal moderno, siendo su clara manifestación el adelantamiento de la actuación penal, a fin de evitar la transgresión de las funciones o interés protegidos por la norma penal.

En perspectiva, la innovación de la estructura y configuración del citado delito, continuó siendo constante, así también se logró esclarecer que las medidas administrativas para su prevención se volvían ineficaces, en cambio la reacción penal en un estado tempranísimo impide que la actividad criminal cause una lesión concreta a los intereses socioeconómicos de los Estados.

La Convención de Viena de 1998, a reserva de los principios constitucionales de cada Estado, instó a la tipificación de determinados actos preparatorios independientes del blanqueo de capitales, así pues, en el art. 3 letra c) rom. iii), se propuso el adelantamiento de la actuación penal hacia los comportamientos de “*instigar*” o “*inducir*”, la primera considera como sinónimo de la provocación aceptada como un acto preparatorio en España –véase su art. 18 CP-; mientras que, la inducción puede asimilarse como una forma de instigar a participar en el delito.

En tanto, en el romano iv) de la misma disposición, se refiere a la “*asociación*” y “*confabulación*”, la primera previsión no es definida por el instrumento internacional, pero, hace referencia al asocio de dos o más personas en un esquema criminal, en tanto, la segunda modalidad podría identificarse como la proposición por tratarse de un concierto entre unos y otros que coadyuven en la ejecución, así pues, dos o más personas que se ponga de acuerdo para blanquear bienes procedentes de delitos graves podrían ser sancionadas como conspiradoras.⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 449.

Ahora bien, la Convención de Estrasburgo continuó con el mismo legado, salvo porque introdujo en su art. 6.1 letra d) “*la conspiración*” para la comisión de un delito base de blanqueo, que definitivamente puede vincularse con el inciso 2° del art. 23 CP, sobre el acuerdo de unos y otros para coadyuvar en su ejecución.

La Convención de Palermo reafirma las propuestas de Viena de 1988, con una redacción algo distinta en su art. 6.1 letra b) rom. II, en su orden “*asociación*”, “*confabulación*”, “*incitación*”, así también la inclusión de la “*facilitación*” y “*asesoramiento*” de un grupo delictivo organizado.

Lo distintivo podría ser que este instrumento propició en las letras a) y c) art. 2, lo que deberá entenderse por grupo delictivo organizado y por grupo estructurado. Aunque en el art. 5 letra a) rom. i) entrañe que, el intento de la actividad delictiva, puede gestarse en el acuerdo de una o más personas para cometer un delito, lo cual implica una contradicción, que bien puede dilucidarse, a sabiendas de la terminología antes señalada.

Básicamente la Convención de Mérida efectuó una transcripción de lo descrito en el art. 6 letra b) rom. ii) de Palermo, salvo porque cambio la definición técnica de “*intento*” por “*tentativa*”.

Finalmente, es preciso recordar que, las recomendaciones emitidas por el GAFI, en el afán de fortalecer la prevención general inciden para impulsar la tipificación de los denominados “*delitos auxiliares*” del lavado de activos incluyendo la “*...participación en, asociación con o conspiración para cometer, intentar, ayudar y cooperar, facilitar y asesorar...*” que son un sesgo disuasivo orientado a la protección de los sectores económicos y financieros.

4.5 La apuesta por el adelantamiento de la actuación penal en materia de lavado de dinero y activos.

Ante el inevitable avance de la criminalidad, la legislación sobre el blanqueo de dinero, siempre ante a los reclamos de eficacia, no ha tenido otra alternativa más que

pasar por profundos cambios⁵⁴⁸ al compás del diseño trazado en el estándar normativo internacional, que cuenta con múltiples y variadas técnicas que tratan de acompañar a gran velocidad el combate contra el lavado de dinero.

En concreto, los sectores de regulación en el contexto internacional son el administrativo y el punitivo, el primero acaece en el ámbito financiero, se interviene mediante la imposición de amplias obligaciones de recolección de información, de comunicación, de colaboración, etc., a los empleados bancarios y demás entidades financieras; extendiéndose las tareas impuestas en este sector hasta alcanzar otras profesionales.⁵⁴⁹

Así pues, dentro del ámbito punitivo se encuentra el impulso del Derecho penal moderno, que puede enfrentar eficazmente, la problemática central de esta investigación, es decir, la actividad delictiva previa que puede consistir no sólo en un hecho consumado, sino también en un hecho intentado, e incluso en un acto preparatorio punible, en la medida en que de él se puedan derivar bienes idóneos para ser objeto de blanqueo.⁵⁵⁰

Entonces la tipología de la actividad pre-delictiva del blanqueo de capitales, debe enarbolarse mediante la actividad legislativa que apueste por la intensificación del adelantamiento de la actuación penal a un momento anterior de la concreta lesión de la norma o de sus intereses reconocidos.

La progresiva intensificación punitiva, suele ser cuestionada por la restricción de los derechos y la flexibilización de las garantías de todos los ciudadanos, a cambio de una respuesta punitiva que oportunamente le brindará la seguridad que todos buscan a través de una demanda social de amplia perspectiva, consolidando el modelo de un

⁵⁴⁸ **Terra de Oliveira**, *El delito de blanqueo de capitales en tiempos de crisis*, 347.

⁵⁴⁹ **Arias Holguín**, *La internacionalización del Derecho penal como contexto de la política criminal del lavado de activos*, 213.

⁵⁵⁰ **Martínez Bujan Pérez**, *Derecho penal económico y de la empresa*, 268.

Derecho penal moderno que tiene como objetivos la disminución o eliminación de la creciente economía criminal que acumula caudales ilícitos.

En perspectiva, el plano normativo internacional desde 1988, se impulsó la criminalización de aquellas conductas pre-delictivas al blanqueo de capitales, con el propósito ferviente por aplacar represivamente éste fenómeno global, dando la pauta, a una reconfiguración normativa o la introducción de tipos penales con los que se pretendió adelantar las barreras de la intervención penal.

Todavía esa pretensión de la O.N.U. sigue siendo clara por adelantar las barreras de la punición, proponiendo la criminalización de los actos preparatorios, pero, el legislador salvadoreño no ha procedido a su tipificación, desde luego éstos supuestos de hecho, por mucho están alejados de una lesión concreta a los intereses protegidos en la norma penal, aunque sí se piensa profundamente implicará para una discusión que supone trazar la difícil distinción por los grados de ejecución del blanqueo de capitales, a cambio de descubrir un novedoso valladar que coarta los circuitos de la actividad organizada.

Por ende, debería procurarse el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el plano internacional, que ha realizado esfuerzos constantes durante años, con el objetivo permanente de incardinar la represión por la preparación delictiva del lavado de dinero. Desde la Convención de Viena de 1988, se pretendió asegurar la punición de inducción, cooperación necesaria y complicidad, con la tipificación de modo específico de una tipología auxiliar con los elementos objetivos de una *participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento* en la realización de los comportamientos de autoría y participación⁵⁵¹ en las figuras contempladas en las letras a, b y c) del art. 3 del mencionado instrumento.

Así pues, tácitamente se hizo referencia a los “*actos preparatorios dependientes*” del tipo básico de blanqueo de capitales, o si se prefiere la denominación de “*delitos*

⁵⁵¹ **José Luis Díaz Ripollés**, *Alternativas a la actual legislación sobre drogas*, publicado en la revista Nuevo Foro Penal N° 54 (España, 1991) 471 y ss

auxiliares”, como se normativizaron en las recomendaciones de la GAFI, indistintamente de las etiquetas y naturaleza jurídica ambas configuraciones están conectados con la criminalización anticipada de los comportamientos que preceden a la consumación a la legitimación de caudales ilícitos. Esas técnicas son efectivamente infracciones penales que, pueden además considerarse como modernas. Se trata, más bien, de la tipificación y sanción penal de actos que afectan la eficiencia de la prevención y persecución penal de dicho delito.⁵⁵²

A mi juicio, deberá considerarse enseguida que nuestro legislador debería tomar una decisión importante por incardinar sus esfuerzos en el adelantamiento de la punición hacia grados de ejecución previos a la consumación del blanqueo de capitales, concretamente con la creación de una norma penal con una técnica legislativa prolija que cumpla con los estándares internacionales mínimos, para que sea fácilmente apreciable por los operadores jurídicos en el procesamiento de los proponentes o los conspiradores.

Entonces se cumplirán las expectativas de un Derecho penal moderno y, también las exigencias internacionales adquiridas en el combate contra el lavado de activos, mediante la incorporación de una nueva figura delictiva que debería concebirse como un instrumento preventivo de cualquier forma de participación pre delictiva al agotamiento de los elementos objetivos del blanqueo de capitales.

4.5.1 La proposición y conspiración en el delito de lavado de dinero.

La proposición para cometer un delito de blanqueo existirá cuando quien ha resuelto cometerlo invita a otro u otros ejecutarlo. No es necesario que la invitación sea eficaz, esto es, tanto si la persona o personas aceptan como si rechaza la propuesta delictiva, concurre la proposición para delinquir.⁵⁵³

⁵⁵² **Víctor Prado Saldarriaga**, *Lavado de Activos en Países Emergentes: Delitos Periféricos y Especiales*, en *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 235.

⁵⁵³ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 451.

Entendiéndose que la proposición puede aseverarse como una inducción previa al acto de la conspiración,⁵⁵⁴ además suele afirmarse que se castiga como inducción por la estrecha vinculación existente entre las actividades de blanqueo de capitales y criminalidad organizada.⁵⁵⁵

Entonces, la proposición consistirá en la exteriorización de la propia decisión de uno o unos para cometer el delito –lavado de dinero y activos- que se exterioriza ante otra u otras personas para que participen en su realización, en consecuencia, puede considerarse como una actividad de convencimiento, pero, no puede ser considerada como genérica o equívoca, sino claramente consistente en la invitación a ejecutar un delito.

Debe postularse una interpretación restrictiva de los supuestos que deben entenderse incluidos en el ámbito penal de la proposición delictiva a partir de sus requisitos objetivos: **1)** Resolución firme y decisiva del provocador para cometer el delito de lavado de dinero y activos; **2)** Solicitud expresa a destinatarios para colaborar o que ejecuten el injusto penal; **3)** Las conductas del provocador y terceros deben ser eminentemente dolosas; **4)** La invitación puede ser eficaz, lo que dará lugar a la progresión de la conspiración, y no se llegará a un acuerdo habrá proposición punible⁵⁵⁶; y **5)** Que no den comienzo al inicio de la ejecución, caso contrario, la proposición será absorbida por la tentativa o la consumación.

P. ej. La conducta de la persona decida a adquirir bienes procedentes del tráfico de drogas, que invita a otro que los adquiera, puede ser sancionada como proposición para cometer el delito de blanqueo de capitales.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ **Barber Burusco**, *Los actos preparatorios del delito*, 215.

⁵⁵⁵ **Isidoro Blanco Cordero**, *Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del Lavado de dinero: Aspectos sustantivos*, en *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 156

⁵⁵⁶ *Ibíd.*, 218-219.

⁵⁵⁷ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 451.

La inducción de un funcionario público que efectúe a su subalterno para que proponerle el retiro de fondos bancarios procedentes de terceros que obtuvieron beneficios o ventajas.

El blanqueador que propone al empresario la inyección de capital en su sociedad, a cambio de que no cuestionar su origen a fin de obtener fondos lícitos que procedan de la entidad social.

La conspiración se caracteriza por considerarse es un preestadio de coautoría o participación de conducta principal,⁵⁵⁸ doctrinalmente como la conjunción del concierto previo de voluntades con la firme resolución de ejecutar un delito, pero, es incompatible con la iniciación ejecutiva material, por su carácter autónomo, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes en un delito intentado o consumado.

Sobreviene una cuestión sobre determinación si deben ser todos los que conciertan los que ejecuten el delito, sólo alguno o algunos, y el caso de considerarse que todos deben intervenir en la ejecución, qué papeles deben reservarse en tal ejecución, la posición mayoritaria el papel de los conspiradores está reservado para los coautores que han resultado ejecutar el delito.⁵⁵⁹ En definitiva, la conspiración para cometer un delito de blanqueo de capitales exige que, dos o más personas se concierten para su ejecución y resuelvan ejecutarlo.⁵⁶⁰

Los requisitos objetivos de la conspiración serían: **1)** El concierto de dos o más personas determinadas que reúnen las condiciones necesarias; **2)** La resolución firme para cometer un delito cierto y determinado; **3)** Que concluyan con resolver ejecutarlo; **4)** El acuerdo de voluntades dolosas; y **5)** No debe mediar inicio de

⁵⁵⁸ **Mir Puig**, *Derecho penal Parte general*, 351 y **Cuello Contreras**, *El Derecho penal Español: Parte General*, 2: 322.

⁵⁵⁹ **Barber Burusco**, *Los actos preparatorios del delito*, 160.

⁵⁶⁰ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 451.

ejecución del delito para que se considere el adelantamiento de la barrera de protección penal.

Piénsese, por ejemplo, en la reunión llevada a cabo entre miembros de la sección de una organización criminal dedicada al blanqueo y empleados bancarios dispuestos a canalizar el dinero sucio. Va ser necesario que exista un concierto entre dichas personas para cometer el delito de blanqueo, y una resolución decidida de convertir el proyecto delictivo en realidad.⁵⁶¹

El contrabandista que provee de capital a un tercero –blanqueador-, confabulando sus voluntades para que éste último adquiera mediante una compra un vehículo de una distribuidora automotriz, dispuesto a saltarse todos los controles administrativos, con el propósito ulterior de que el contrabandista lo adquiera a través de una venta lícita, por un precio inferior al reportado en el mercado.

4.5.2 Un intento doctrinal por distinguir los límites de punibilidad en la preparación delictiva en materia de lavado de dinero.

Las complicaciones derivadas de este intento puede deberse en gran medida a que este tema es exigua o nulamente desarrollado en los textos, constituye además una de las cuestiones más problemáticas en el Derecho penal; que tiene lugar en la determinación de los alcances de punibilidad de la preparación delictiva y la pluralidad de acciones que puede relativizarse en cuando se consume el comportamiento peligroso de lavado de dinero; otra es la eventual consideración de que se obtengan capitales para el consumo personal y la relación que guardan con el delito asociativo –Agrupaciones Ilícitas- como figuras pre-delictivas para la conformación de una masa de capitales.

Ahora bien, para resolver la primera de las cuestiones problemáticas, debemos partir de los criterios que servirán para la distinción entre los actos preparatorios –impunes- y los ejecutivos –punibles-, de acuerdo al art. 4 LCLDA-; obviamente esto es una

⁵⁶¹ *Ídem.*

tema de discutidos ampliamente, que debe resolverse a luz de la doctrina, ya que previamente acotamos que por decisión de nuestro legislador, tanto los actos preparatorios, como la tentativa, en el delito lavado de dinero y activos, no tiene una previsión específica al respecto, en consecuencia ambas fases del *iter criminis*, están excluidas de una sanción penal.

La situación doctrinal ha puesto de manifiesto que, el análisis de esta cuestión debe comprender tanto consideraciones de carácter formal como también de carácter material. A las primeras pertenece la división llevada a cabo por la doctrina en cuanto a la solución de éstos supuestos entre delitos *sui generis*, en los cuales la construcción de la tentativa sería posible, y aquellos en los que el legislador se limita a equiparar la pena de la consumación a supuesto de tentativa y preparación, pero sin que los mismos adquieren el carácter de delitos autónomos. La posibilidad de construir una tentativa de delito en delitos *sui generis* parece evidente teniendo en cuenta que éstos se caracterizan por poseer un contenido de injusto distinto de cuyo grupo se ha independizado.⁵⁶²

Entonces, la solución la podemos encontrar con Blanco Cordero, que propone recurrir a la fórmula de Frank.⁵⁶³ Que se complementa con otros criterios apreciados por la doctrina alemana con base en el §22 StGb, en la que ha de tomarse el plan del autor, esto es para valorar cuando da comienzo el inicio del tipo hay que estar a cuál ha sido la representación del autor del curso del hecho y de qué manera quería empezar la acción típica ejecutiva. Pero además ha de tenerse en cuenta la puesta en peligro inmediata del bien. Junto a esto exige una inmediatez temporal, en el sentido de realizar un acto “*inmediatamente anterior a la plena realización de todos o de alguno de los elementos del tipo*”. Dicho de otra manera, actos directamente

⁵⁶² **Farré Trepas**, *La tentativa del delito*, 497.

⁵⁶³ La teoría se puede expresar de la manera siguiente: Existe ya un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen como partes integrantes de ella, según la concepción natural. *Ibíd.*, 163.

conectados con los descritos por el verbo típico y dotados de una “*unidad de significado*” a la vista del plan del autor.⁵⁶⁴

En razón de las exposiciones anteriores, nos encontramos en un camino secuencial, obviamente acontece primero por los autores o partícipes, la consumación de los hechos previos –contemplados en el art. 6 LCLDA-.

Posteriormente nos encontramos con la proposición –o inducción- y la conspiración - concertación o conjugación- de voluntades de los blanqueadores que acaecen en momentos previos, a las formas imperfectas, que tienen lugar, cuando el plan del autor deciden emprender directamente cualquier de los comportamientos alternativos ligados –al art. 4 LCLDA- atinentes a depositar, retirar, convertir, transferir fondos, o cualquiera otra operación, transacción u omisión, encaminada a que los bienes o derechos conectados de forma directa o indirectamente con un hecho generador, poniendo en peligro los bienes jurídicos protegidos –orden socioeconómico y administración de justicia-, pero, sus esfuerzos son insuficientes para alcanzar un verdadero ocultamiento o encubrimiento de su ilicitud, donde acontece la consumación formal del tipo penal básico.

A la culminación de esta investigación, aún sobrevivirá la controversia sobre la segunda de las cuestiones, relativo a la punición o no del auto blanqueo. Podemos partir de considerar, primero que el legislador salvadoreño, apelando a la literalidad de la LCLDA, no se ha pronunciado sobre la exclusión del responsable del delito previo como autor de blanqueo de capitales, cuando éste realiza un mero disfrute de los efectos y ganancias. Sin embargo, esta discusión no es tan sencilla y, su solución deberá solventarse en el campo doctrinario.

Lo cierto es que simplificando por mucho esta discusión, debemos centrarnos en las precisiones realizadas por Mata Barranco, que nos facilita la tarea a partir de un ejemplo: El que compra pan con el dinero robado –y, ojo, el que se lo vende a

⁵⁶⁴ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 455.

sabiendas- cambia dinero negro por pan blanco, pero, no parece que la funcionalidad preferente o específica de su acto sea la de encubrir u ocultar y con ello borrar rastros que conduzca a su delito. En palabras conclusivas no se trata de actos realizados con la finalidad de ocultar o encubrir bienes, para integrarlos en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita.⁵⁶⁵

Entonces analizando cuidadosamente lo anterior, sobre todo lo relativo al disfrute o aprovechamiento del autor del delito previo pueda considerarse o no, un sujeto activo del delito de lavado de dinero y activos, cuando se trata de subrogar sus necesidades básicas, considerados como gastos de inversión personal, equiparables a un hecho posterior copenado, siempre y cuando no se lesione otro bien jurídico de naturaleza distinta, esto último es bastante complejo porque nuestro tipo penal básico –art. 4 LCLDA- es pluriofensivo.

De ahí que, la segunda de las cuestiones es que ha de prescindirse de la pena del auto-blancqueo por considerarse que este un acto posterior copenado, de tal modo que castigarlo sería de hacerlo por segunda vez (un *bis in ídem*). Se trataría así de un concurso de normas⁵⁶⁶ que debería resolverse por consunción a favor del primer delito.⁵⁶⁷

Según el profesor Mir Puig, que los actos posteriores impunes o, mejor, copenados. Son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero que quedan consumidos por otro delito al cual sigue. La razón es que tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior

⁵⁶⁵ **Mata Barranco y otros**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, (España, Editorial Dykinson, 2018) 510.

⁵⁶⁶ El profesor Bacigalupo expresa que: “...mientras en los casos de concursos aparentes se discute sobre la relación de tipos entre sí, en los supuestos de concurso de delitos (ideal o real) se trata de una relación entre varios tipos penales y una o varias acciones...” Vid. *Derecho Penal: Parte general*, 2ª edic., (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999), 570. Además, se constituye como una garantía del sub principio de proporcionalidad, aglutinado a su vez en el axioma de culpabilidad, que prohíbe la doble penalización, ante la subsunción de una conducta, ya sea por especialidad, subsidiariedad o consunción, así lo establece el art. 7 CP.

⁵⁶⁷ **Mata Barranco y otros**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, (España, Editorial Dykinson, 2018) 511

y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior no aumentan el daño producido por el mismo.⁵⁶⁸

Así pues, Palma Herrera referido por Mendoza Llamacponcca, señala que, estamos ante una situación que el contenido de injusto del delito previo es capaz de abarcar el contenido de injusto de los actos que coinciden con la descripción típica del blanqueo de capitales. No puede hablarse, por tanto, de concurso real de delitos y sí de normas.⁵⁶⁹

Nos queda aún un tercer flanco, que es el de la inexigibilidad. Ciertamente no podemos pretender que quien haya cometido un delito, corra a denunciarlo a la policía, sino que no trate de escaparse de esta y, en ello oculte cualquier rastro que puede conducir al descubrimiento de que se cometió un delito y de que él fue su autor. Antes que como un posible acto posterior copenado, el autoencubrimiento es impune porque no es culpable: porque no le es exigible su alternativa conforma a Derecho.⁵⁷⁰

El fundamento constitucional de la inexigibilidad de otra conducta, lo encontramos en el inciso 2° del art. 12 Cn, al autor de un crimen no se le puede exigir la admisión de culpabilidad, mientras que, el art. 27 N° 5 CP, entre líneas señala que no se puede exigir que dicho autor se entregue a la justicia y confiese la ocultación de los fondos, bienes o derechos provenientes de actividades ilícitas.

Puedo concluir que el auto-blanqueo es una expresión de impunidad, atendiendo a la literalidad del texto de la ley especial respectiva; asimismo puede expresar que, hay una tendencia doctrinaria que sostiene tal situación porque se considera que el autor del delito previo realiza acciones tendientes al disfrute de los efectos y ganadas obtenidas. En contraste puede señalar que la sanción de tal comportamiento, lo

⁵⁶⁸ **Mir Puig**, *Derecho penal: Parte general*, 686.

⁵⁶⁹ **Fidel Mendoza Llamacponcca**, *El delito de lavado de activos: Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, (Instituto Pacífico, Perú, 2017) 413.

⁵⁷⁰ **Mata Barranco y otros**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, (España, Editorial Dykinson, 2018) 512

encontramos en la superación del límite relativo a la afectación de los intereses protegidos por el delito de lavado de dinero y activos.

La última de las discusiones propuestas en el preámbulo de este apartado, recae en la estrecha relación del lavado de dinero y el delito asociativo –de Agrupaciones Ilícitas- contemplado en el art. 345 CP, el cual debe decirse con certeza que constituye un hecho generador de lavado de dinero y activos, a tenor de la letra p) del art. 6 LCLDA, por la vía de la cláusula abierta para delitos determinantes que no fueron contemplados expresamente.

Así pues, el art. 4 LCLDA, exige que los fondos, bienes o derechos relacionados procedan directamente o indirectamente de un delito previo que tiene que consumarse, no admite sus formas imperfectas. Por lo que coincido con la opinión de Dreher y Trondle, referidos por Blanco Cordero, si el hecho no está consumado no existe receptación, sino complicidad en el hecho previo. Una interpretación contraria, como dicen estos autores, difumina los límites entre la participación en el hecho previo y la receptación. Desde la perspectiva sostenida por este sector doctrinal, es preciso que los intervinientes en el hecho previo hayan adquirido el poder de disposición sobre las cosas que posteriormente van a ser objeto de la receptación, poder que sólo se obtiene, en su opinión, cuando el delito previo ha sido consumado.⁵⁷¹

Ahora bien, de acuerdo con la Sala de lo Penal, el supuesto de las Agrupaciones Ilícitas, es una acción antijurídica y su efecto necesario para la consumación del flagelo delictivo puede sostenerse sin intervalo por la voluntad del sujeto activo, de tal forma que cada instante de su duración se reputa como un aplazamiento del estado de terminación; es decir, que el ilícito se sigue consumado mientras el individuo se mantenga en la agrupación o asociación delictiva, hasta que cese la pertenencia a la misma; por lo tanto, la finalización de este dinamismo prorrogado puede producirse

⁵⁷¹ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 264 y 265.

por la decisión de la persona. Ciertamente, estamos ante un tipo de carácter permanente,⁵⁷² situación que dificulta delimitar sus linderos de punibilidad.

Entonces, el injusto de organización es un acto criminal previo idóneo para dar base al blanqueo, sin que sea indispensable la efectivamente realización del concreto delito-fin del programa criminal. En estos casos, los activos son maculados delictivamente de modo previo a los actos de lavado, siendo indispensable que la realización del injusto de organización se identifique razonablemente la existencia de rendimientos económicos objeto de ulterior blanqueo. Los activos objeto del lavado se caracterizan por tener un origen delictivo, siendo que dicha particularidad debe serle atribuida con antelación a la ejecución de los actos de blanqueo.⁵⁷³

De acuerdo con Blanco Cordero, la doctrina española entiende que se origina un concurso de leyes entre el hecho previo y posterior del blanqueo, de manera que el desvalor del primer hecho “consume” el desvalor del blanqueo. Este último aparece, entonces como un hecho posterior copenado por consunción, no debiendo imponerse pena por el mismo. Ahora bien, entre los requisitos exigidos para el hecho posterior resulte copenado, se encuentra que no lesione ningún nuevo bien jurídico, esto es, que el bien jurídico lesionado por el hecho previo y por el posterior coincidan.⁵⁷⁴

Así también lo ha sentado pues, la Sala de lo Constitucional, que cuando la duplicidad consecuencias jurídicas para un mismo hecho opera en virtud de disposiciones que pertenecen al mismo orden normativo, la solución debe proveerse con las reglas generales de la especialidad, subsunción y consunción que operan en las aparentes concurrencias normativas.⁵⁷⁵

⁵⁷² **Sala de lo Penal**, casación con referencia 623-CAS-2009 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

⁵⁷³ **Mendoza Llamacponcca**, *El delito de lavado de activos: Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, 346.

⁵⁷⁴ **Blanco Cordero**, *El delito de blanqueo de capitales*, 489.

⁵⁷⁵ **Sala de lo Constitucional**, Inconstitucionalidad con referencia 18-2008, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

Lo anterior implica discurrir que, durante el mantenimiento de la asociación ilícita y antijurídica se acumulan los fondos, bienes o derechos derivados de otras actividades criminales conexas de diversa índole, por tratarse de una de las finalidades que caracterizan al injusto de organización.

Por tanto, se puede apreciar con nitidez que, la asociación ilícita es independiente de los comportamientos relativos a la inducción o conjunción en materia de lavado de dinero, que, éstos pueden encontrarse formalmente en una coyuntura distinta, atinente al acuerdo o planificación previa por los proponentes o conspiradores sobre la elección de los métodos de inserción, conversión e integración al tráfico lícito de los caudales acumulados ilícitamente, pero, dichos planes puede o no consumarse, en ambos estadios tendrán lugar una pluralidad de acciones.

Entonces, si el descubrimiento criminal acontece en la etapa preparativa de lavado de dinero y activos, por las razones antes descritas en este apartado, estaríamos delante de actos preparatorios que son impunes. Pero, si se consumará formalmente el tipo básico -art. 4 LCLDA- dará lugar a otra pluralidad de acciones, siendo ésta una cuestión bastante problemática, en mi opinión indefiniblemente se resolverá por el concurso aparente de normas.

Ahora bien, estamos por concluir que, los intervinientes en el injusto asociativo –art. 345 CP-, puede ser sujetos activos en el delito de lavado de dinero y activos, es decir que, se comprende la aplicación por la vía de la consunción, contemplada en el art. 7 N° 3) CP, del primero, en el segundo de los delitos, por tratarse el delito asociativo de un hecho anterior copenado al delito de lavado dinero –por la exigencia formal de un ilícito previo-, además porque el desvalor de ésta última acción produciría lesiones a bienes jurídicos de distinta naturaleza –Orden Socioeconómico y Administración de Justicia-.

Conclusiones.

Se establece un veredicto de permanencia de la anticipación de la actuación penal en el devenir histórico cuyo origen puede localizarse en los textos de Ulpiano que fueron retomados en el Digesto, pero, su consagración técnica se puede encontrar en la Constitución Carolina de 1532, que permitió la distinción plena de la tentativa y el delito consumado.

Se determinó que el resurgir del adelantamiento de la tutela penal, se divisó en a partir de los años 30s, en la Alemania nacional socialista, así también resultará válido sostener que, puede vincularse de modo más intenso con el resurgir del punitivismo moderno de los años 70s, que se asentó con los fundamentos del “*Derecho penal del enemigo*” de Gunther Jakobs.

Se concluye que, la teorización de la anticipación de actuación penal en materia de lavado de dinero y activos, tiene indudablemente una relevancia no escatimada, debido al insipiente desarrollo dogmático en el ámbito del Derecho Penal Económico, así también es representativo por las referencias contenidas que revalidan significativamente la protección de los bienes jurídicos colectivos, entre los cual podemos destacar orden socioeconómico de la nación, la administración de justicia, la hacienda pública, y otros.

Se estableció que los actos preparatorios son preestadios de la tentativa y de coautoría y participación criminal, que responden a la idea de la temprana intervención punitiva para la protección de bienes o funciones dependientes o independientes de un delito principal.

Se estableció que, a partir de la Convención de Viena de 1988, se diseñó una tipología auxiliar estándar como un cortafuego de prohibición contra la inducción, instigación, asociación o confabulación de organizaciones criminales que pretenden legitimar los caudales ilícitos.

Que es una necesidad latente en nuestro ordenamiento jurídico penal, la tipificación de los actos preparatorios en delito de lavado de dinero y activos, como una respuesta represiva y de carácter preventiva al fenómeno de la criminalidad económica que evolucionó en su dimensión organizada y transnacional, que además comprende la generosidad actual de nuestra normativa especial –LCLDA- porque no cumplió con las exigencias derivadas del estándar normativo internacional, ni se ajustó estructuralmente para prevenir y afrontar punitivamente los riesgos emergentes del asocio criminal que causa estragos en la economía nacional.

Que nuestro legislador tendrá que incardinar sus esfuerzos en el adelantamiento de la punición hacia grados de ejecución previos a la consumación del blanqueo de capitales, concretamente con una tipología auxiliar que cumpla con los estándares internacionales mínimos, para que sea fácilmente apreciable por los operadores jurídicos en el procesamiento de los proponentes o conspiradores, y así se cumplirán las expectativas de un Derecho penal moderno y, las exigencias internacionales adquiridas en el combate contra el lavado de activos

Recomendaciones.

Que tanto el Legislativo, como Ejecutivo deben asumir el compromiso que adquirieron con la suscripción del estándar normativo internacional que incitan a la introducción de una tipología auxiliar con elementos subyacentes de confabulación y asociación, con la finalidad mediata de protección del orden socioeconómico de la nación.

El Órgano Ejecutivo deberá impulsar la reformulación de una política criminal con un enfoque preventivo, propugnando la actualización de los postulados modernos de a fin de cumplir con la demanda de inseguridad previsible en la sociedad del Riesgo.

Promover una formación técnica en la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, a efecto de dotar al recurso humano de herramientas eficaces para la investigación de cualquier confabulación o asociación con la finalidad prevenir actividades relacionados con el lavado de dinero.

Que la inclusión del tipo penal que castiga los actos preparatorios de lavado de dinero, sea ajustable a situaciones de hecho, por los aplicadores de justicia en el procesamiento de tales actividades comúnmente vinculadas con la criminalizada organizada.

Finalmente, que se impulse en todas los Órganos de Estado y auxiliares, una línea de parámetros de una cultura preventiva de riesgo en el contexto de la anticipación de la actuación penal, que promueva la tutela de valores colectivos, la detención y persecución penal de individuos que incardinan sus voluntades para legitimación capitales de procedencia ilícita que erosionan la economía nacional, afectándose mediatamente el programa social del Estado.

Bibliografía

Libros

Adame Goddard, Jorge, *Derecho Romano Clásico I*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2009.

Albrecht, Hans-Jorg *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, trad. Oscar Julian Guerrero Peralta. Bogotá: Digipirnte Editores, 2001.

Altwater Elmar y Birgit Mahnkopf, *La globalización de la inseguridad: Trabajo en negro, dinero sucio y política informal*, trad. Silvia Villegas. Argentina: Paidós, 2008.

Álvarez, Luís Rodríguez, *La tentativa de homicidio en la jurisprudencia romana*, publicado en el Anuario de historia del derecho español, N° 49, (España, 1979).

Arrieta Gallegos, Manuel, *Lecciones de Derecho penal*. El Salvador: Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1979.

Atienza, Manuel *El sentido del Derecho*, 5ª edic. España: Ariel S.A., 2009.

Bacigualpo, Enrique *Derecho penal: Parte general*, 2ª edic. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

Bajo Fernández, Miguel, *Derecho penal económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales*. En *Hacia un Derecho penal económico europeo: Homenaje a Klaus Tiedemann*. 63-80. España, Boletín oficial del Estado, 1995.

Bajo Fernández, Miguel *Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho penal*, en el homenaje al profesor Luís Rodríguez Ramos, coord. Francisco Javier Álvarez García. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

Bajo Fernández, Miguel *Derecho penal, persona jurídica y blanqueo de capitales*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018.

Barber Burusco, Soledad *Los actos preparatorios del delito. Conspiración, proposición y provocación*. Granada: Comares, 2004.

Beck, Ulrich *La Sociedad del Riesgo hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro y otros. Barcelona, Paidós, 1998.

Begoña San Martín Larrinoa, *Derecho penal económico y delito tributario*. En *Hacia un Derecho penal económico europeo: Homenaje a Klaus Tiedemann*. 357-366. España, Boletín oficial del Estado, 1995.

Bertrand Galindo Francisco, et.al., *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edic. Tom. I. San Salvador: Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, 1996.

Bobbio, Norberto *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: Debate1990.

- Borja Jiménez, Emiliano** *Curso de Política Criminal*, 2 edic. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Bueno Delgado, Juan Antonio**, *La Legislación religiosa en la compilación Justiniana*. Madrid: Dykins S.A., 2015.
- Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée**, *Lecciones de Derecho Penal Vol. I*. Madrid, Editorial Trotta, 1997.
- Bustos Ramírez, Manuel** *Manual de Derecho penal: Parte general*, 4ª edic. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994.
- Blanco Cordero, Isidoro** *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª edic. Navarra: Editorial Aranzandi, 2002.
- Blanco Cordero**, *Principios y recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero: Aspectos Sustantivos*. En *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. 5ª edic. 95- 207. Organización de los Estados Americanos, 2018.
- Blasco Pauchard, Bernardita**, *Introducción al estudio del Derecho económico*, 3ª edic. Santiago de Chile: Universidad Central, 2009.
- Carrara, Francesco** *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, trad. Vicente Romero Girón. Madrid: Góngora y Compañía, 1877.
- Carrara, Francisco**, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Trad. Octavio Béeche y Alberto Gallegos, T.I, Costa Rica, Edit. Jurídica Continental, 2000.
- Carrara, Francesco**, *Tentativa y complicidad o del grado de la fuerza física del delito*, 2ª edic, trad. Vicente Romero Girón. Perú, Instituto Pacifico, 2017.
- Caro Coria, Dino Carlos y Luis Miguel Reyna Alfaro**, *Derecho penal económico: Parte general*. Perú: Juristas Editores, 2016.
- Campo Moreno, Juan Carlos** *Actos preparatorios punibles*, en *Cuadernos de Derecho judicial: Problemas de la autoría*, Bernardo del Rosal Blanco (cood). España, Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- Campo Moreno, Juan Carlos** *Los actos preparatorios punibles*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Cova García, Luis**, *Homicidio con jurisprudencia de casación y doctrina extranjera*. Madrid: Edit. Jaime Villegas, 1952.
- Cuello Contreras, Joaquín**, *El Derecho penal Español: Parte General, vol. II*. Madrid: Dykinson, 2009.
- Chang, Elvira Méndez**, *Introducción al Derecho Romano*, Perú: Fondo Editorial, 2019.

Choclán Montalvo, José Antonio, *Criminalidad organizada: Concepto, la asociación ilícita, problemas de autoría y participación*. En *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, dir. Carlos Granados Pérez. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

Creus, Carlos *Derecho penal: Parte General*, 3ª edic. Argentina: Editorial Astrea, 1992.

Cruz Ponce, Juan, *El delito de Lavado de Activos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014.

Díaz y García Conlledo, Miguel *La autoría en el Derecho Penal*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.

De la Cruz Ochoa, Ramón, *Crimen Organizado: Delitos frecuentes, aspectos criminológicos y penales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma, 2006.

De la Torre Lascano, Carlos Mauricio, *Lavado de activos: Estudio sobre la prevención*. Valencia: Tirant Lo Blach, 2020.

De Vergottini, Guseppe *Derecho Constitucional Comparado*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

Escamilla, Miguel, *Compendio de Historia de Centro América*. San Salvador: Imprenta Nacional, 1895.

Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal: Parte general*, 3ª edic., tomo III. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1999.

Espinosa Infante, José Miguel *La prevención del blanqueo de capitales en el ámbito notarial*. Madrid: Dykinson, 2013.

Fabián Caparros, Eduardo *Internacionalización del Lavado de Activos e Internacionalización de la Respuesta*. En *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 5ª edic. 11-92. Organización de los Estados Americanos, 2018.

Farré Trepas, Elena *La tentativa del delito*. Barcelona, librería Boch, 1986.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. España: Editorial Trotta, 1995.

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal*. México: Universidad Autónoma de México, 2006.

Fernando Villamor, Lucia, *La Codificación Penal en Boliviana*. Bolivia: Editorial Popular, 1977.

Ferreira Tinoco, Antonio Luiz, *Código Criminal do Imperio de Brazil* anotado. Brasil: História do Direito Brasileiro, 2003.

Frister, Helmut *Derecho penal: Parte general*, 4ª edic. trad. María de las Mercedes Galli. Argentina: Hammurabi, 2016.

- Frieyro Elícegui, Sofía** *Actos preparatorios y tráfico de drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Frías Caballero, Jorge**, *El proceso ejecutivo del delito*, 3ª edic. Venezuela: Livrosca, 1996.
- Hassemer, Winfried** *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y María Del Mar Díaz Pita. Colombia: Temis, 1999.
- Hassemer Winfried y Francisco Muñoz Conde**, *Introducción a la Criminología y Derecho penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1989.
- Hobbes, Thomas** *El Leviatán o la materia, forma y poder de una República, Eclesiástica y Civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto, 5ª reimpresión. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Hormazábal Malarée, Hernán** *Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma al sistema penal español*. En *Hacia un Derecho penal económico europeo: Homenaje a Klaus Tiedemann*. 187-208. España, Boletín oficial del Estado, 1995.
- Jakobs Gunther y Manuel Cancio Meliá**, *Derecho Penal del Enemigo*. España: Thomson–Civitas, 2003.
- Jakobs, Güther** *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.
- Jescheck, Hans Heinrich y Thomas Weingend**, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, 5ª edic, trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada, Editorial Comares, 1996. .
- Jiménez de Asúa, Luis**, *Principios de Derecho Penal: La ley y el delito*, 3ª edic. Argentina: Edit. Suramericana Abeledo-Perrot, 1990.
- García Arán, Mercedes** *El principio de justicia universal, en Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet*, coods. Mercedes García Arán Diego López Garrido. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- García Barrera, Myrna Elia**, *Derecho de las Nuevas Tecnologías*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- García Caverro, Percy** *Derecho penal: Parte general*, 3ª edic. Perú: Ideas, 2019.
- García Caverro, Percy**, *El delito de lavado de Activos*. Perú: Jurista Editores, 2013.
- Garrido Montt, Mario** *Derecho penal: Parte general, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Etapas de concreción del delito*, 4º edic. Chile: Editorial Jurídica, 2005.

Gil, Alicia *La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto Organización Terrorista*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 105-154 Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, España, 2014.

González Mateos, José Carlos, *Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: Las teorías objetiva y subjetiva, Actual evolución de la doctrina en España*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, dir. Enrique Gimbernat Ordeig, 229-322 Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, España, 2003) t. LIV, nota N° 4.

Kresalja Baldo y César Ochoa, *Derecho Constitucional Económico*. Perú: Fondo Editorial, 2019.

Lascurían Sánchez, Juan Antonio et. al., *Manual de Introducción Derecho Penal*. España: Boletín Oficial del Estado, 2019.

Luzón Peña, Diego Manuel *Curso de Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Editorial Universitas, 2004.

Navarro Ruperto et. Al., *Curso Completo Elemental de Derecho Romano*. Madrid: Colegio de Sordo Mudos, 1842.

Mackeldey, Ferdinand, *Elementos del derecho Romano*, Madrid: Sociedad Literaria y Tipográfica, 1844.

Mata y Martín, Ricardo, *Delincuencia informática y Derecho Penal*. Nicaragua: Editorial Hispamer, 2003.

Martín Nieto, Adán et. al., *Derecho penal económico*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2009.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte General*, 5ª edic. electrónica. Valencia: Tirant lo Blach, 2016.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Mendoza Llamacponcca, Fidel *El delito de lavado de activos: Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, Perú: Instituto Pacifico, 2017.

Méndez, José María *Historia Constitucional de El Salvador, Constituciones Federales de 1898 y 1921*, T. VI, El Salvador: Tecno Impresos, 1998.

Macera Espinosa, Miguel Ángel *Derecho Penal del Enemigo*. México: Ubijus Editorial, 2011.

Mezger, Edmund, *Derecho Penal: Parte General*. Argentina: Edit. Bibliográfica, 1958.

- Moranchel Pocaterra, Mariana**, *Compendio de Derecho Romano*, Universidad Autónoma Metropolitana de México, 2017.
- Montealegre Lynett, Eduardo** (cood.) *Estudio introductorio a la obra de Guther Jakobs*. En *funcionalismo en Derecho Penal*, 1:21-36. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Morineau Iduarte, Marta y Román Iglesias González**, *Derecho Romano*, 4ª edic. México: Oxford University Press, 2008.
- Moreno Rodolfo**, et, al. *Proyecto de Código Penal para la Nación*. Buenos Aires: Talleres Gráficos de L.J. Rosso y Cía, 1917.
- Moyano Gacitúa, Cornelio** *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Félix Lajouane, 1899.
- Muñoz Conde Francisco y Mercedes, García Arán**, *Derecho Penal: Parte General*, 8ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- Muñoz Conde, Francisco** *Derecho Penal: Parte Especial*, 20 edic. Valencia: Tirant lo Blach, 2015.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán**, *Derecho penal: Parte general*, 10ª edic. Valencia: Tirant to Blanch, 2019.
- Muñoz Fraga, Rafael** *Derecho Económico*. México: Edit. Porrúa, 2011.
- Orts Berenguer, Enrique y José González Cussac**, *Compendio de Derecho penal: Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Pacheco, Joaquín Francisco** en el *Código Penal: Concordado y comentado*, 5ª edición, T. I. Madrid: Imprenta y fundición Manuel Tello, 1881.
- Pastrana Sánchez, María Alejandra**, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, España: Boletín Oficial del Estado, 2020.
- Páucar Chappa, Marcial Eloy**, *La investigación del delito de lavado de activos: Tipologías y jurisprudencia*. Perú: Ara Editores, 2013.
- Pavón Vasconcelos, Francisco**, *Breve ensayo sobre la tentativa*, 4ª edic. México: Editorial Porrúa, 1989.
- Peláez Ruiz-Fornells, Alejandro F.** *Blanqueo de capitales: Análisis económico*. Madrid: Delta Publicaciones, 2014.
- Pérez Rodríguez, María Dolores** *Prevención del blanqueo de capitales*, 2ª edic. Málaga: Editorial ICB, 2015.
- Pérez del Valle, Carlos**, *Introducción al Derecho penal económico*, en *Curso de Derecho penal económico*, dir. Enrique Bacigalpo. España, Marcial Pons, 1998.

Polaino Orts, Miguel, *Vigencia de la norma: El potencial sentido de un concepto, En funcionalismo en Derecho Penal*, 2:61-106, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Platón, *Sus obras*, trad. Patricio de Azcárate. Madrid: Medina y Navarro Editores, 1872.

Prado Saldarriaga, Víctor, *Lavado de Activos en Países Emergentes: Delitos Periféricos y Especiales*. En *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 5ª edic. 209-290. Organización de los Estados Americanos, 2018.

Prado Saldarriaga, Víctor Roberto *Derecho penal y política criminal: Problemas contemporáneos*. Perú: Gaceta Jurídica, 2019.

Queralt Jiménez, Joan J. “*Víctimas y garantías: Algunos cabos sueltos*”, En *Política Criminal y nuevo Derecho Penal: Homenaje a Claus Roxin*. 145–172. España: Bosch Editor, 1997.

Remesal, Javier de Vicente “*La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho Penal Español: Posibilidades actuales y perspectivas de futuro*”. En *Política Criminal y nuevo Derecho Penal: Homenaje a Claus Roxin*. 173-206. España: Bosch Editor, 1997.

Rodríguez Huertas, Olivio *Lavado de activos. Generalidades*. en *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*. coord. Norma Bautista. Santo Domingo: Editorial Mediabyte, S.A., 2005.

Roxin, Claus, *Derecho penal: Parte General*, tomo II *Especiales formas de aparición del delito*, trad. Diego Manuel Luzón Peña y otros, 2ª reimpression; España: Thomson Reuters Civitas, 2015.

Roxin, Claus, *Derecho penal: Parte general*, tomo I, *Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, 2ª edic., traductor Diego Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 1997.

Rosas Castañeda, Juan Antonio, *La prueba en el delito de lavado de activos*. Perú, Gaceta Jurídica, 2015.

Rozo Rozo, Julio E. *La Tentativa*, Colombia, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2002.

Ruíz Antón, Luis Felipe *El Agente Provocador en el Derecho penal*, Madrid: Edersa, 1982.

Sánchez García De Paz, María Isabel *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1999.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, 2ª edic. España, Civitas, 2001.

Silva Sánchez, Jesús María *Aproximación al Derecho Contemporáneo*. Barcelona: Bosh Editor, 1992.

Somma, Alessandro *Introducción al Derecho Comparado*, (Universidad Carlos III de Madrid, 2015).

Souto Miguel Abel, *El Blanqueo de dinero en la normativa internacional*, (Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2002) 32 y ss, que fu retomado en la obra de *Aspectos Dogmáticos Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*, coord. Norma Bautista y otros. República Dominicana: Justicia y Gobernabilidad, 2005.

Stratenwerth, Günter *Derecho penal: Parte General I El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. España: Aranzandi- Thompson Reuters, 2005.

Trejo Escobar, Miguel Alberto *Curso de Derecho Penal Salvadoreño: Parte General*, Vol. Nº 1 Nociones Fundamentales. El Salvador: Editorial Triple D, 2002.

Terra de Oliveira, William *El delito de blanqueo de capitales en tiempos de crisis, en Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, dir. José Luís González Cussac. España: Tirant lo Blanch, 2009.

Vallejo García-Hevia, José María, *La segunda Carolina, El nuevo Código de leyes de las Indias*, T. I. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2016.

Villa Stein, Javier, *Derecho penal: Parte general*. Perú: Ara Editores, 2014.

Welzel, Hans *Teoría de la acción Finalista*, Argentina: Depalma, 1951.

Welzel, Hans *Derecho Penal: Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra. Argentina: Roque Depalma, 1956.

Zaffaroni, Eugenio Raúl *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, T. I y IV. Argentina: Ediar, 1998.

Zaragoza Aguado, Javier Alberto, *El blanqueo de bienes de origen criminal*, en Derecho Penal Económico. España: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

Zaragoza Aguado, Javier, *El delito de Blanqueo de Capitales. Legislación, doctrina y Jurisprudencia*, 5ª edic. 293-422. En *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 300. Organización de los Estados Americanos, 2018.

Zavala Ortiz, José Luis y Joaquín Morales Godoy, *Derecho Económico*, 3ª edic. Chile: Thomson Reuters Puntotext, 2009.

Diccionarios

Cabanellas De Torres, Guillermo *Diccionario Jurídico Elemental*, 16ª edic. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 2003.

Nicoliello, Nelson, *Diccionario del Latín Jurídico*. Argentina: Euros Editores S.R. L., 2004.

Diccionario de la Real Academia, disponible en el sitio web <https://dle.rae.es/diccionario>.

Revistas

Alonso Rimo, Alberto, “*¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación*” publicado en la revista para el Análisis del Derecho N° 4. España: 2017.

Antón Oneca, José, *Historia del Código de 1822*, publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 18, N° 2, Fasc./Mes 2, España: 1965.

Arias Holguín, Diana Patricia *La internacionalización del Derecho penal como contexto de la política criminal del lavado de activos*, publicado en Estudios de Derecho, Vol. LXVI N° 147. Colombia: 2009.

Baró Pazos, Juan, *El derecho penal español en el vacío entre dos códigos (1822-1848)* publicado en el Anuario de Historia del Derecho Español, N° LXXXIII. España: 2013

Beade, Gustavo A. *El concepto de riesgo y los delitos anticipatorios, una aproximación acerca de una distinción necesaria*, publicado en la revista Nomadas N° 17. Universidad Complutense de Madrid: 2008.

Blanco Cordero, Isidoro e Isabel Sánchez García de Paz, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: La definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio*, publicado en la revista penal N° 6. España: 2000.

Bravo Lira, Bernardino, *Bicentenario del Código Penal de Austria*, publicado en la revista de Estudios Histórico Jurídicos, Sección de Historia del Derecho Europeo, XXVI Valparaíso, Chile, 2004.

Canizares Navarro, Juan B., “*El código penal de 1822: Sus fuentes inspiradoras. Balance historiográfico desde el siglo XX*”, publicado en Glossae European Journal of Legal History 10, (España, Instituto de Estudios Sociales, Políticos y Jurídicos. 2013.

Castellón, René Arnoldo, “*Pasado y presente de los actos preparatorios punibles: Especial atención a la normatividad penal vigente y a la sociedad de riesgos*” publicado en Debate sobre el Sistema de Justicia Penal y Penitenciario, coord. Dinorah Paola Salazar Molina. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2016.

Cerezo Mir, José *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo*, publicado en la revista Derecho penal y Criminología, 2ª Época N° 10. España, 2002.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu *Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales*, publicado en la revista Derechos Fundamentales, N° 8. Universidad Viña del Mar, Chile, 2012.

Blanco Cordero, Isidoro *Criminalidad Organizada y Mercados Ilegales*, publicado en la revista Eguzkilore N° 11. España, 1997.

Blanco Cordero, Isidoro *Lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea*, publicado en la revista Eguzkilore N° 15. España, 2001.

Díaz Ripollés, José Luis *Alternativas a la actual legislación sobre drogas*, publicado en la revista Nuevo Foro Penal N° 54. España, 1991.

Díaz Ripollés José Luís, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, en revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-01. España, 2005.

Díaz Ripollés, José Luís *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, publicado en la revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. España, 2004.

Feusier, Oscar *Las Escuelas y principales corrientes del derecho penal en la legislación salvadoreña*, publicado en la revista Realidad N° 151. El Salvador: 2018.

Frola, Francisco *El Código Penal Fascista*, publicado en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, tomo II, de enero a marzo, N° 5, México: 1940.

González Mateos, José Carlos, *Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: Las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España*, publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, V. LIV. España: 2001.

Gracia Martín, Luis, *Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho Penal Económico y empresarial de los poderosos*, publicado en la revista para el Análisis del Derecho N° 3. Barcelona: 2016.

Gracia Martín, Luis *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo*, publicado en la revista electrónica de Ciencia penal y Criminología N° 07-02. España: 2005.

Gracia Martín, Luís, *La modernización del Derecho Penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho*, publicado en la revista de Derecho Penal y Criminología N° 3, época N° 3. España: 2010.

Herzog, Félix *Algunos riegos del Derecho penal del riesgo*, publicado en la revista Penal N° 4. España: 1999.

Huertas Díaz, Omar, et. al. *Entre la minimización y la expansión del Derecho Penal: La presencia de Beccaria en el debate contemporáneo*, publicado en la revista Iusta, Vol. N° 1 N° 44. Colombia: 2016..

Jakobs, Güther *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de Derecho penal*, traducción por Enrique Peñaranda Ramos y otros. Madrid: Civitas, 1997.

Jiménez Díaz, María José *Sociedad del Riesgo e Intervención Penal*, publicado en la revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 16-08. España: 2014.

Korstanje, Maximiliano *Economía del riesgo, un análisis crítico a la mirada de Ulrich Beck*, publicado en la revista *Economía, Sociedad y Territorio*, vol. X N° 32. México: 2010.

Künsemüller, Carlos “*El castigo de las formas preparatorias del delito*” publicado en la revista *Derecho y Humanidades* N° 16-1. Chile: Peroti, F., & Gutiérrez, 2010.

Leyva Estupiñan Manuel Alberto, et, al. *Las técnicas de anticipación de la respuesta penal versus los principios de Derecho penal*, publicado en la revista de Ciencias Sociales N° 70. Universidad Valparaíso de Chile: 2017.

López Rojas, Dayan Gabriel y Mayda Goite Pierre, *El delito determinante cometido en el extranjero para el lavado de activos*, publicado en la Revista Cuba Lex N° 36. Cuba: 2016.

Maldonado Fuentes, Francisco *Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana*, publicado en la revista de Estudios de Justicia N° 21. Chile: 2014.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos, *Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial*, publicado la Revista Penal N° 4. México: 2013.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos, *La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico*, publicado en la Revista Penal N° 5. México: 2014.

Matus Acuña, Jean Pierre, *Eduardo Novoa Monreal en la Ciencia Penal Chilena del Siglo XX*, publicado en la Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad N° 2. España, Edit. Jurídica Continental: 2018.

Perotti, Javier *La problemática del lavado de dinero y sus efectos globales: Una mirada a las iniciativas internacionales y las políticas argentinas*, publicado en la revista UNISCI Discusión Papers, N° 20. Universidad Complutense de Madrid: 2009.

Portilla Contreras, Guillermo *Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal Penal del enemigo*, publicado en revista *Jueces para la democracia* N° 49, (España, 2004)

Quirk, Peter J., *El blanqueo de dinero: Repercusiones macroeconómicas*, traducido y publicado en la revista *Ekonomiaz* N° 34 *Medir en economía. Lo que sabemos que no sabemos*. España: 1997.

Riquert, Fabián y Leonardo Palacios, *El Derecho penal del Enemigo o las excepciones permanentes*, publicado en el revista *La Ley* N° 3. España: 2003.

Rivacoba, Manuel, *Pensamiento penal y criminológico del Código Penal Tipo para Iberoamérica*, publicado inicialmente en la revista Doctrina Penal, año 10, N° 40, octubre-diciembre. Buenos Aires: Ediciones Depalma 1987.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *La punición de los actos preparatorios*, publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXI, Fascículo II, correspondiente a mayo-agosto. España: 1968.

Sagastume Galán, Wilson Edgardo *Problemas interpretativos sobre la forma de intervención del otorgante de un acto notarial, en los casos especiales del delito de Encubrimiento, del artículo 7 literal d) de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos*, publicado en la revista Ventana Jurídica N° 10. El Salvador: Talleres UCA, 2013.

Silva, José Enrique, *Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño*, publicado por la Universidad de El Salvador en la revista Nueva Época N° 4, año 96, El Salvador: 1971.

Sedano, Joaquín, *La transmisión de los textos e investigación sobre las fuentes históricas del derecho*, publicado en la revista Ius Canonicum 50. España: 2010.

Serrano-Piedecasas, José Ramón *Fundamento de la Punición*, publicado en la revista Nuevo Foro Penal N° 61. Colombia: Universidad EAFIT, 1999.

Terradillos Basoco, Juan María *Peligro abstracto y garantías penales*, publicado en la revista Nuevo Foro Penal N° 62. España: 1999.

Terradillos Basoco, Juan María *Globalización, administrativización y expansión del Derecho Penal económico*, publicado en la revista Nuevo Foro Penal N° 70. Colombia: 2006.

Varela, Edgardo y Ángel Venini, *Normas sobre prevención del lavado de activos en Argentina. Su impacto sobre la actividad bancaria y aseguradora*, publicado en la revista Invenio N° 19. Argentina, 2007.

Tesis

Bages Santaca, Joaquim “*La tentativa en los delitos de peligro abstracto*”. Tesis de doctorado, Universitat de Barcelona, 2017.

Casabó Ruiz, José Ramón, “*El Código penal de 1822*”. Tesis doctoral inédita, Valencia: 1968.

Delgado Rodríguez, José María “*El blanqueo de capitales y el Crimen Organizado en España: Regulación, tendencias de política criminal y alternativas*”. Tesis de doctorado, Universidad Internacional de Cataluña, 2016.

Fernández de Cevallos y Torres, José, “*Blanqueo de capitales y principio de lesividad*”. Tesis de doctorado, Universidad de Salamanca, 2013.

Fuentes Osorio, Juan Luis “*La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito*”. Tesis de doctorado, Universidad de Jaén, 2003.

Artículos

Fondo Monetario Internacional, *La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?*, (2006), en el sitio web <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm#II>

Fondo Monetario Internacional, *El FMI y la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, 1, en el sitio web <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/31/Fight-Against-Money-Laundering-the-Financing-of-Terrorism>.

Las Siete Partidas. Argentina: Editorial del Cardo, 2006, disponible en el sitio web: www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf

Legislación

Vigente

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

Código Penal (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1998).

Ley Contra Lavado de Dinero y Activos (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1998).

Ley Especial Contra Actos de Terrorismo (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2006).

Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2011).

Ley Especial Contra el Delito de Extorsión (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2015).

Derogada

Código Penal del Estado (República Federal Centroamericana, Asamblea del Estado, 1826)

Código Penal (República de El Salvador, 1859)

Código Penal (República de El Salvador, Supremo Poder Ejecutivo, 1881)

Código Penal (República de El Salvador, Asamblea Nacional, 1904)

Código Penal (República de El Salvador, Asamblea Legislativa, 1973)

Instrumentos internacionales

Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Organización de las Naciones Unidas, 1988).

Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias (Comité de Supervisión Bancaria, 1988).

Convenio Europeo sobre blanqueo, detención, embargo y confiscación de los productos de un delito (Consejo de Europa 1990).

Convención contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (Organización de las Naciones Unidas, 2000).

Convención contra la Corrupción (Organización de las Naciones Unidas, 2003).

Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación (Grupo de Acción Financiera Internacional, 1990).

Derecho comparado

Código Penal (Reino de España, Cortes de Cádiz, 1822)

Código Penal (Reino de España, Cortes de Cádiz, 1848)

Código Penal (Reino de España, Cortes constituyentes de la Nación, 1870).

Código Penal (Reino de España, Cortes Generales, 1928).

Código Penal (República de España, Cortes Constituyentes, 1932).

Código Penal (República de España, Cortes Republicanas, 1944).

Código Penal (Reino de España, Cortes Generales, 1995).

Ley N° 19913 (República de Chile, Congreso Nacional, 2003)

Ley N° 20119 (República de Chile, Congreso Nacional, 2006)

Ley N° 20818 (República de Chile, Congreso Nacional, 2015)

Ley N° 21121 (República de Chile, Congreso Nacional, 2018)

Ley N° 21314 (República de Chile, Congreso Nacional, 2021)

Ley Especial contra Lavado de Activos (República de Honduras, Poder Legislativo, 2014).

Ley N° 72-02 (República de Dominicana, Congreso Nacional, 2002)

Ley N° 155-17 (República de Dominicana, Congreso Nacional, 2017)

Jurisprudencia

Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad con referencia 5-2001 AC, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad con referencia 18-2008, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad con referencia 7-2006/27-2007/28-2007/29-2007, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad con referencia 22-2007, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad con referencia 3-2016, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

Sala de lo Penal, Casación con referencia 4-Cas-2010, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

Sala de lo Penal, casación con referencia 623-CAS-2009 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

Sala de lo Penal, casación con referencia 288-Cas-2011 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

Sala de lo Penal, casación con referencia 160-C-2018 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Apelación con referencia APL-30-2019 ((El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, Sentencia con referencia 64-2003, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).