

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



**“LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA COMISIÓN DE
DELITOS COMETIDOS POR ORGANISMOS DE ADMINISTRACIÓN EN
LAS SOCIEDADES ANONIMAS, DESDE LA PERSPECTIVA DEL ACTUAR
POR OTRO”.**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MASTER EN DERECHO PENAL ECONOMICO.**

**PRESENTADO POR:
LIC. CARLOS ERNESTO CALDERÓN ALFARO**

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

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 02 DE MAYO DE 2022.

TRIBUNAL CALIFICADOR

**DOCTOR. GILBERTO RAMÍREZ MELARA
PRESIDENTE**

**MASTER. GEORLENE MARISOL RIVERA
SECRETARIA**

**DOCTOR ANTONIO ARMANDO SERRANO.
VOCAL**

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR**

**PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga López
VICERRECTOR ACADEMICO**

**Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Ing. Francisco Alarcón
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL**

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES**

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO**

**Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
SECRETARIA**

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

INDICE DE CONTENIDOS

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	i
INTRODUCCIÓN	ii
CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	1
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, DESDE LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA.....	2
1.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EUROPA	9
1.1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN ALEMANIA Y ESPAÑA....	13
1.1.2.1. ALEMANIA	13
1.1.2.2. ESPAÑA.....	20
1.1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL SALVADOR	25
CAPITULO II: RESPONSABILIDAD PENAL ANTE LA COMISION DE HECHOS DELICTIVOS.	32
2.1. EL MODELO CLÁSICO DE ATRIBUCIÓN DELICTIVA	34
2.2. EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL MODELO CLÁSICO EN LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS, CUANDO SON COMETIDOS POR EMPRESAS O SOCIEDADES ANÓNIMAS Y SUS ORGANISMOS DE DIRECCIÓN.....	34
2.3. MODELOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	48
2.3.1. MODELO DE TRANSFERENCIA DE LA RESPONSABILIDAD	48
2.3.2. CULPABILIDAD DE LA EMPRESA	51
HEINE.....	52
LAMPE	53
FISSE /BRAITHWAITE.....	54
GÓMEZ-JARA	56
2.3.3. MODELO MIXTO	58
2.4. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL. ACTUAR POR OTRO, BREVE REFERENCIA.....	61

CAPITULO III: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHOS DELICTIVOS POR ORGANISMOS DE REPRESENTACION EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS	67
3.1. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHOS DELICTIVOS	69
<u>3.1.1. ASPECTOS RELEVANTES.....</u>	69
3.2. DEFINICIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA Y SU REGULACIÓN	72
<u>3.2.1. ORGANISMOS DE ADMINISTRACIÓN DENTRO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.....</u>	79
<u>3.2.2. EL ACTUAR POR OTRO.....</u>	84
<u>3.2.3. LOS DELITOS ESPECIALES EN SENTIDO AMPLIO: LOS DELITOS DE DOMINIO</u>	97
<u>3.2.4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL.....</u>	104
<u>3.2.5 LAS CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO PUNIBLE</u>	108
<u>3.2.6. RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA, SUBSIDIARIA, SUBSIDIARIA COMÚN Y SUBSIDIARIA ESPECIAL.....</u>	112
3.3. LA REPARACIÓN CIVIL DEL DAÑO. LEY DE REPARACIÓN POR DAÑO MORAL	121
CAPITULO IV: ACCIONES DEL ESTADO DE EL SALVADOR ANTE LAS PROBLEMÁTICAS SURGIDAS DE LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS COMETIDOS POR LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS A TRAVÉS DE LOS ORGANISMOS DE REPRESENTACIÓN	138
4.1. ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO PARA PREVENIR Y REPRIMIR EL ACCIONAR DELICTIVO DE LOS ORGANISMOS DE REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	145
<u>4.1.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.....</u>	145
<u>4.1.2. EL ORDEN ECONÓMICO Y LOS ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN</u>	147
<u>4.1.2.1. DEFINICIÓN DE ORDEN ECONÓMICO.....</u>	147
<u>4.1.2.2. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL ORDEN ECONÓMICO.....</u>	148
4.2. PROBLEMAS DOGMÁTICOS EN LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, DERIVADA DE HECHOS DELICTIVOS	

COMETIDOS POR LOS ORGANISMOS DE ADMINISTRACIÓN, DENTRO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS	152
<u> 4.2.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....</u>	154
<u> 4.2.2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....</u>	156
<u> 4.2.3. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.</u>	160
<u> 4.2.4. CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....</u>	165
<u> 4.2.5. LA CULPABILIDAD COMO DEFECTO DE ORGANIZACIÓN. .</u>	168
<u> 4.2.6. EN CUANTO AL CONCEPTO DE ACCIÓN:</u>	176
<u> 4.2.7. EN CUANTO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....</u>	179
<u> 4.2.8. EN CUANTO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:.....</u>	180
<u> 4.2.9. EN CUANTO AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO:.....</u>	181
<u> 4.2.10. EN CUANTO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:.....</u>	187
4.3. DEFICIENCIAS EN LA REGULACIÓN LEGAL PARA LA APLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHOS DELICTIVOS PROTAGONIZADOS POR SOCIEDADES ANÓNIMAS:.....	191
4.4. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO... 	196
4.5. LA PROBABLE REGULACIÓN DE LA PELIGROSIDAD EMPRESARIAL.....	201
<u> 4.5.1. CLASES DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.....</u>	205
<u> 4.5.2. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD:</u>	206
<u> 4.5.3. SUSPENSIÓN DE LA PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD. SUSTITUCIÓN.....</u>	207
4.6. OTROS ASPECTOS A CONSIDERAR, SUGERENCIAS DE REGULACIÓN LEGAL.....	208
CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA Y DERECHO COMPARADO	212
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	235
6.1. CONCLUSIONES.....	235
6.2 RECOMENDACIONES.....	247
BIBLIOGRAFIA	252

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
C.Pn.	Código Penal
Cn.	Constitución
a.C.	Antes de Cristo
d.C.	Después de Cristo
C.P.P.	Código Procesal Penal

SIGLAS

CNJ	Consejo Nacional de la Judicatura
CSJ	Corte Suprema de Justicia

INTRODUCCIÓN

La presente investigación ha girado en torno a la problemática que ocurre en el ámbito de sucesos de trascendencia jurídico penal, constitutivos de delito y su correspondiente responsabilidad civil, cuando estos son protagonizados por entes jurídicamente organizados, autorizados por el Estado de El Salvador, específicamente las Sociedades Anónimas, a través de sus organismos de representación o administración, desde la perspectiva del “actuar por otro”, para lo cual se ha realizado un abordaje del ejercicio de la acción penal, las dificultades de atribución delictiva a dichos entes desde la óptica de la regulación legal sustantiva, la procedimental y los aspectos dogmáticos correspondientes, en tanto todo ello, genera una serie de problemas u obstáculos, que se presentan en la realidad del quehacer judicial de El Salvador y que llevan a concluir que la normativa vigente es insuficiente, frente a la previsión de responsabilidad civil, solidaria, subsidiaria común y especial, ante dichos fenómenos criminógenos; abordando la necesidad de otras regulaciones complementarias, que impliquen probables reformas legales, pues no debe olvidarse la tradicional, aunque no menos importante observancia de principios de rigurosa aplicación en el ámbito del derecho penal, tales como el de legalidad, proporcionalidad, tipicidad y de culpabilidad, ya que, la normativa vigente no prevé algunas sanciones, que sin constituir verdaderas penas en el sentido de las mismas y de sus fines de resocialización, formadora de hábitos de trabajo, prevención especial y general, podrían representar garantías hacia las personas, ante el riesgo y peligrosidad que actuar bajo la cobertura de las sociedades mercantiles y en específico las anónimas y que como se expresó carecen de regulación legal.

Para el propósito anterior se efectúa un recorrido por los antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde la época contemporánea, lógicamente en Europa, pues el viejo o antiguo

continente, proporciona información y desarrollo aventajado, respecto del continente Americano, aunque sin dejar de observar que los países pertenecientes al derecho anglosajón, han aceptado desde hace algún tiempo, la posibilidad que las empresas o sociedades pueden incurrir en delito y por ello deducirse las correspondientes responsabilidades, imponiéndose sanciones de diferente tipo y por supuesto civiles, que es el principal abordaje de este trabajo de investigación; circunstancias diferentes ocurren en Alemania y España, países en los que ha ocurrido y sigue ocurriendo una clara resistencia a la posibilidad de considerar que las empresas pueden delinquir y por supuesto la consecuencias que de ello derivan.

Posteriormente se efectúa un abordaje del tema, en el continente americano, en el que desde luego no puede dejar de considerarse los aportes que en 1939 realizó el penalista norteamericano Edwin Sutherland, al introducir el concepto de “Delitos de Cuello Blanco” que en una breve acepción, es el correspondiente en su ejecución de personas con alto poder adquisitivo y que se mueven en ámbitos diferentes al ciudadano común, ellos generalmente cometen delitos de mayor afectación económica, que por no percibirse con inmediatez, no provoca la reacción de los ciudadanos frente a delitos de comisión individual y de menor complejidad, como los homicidios, las violaciones, robos y otros; lógicamente se analiza también lo que ocurre en el resto del continente americano hasta llegar a El Salvador, que es el de interés fundamental para el análisis objeto de este trabajo.

En esa misma dinámica fue necesario introducirse en el análisis del modelo clásico de atribución delictiva, que prevé el Código Penal Salvadoreño, a partir del capítulo IV, de los Autores y Participes, en el que se incluyen los responsables penalmente, el autor directo, los coautores, Instigadores, autores mediatos, cómplices necesarios y no necesarios, etc. Hasta arribar al límite por el principio y alcance de la responsabilidad de los partícipes, previsto

en el art. 37 del Código Penal, para lograr posteriormente el abordaje del actuar por otro, conforme al art 38, del texto legal antes citado, que es correspondiente con el cambio de paradigma respecto del modelo clásico de imputación delictiva, pues esto permite analizar si acorde a su redacción normativa y otras que se integran y complementan con ella, se puede construir imputaciones dirigidas hacia los organismos de representación o administración de las empresas y específicamente de las sociedades anónimas; en ese mismo orden, se efectúan las consideraciones necesarias para referirnos al tema del ejercicio de la acción civil derivada de un hecho constitutivo de delito y algunos de los aspectos relevantes en torno a ello; las maneras de ejercerla y las formalidades a cumplir para tal fin; se destaca la prohibición de responsabilidad objetiva, contrario a la teoría de la imputación objetiva en el que el nexo causal entre el desvalor de acción y el resultado debe establecerse en un proceso legítimamente incoado, para asumir la concreción del poder punitivo del Estado y las consecuencias penales y civiles derivadas de ello.

Congruente con el aspecto en investigación, se delimita en qué consisten las sociedades anónimas, desde la regulación legal en El Salvador, sus organismos de representación; para luego introducirse en el aspecto de igual importancia de la reparación civil del daño causado por la comisión de delitos protagonizados por dichos entes, de acuerdo a la Constitución, los Tratados Internacionales, los Códigos Penal, Procesal Penal, de Comercio, Código Civil, Ley de Reparación por Daño Moral y otros; para ello es importante, el desarrollo del aspecto del establecimiento del derecho de daños, como una consecuencia de la comisión de delitos en el actuar empresarial.

Las posibilidades de reclamo de indemnización de daños y perjuicios, también es analizada, para lo cual tienen especial relevancia los aspectos del Lucro cesante y el Daño Emergente, circunstancia que nos lleva a la manera legítima

de establecerlo desde la actividad probatoria, para ello resultó de especial interés, destacar las limitaciones de carácter procesal para el ejercicio de la acción civil y los problemas prácticos que regularmente se presentan en los procedimientos, ello desde un simple análisis a partir de la observación, pues debe dejarse claro que la presente investigación es eminentemente dogmática y por ello no se recolectaron muestras, opiniones o circunstancias correspondientes a otro tipo de investigación.

Posteriormente se analizan los problemas dogmáticos para la aplicación de la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos cometidos por los organismos de representación o administración dentro de las sociedades anónimas. Ante el aspecto anterior, reviste especial importancia la doctrina del levantamiento del velo, la que también es abordada, al igual que las deficiencias en la regulación legal para la imposición de la responsabilidad civil en el ámbito de estudio y frente a los sujetos activos en análisis.

Finalmente se realizan sugerencias de regulación legal, ante las problemáticas abordadas y la probable regulación de la peligrosidad empresarial.

Para el presente trabajo de investigación también es de particular importancia los precedentes jurisprudenciales que, respecto de los delitos cometidos por los organismos de representación de las sociedades anónimas, desde la perspectiva del actuar por otro y para ello se analizaron y tomaron en consideración, tanto los de la Sala de lo Constitucional, como de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, con esencial énfasis en la responsabilidad civil derivada de esas circunstancias.

En la misma dinámica, se efectúa un análisis comparativo del tratamiento Europeo a este tipo de protagonismo delictivo y sus consecuencias con El Salvador y de lo que en la misma dinámica ocurre en Alemania y España, siempre en análisis comparativo con El Salvador.

Todo ello permitió realizar las respectivas conclusiones y recomendaciones ante lo concretizado como producto de lo considerado a través del presente trabajo de investigación, pretendiendo con ello brindar aportes a la sociedad y comunidad jurídica Salvadoreña.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Sumario: 1.1. Antecedentes Históricos De La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Desde La Época Contemporánea; 1.1.1 Antecedentes Históricos En Europa; 1.1.2 Antecedentes Históricos En Alemania y España; 1.1.2.1 Alemania; 1.1.2.2 España; 1.1.3 Antecedentes Históricos En El Salvador.

Resumen: El presente capítulo tiene como objetivo primordial, realizar un recorrido histórico del derecho Penal Económico, en la época contemporánea, lo que constituye el antecedente más importante que permitirá abordar posteriormente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, teniendo su desarrollo más importante en Europa, desde Francia, pasando por Italia y llegando a las naciones que constituyen la influencia más importante para los países de América Latina, siendo estos Alemania y España, arribando posteriormente a El Salvador. Recorrido que, lógicamente es necesario para comprender la evolución del tratamiento procesal de las personas jurídicas cuando cometen hechos constitutivos de delito a través de sus organismos de representación y por consecuencia la responsabilidad civil que de ello deriva, lo cual constituye el tema principal del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, DESDE LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA.

Para arribar al tema objeto de este trabajo, se vuelve necesario realizar un recorrido histórico del desarrollo del Derecho Económico o Derecho de la Economía, como algunos autores en su momento lo denominaron, pasando a la lógica evolución al derecho penal Económico, pues el desarrollo, los avances, la tecnificación de los seres humanos en sociedad han ido conduciendo y lo seguirá haciendo, a que el derecho también debe evolucionar para tratar de regular conductas antes inexistentes o de poca significancia social, pero que en la medida expresada, deben ser considerados para lograr la armoniosa convivencia entre los seres humanos en sociedad, aspecto que no escapa a una de las tantas finalidades del derecho penal; en esa dinámica el desarrollo de la industria, el comercio y otros ámbitos, conduce a los seres humanos a agruparse generalmente para fines lícitos¹, lo que desde luego está permitido en casi todas las legislaciones del mundo, como naturalmente debe ser y es que en un mundo globalizado esas finalidades son importantes para el desarrollo íntegro de las sociedades, pero ello en sí mismo, no es una limitante para que aprovechando esas posibilidades, las personas puedan delinquir o utilizar las estructuras organizativas a las que pertenecen, para fines prohibidos por el derecho y por ello la demanda de regulación jurídica al respecto², desde luego que para comprender el fenómeno es indispensable

¹ Daniel Moore Merino, *Derecho Económico* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1962), 19

² *Ibíd.* 20

efectuar un recorrido histórico, por lo menos en la época contemporánea, de tales aspectos o de diversos fenómenos sociales, no olvidando que cuando las personas naturales o jurídicas trascienden en su actuar, lo legalmente permitido por las diferentes áreas del derecho, tendrán que responder no sólo en términos punitivos personales, sino también en términos de reparación de los daños causados, de restauración y de otros aspectos de abordaje, de allí la importancia de considerar la evolución de los aludidos fenómenos. En ese orden tenemos que, La Expresión “Derecho Económico o de la Economía” es más antigua que la concepción misma, fue el francés proudhon, a mediados del siglo diecinueve quien empleó la voz, “droit économique”, para designar un derecho superestatal, igualitario, regulador de la vida interna de la totalidad económica. La concepción proudhoniana del Derecho Económico, comenta Santi Romano³, se sobrepone a la del Derecho Político, sobre la cual reivindica una especie de primogenitura que sólo por efecto de una ilusión histórica se ha mantenido invertida. Para dicha concepción, principio y fin de toda organización social sería la economía pública y prestar atención preferente a las exigencias de ella, sería no sólo necesario, sino también suficiente⁴.

El Italiano Angelo Levi, en 1886, publica en Roma su obra: “IL Diritto Economico”, en la cual, “en nombre de una más alta justicia social, intentaba reducir a unidad una gran parte del Derecho Público y Privado de la Economía Política.” Ese generoso intento estaba de antemano condenado al fracaso, el mundo jurídico de entonces fiel a la tradición y a los postulados de la Escuela Histórica del Derecho, no resultaba todavía clima propicio a la nueva idea. Desde entonces no vuelve a hablarse de derecho económico, hasta que la expresión alcanza nuevo sentido al fin de la primera guerra mundial.

³ Santi Romano, “El Stato Moderno e la Sua Crisi” (Discurso de inauguración del año académico, Real Universidad de Pisa, 4 de noviembre de 1909).

⁴ Moore Merino, *Derecho Económico*, 20-21

En la edad contemporánea fue Von Lisst ⁵ el primero que visualizó y predijo que, a finales del siglo XIX, se llegaría a reconocer responsabilidad penal de las personas Jurídicas, después de cien años, parece que tal premonición se hace realidad.

Dentro de estos precursores del derecho económico, también encontramos a otros juristas alemanes, que posteriormente a Von Lisst, brindaron serios aportes a dicha disciplina y así desde 1908, enmarcan sus esfuerzos doctrinales en torno de un nuevo derecho industrial y agrícola, en 1912, el profesor Lehmann en la Universidad de Jena, propiciaba la creación de un derecho industrial separado y distinto del Derecho Mercantil, ya que, según él, el gran auge económico Alemán de entonces se debía atribuir al sorprendente desarrollo industrial, mismo que merecía un tratamiento jurídico autónomo, esa concepción la expuso en su obra “Die Kriegsbeschlagnahme⁶” escrita en 1916, sensiblemente modificada en “Handel und Gewerbe”, 1942.⁴

Lehmann entonces es considerado como un verdadero precursor del derecho económico, sin duda por sus significativos aportes al desarrollo del mismo y considerado una de las grandes figuras en la patrística del derecho económico.⁷

Conforme al desarrollo de la nueva disciplina del derecho, al derecho económico le ocurría en sus inicios algo semejante a lo que acontece con la sociología, hay tantos conceptos como autores han escrito sobre ella y así, si se pretendía sistematizar sus principios, señalar sus características, analizar el carácter privado o público del mismo y discutir la concesión o rechazo de su

⁵ José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Themis: Revista de Derecho*, n.35 (1997): 1-2.

⁶ Moore Merino, *Derecho Económico*, 21-22.

⁷ Su obra “*Grundzuege des Wirtschaftsrechts*”, escrita en 1922, es la primera tentativa doctrinaria de fijar los principios especiales del derecho económico.

carta de autonomía, era necesario precisar los límites conceptuales de lo que constituía una presunta nueva disciplina jurídica; sin embargo algunos conscientes de lo difícil de llegar a la formulación del concepto del derecho económico, manifestaron que ello acaso sea una ventaja en los primeros momentos de formación de toda disciplina, en la que en un contorno demasiado preciso y apriorístico podría entorpecer su desenvolvimiento.

Posteriormente, fue en el conflicto de 1914 a 1918, en el contexto de la primera guerra mundial, con la profunda conmoción que en los órdenes económico, social y jurídico trajo consigo, la preparación del ambiente mundial para que pudiera germinar la nueva idea.

Surgido como derecho de guerra, aparece en un principio matizado con caracteres diferenciales comunes a toda legislación bélica. Apareció como un derecho de emergencia y producto de necesidades transitorias, producto de la presión de los hechos y de los días, con un signo de transitoriedad que le es peculiar y en cuya virtud sus normas llevan en sí mismas la limitación de su vigencia, es decir “nacen para morir” y se ofrecen con un sentido minucioso y particularista, necesariamente incompleto y fragmentario, carentes de sistema y aun a veces extrañamente contradictorias.

Doctrina de Khan y Nussbaum: Khan y Nussbaum, inspirados en una concepción exageradamente liberal, se limitaron a ofrecer un concepto negativo del derecho económico, ellos lo concibieron “como aquel conjunto de disposiciones que sólo tienen de común el responder a una actuación de urgencia, de tinte fundamentalmente coactivo, sobre la base de una suspensión temporal del libre juego de las fuerzas económicas, pero sin

señalar una comunidad de objeto por encima de esta accidental comunidad de fin⁸.”

Khan utilizó como base o estructura de su sistema, la clásica división del proceso económico implantada por J. B. Say; Nussbaum, en cambio pretende separar dentro de él, una doble categoría de normas, unas transitorias y fugaces, producto del momento, que pasan sin dejar huellas en las instituciones jurídicas; y otras, que revelan y entrañan tendencias nuevas, dotadas de mayor permanencia⁹.

Hedemann: “El derecho Económico no se agota como derecho de la guerra y la revolución”. “Es indudable, escribía en 1943, que la mayoría de lo que hoy se comprende bajo el concepto de derecho económico ha sido provocado por la presión de la tensión revolucionaria y de las medidas de orden bélico. Bastará a los fenómenos del bloqueo, de la autarquía, de la “socialización” de muchas manifestaciones vitales. Las guerras del siglo XX, no son sólo guerras militares, sino también y en gran medida guerras económicas.

Sería falso e imperdonable, científicamente hablando, apartar como “manifestación de guerra”, toda esa enorme masa de derecho económico que ha venido a cristalizar en miles de leyes y decretos en toda Europa. Lo que la guerra y la revolución han provocado es una elevación del material jurídico-económico. El derecho económico, como disciplina autónoma del derecho, subsistirá terminada la guerra, la existencia de ésta es accidental y contingente¹⁰.

El derecho económico surge como derecho de guerra, pero al terminar la misma alcanza su definitiva consagración como derecho de paz,

⁸ Khan. “*Un Intento de Fundamentación del Derecho Económico de Guerra*”. Berlin, 1918.

⁹ Moore Merino, *Derecho Económico*, 21-22

¹⁰ Justum Whilem Hedemann, “El derecho económico, un dominio fundamental en la vida jurídica europea”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 35, n. 415, (1943): 278

especialmente en aquellos pueblos que se han trazado como meta el remover los cimientos de su organización económico- social por las vías legales, tras la sentida aspiración de lograr un justo equilibrio entre el individuo, el Estado y la economía y siempre que ello se manifieste en nuevos y mejores niveles de existencia¹¹.

Como consecuencia de las guerras se establecieron medidas de control generalmente por los Estados, entre las que podrían mencionarse de forma sintetizada:

- 1.-Medidas tendientes a proteger el signo monetario.
- 2.- Medidas tendientes a impedir el alza de precios de determinados bienes y servicios.
- 3.- Disposiciones sobre moratorias, incautaciones y requisas.
- 4.-Disposiciones sobre intervención, inmovilización y nacionalización de fábricas e industrias vitales a la defensa nacional.
- 5.-Disposiciones que imponían la distribución contingentada de materias primas entre los demandantes de ellas.
- 6.-Disposiciones que establecían el racionamiento de bienes de primera necesidad o de uso o consumo habitual.
- 7.- Disposiciones sobre ahorro forzoso.
- 8.- Disposiciones sobre empréstitos de guerra.

Esas medidas o regulaciones permiten visualizar sus finalidades inmediatas; la guerra había transformado la organización económica liberal en una

¹¹ Moore Merino, *Derecho Económico*, 22-23.

economía organizada sobre bases nuevas, con un marcado sentido colectivo. Este fenómeno que se dio en la primera conflagración mundial, alcanzó su máxima expresión en la segunda, en la que por ambos lados se propugnó la movilización total de las respectivas economías nacionales para responder eficazmente al concepto de guerra total.¹²

La guerra, las regulaciones de derecho económico y sus repercusiones en los países subdesarrollados: Las guerras mundiales y las regulaciones de derecho económico, implantadas por los países beligerantes repercutieron en los países que sin ser protagonistas combatientes, tuvieron que soportar las consecuencias de dichos conflictos, estos trataron de superar sus dificultades mediante la aplicación de nuevas concepciones de política económica que, en gran parte constituían la antítesis o la negación de las concepciones hasta entonces dominantes, las masas que a lo largo del siglo XIX¹³, habían representado un papel político secundario, comienzan a transformarse en el eje de la política de sus respectivos países; por otra parte, se desarrolla y se hipertrofia una orientación nacionalista de la política económica de los Estados; la depresión de 1929-31, acentuará estos procesos.

Los períodos de postguerra llevaron al nacionalismo a su máxima expresión, se caracterizan ellos por el auge del proteccionismo y por la tendencia hacia la autarquía. Los conflictos antes mencionados y la crisis de 1929-31, condujeron a la diversificación económica de las naciones de Latinoamérica, se inició un tímido intento de desarrollo “hacia adentro” tratando de abandonar la categoría de estructuras mono -exportadoras que las había caracterizado y

¹² Whilem Hedemann, *“El derecho económico, un dominio fundamental en la vida jurídica europea”*, 279.

¹³ Moore Merino, *Derecho Económico*, 23-24.

de disminuir en todo sentido la fuerte dependencia del comercio exterior; todas estas circunstancias motivaron una creciente intervención del Estado que se tradujo en una fuerte creación de normas de derecho económico destinadas a regularla.

La cantidad y magnitud de problemas que fueron surgiendo ante el desenvolvimiento de los diferentes países y con los conflictos bélicos citados, logró que el crecimiento de las economías Latinoamericanas fuese muy lento y con graves tendencias al desequilibrio y a procesos inflacionarios, todos estos fenómenos según Sulbrandt, determinaron que se buscara un modo de acelerar el proceso de desarrollo, tratando de eliminar los desequilibrios y esto sólo se podía lograr mediante la programación, por ello puede decirse que en América Latina estaba siendo escenario de los comienzos de una revolución social, porque las necesidades de una clase media creciente y las expectativas de las masas que ejercían fuerte presión sobre un sistema económico que no estaba a la altura de la tarea que debía realizar lo provocaban, por ello debían generarse cambios en los campos políticos, económicos y sociales y dentro de estos lógicamente se incluía el derecho, a fin de satisfacer las necesidades de las poblaciones de cada uno de los países con fenómenos sociales bastante similares, a ello debía agregarse un proceso de integración económica, cuyo primer paso debería ser el mercado común para hacer un uso eficaz de todos los recursos y hacer frente al desafío que las aludidas circunstancias ameritaban para lograr el éxito¹⁴.

1.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EUROPA.

Von Liszt¹⁵, llevado por su fino instinto jurídico, preconizaba con cierta premura que, a finales del siglo XIX, se llegaría a reconocer la responsabilidad penal

¹⁴ Moore Merino, *Derecho Económico*, 24-25

¹⁵ Serrano-Piedecasas Fernández, "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 3

de las personas jurídicas, han pasado más de cien años y todo indica que la profecía se va a hacer realidad.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es hoy un problema de acuciante actualidad, la imparable presencia de la actividad empresarial en el quehacer económico y creciente actividad delictiva de estos entes dentro del derecho penal económico y medio ambiental, hacer surgir la necesidad apremiante de revisar las posiciones tradicionales en torno al principio básico de culpabilidad en el derecho penal¹⁶, ello condujo a Europa en diferentes congresos, convenciones y reuniones internacionales a considerar el referido tema para la toma de decisiones al respecto y así tenemos que el congreso de derecho comunitario sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas celebrado en Mesina en 1979, recomienda el reconocimiento de dicha responsabilidad y la elaboración de un sistema represivo que comprenda sanciones de naturaleza penal, administrativa o “sui generis”; el comité de ministros del Consejo de Europa ha venido realizando propuestas en este sentido, así en 1977 aconseja a los Estados miembros la revisión del principio de culpabilidad; en 1981, 1982 y 1988 se recomienda la adopción de la responsabilidad directa de la empresa, paralela a la que puede exigirse a la persona física. Así mismo el concejo de Europa crea un comité de expertos juristas, abocado al estudio de la normalización de la legislación comunitaria para reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el 28 de noviembre de 1986 el comité adopta los siguientes acuerdos: admisión directa de la responsabilidad penal de las empresas y elaboración de la una alternativa paralela a la noción tradicional particular mediante la introducción de un sistema de sanciones cuasi- penales¹⁷.

¹⁶ Serrano- Piedecasa Fernández, *“Sobre la responsabilidad penal de las Personas jurídicas”*, 1-2.

¹⁷ Ibid.

En Inglaterra e Irlanda del Norte, integrada en el sistema del “Common Law” este principio ya había sido admitido por vía jurisprudencial desde mediados del siglo pasado, la persona jurídica podía ser declarada culpable de toda clase de delitos que su naturaleza admitiera.

En Alemania, se dispone por el momento por el momento de 2 sanciones de carácter administrativa introducidas en 1986; la invalidación de los incrementos patrimoniales obtenidos ilícitamente por la empresa y multa que se puede establecer con independencia de la que correspondía a la persona física que actúa en nombre de la sociedad.

El Código Español admite, como se verá, la imposición de medidas de seguridad como clausura de la empresa para determinados delitos contra la salud pública y la disolución de la asociación por delitos contra la seguridad interior del Estado, la medida se funda en la peligrosidad de la persona física que actúa por intermediación de la persona jurídica. En Alemania y España la posición tradicional se ha venido decantando por el no reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en ese sentido el pleno del 4º congreso de juristas Alemanes celebrado en 1953, acordó no recomendar la imposición de penas a estos colectivos, ya que contradecía el principio de culpabilidad fundado en la responsabilidad personal, las medidas propuestas para ese fin, lo fueron por primera vez en España en el proyecto de Código Penal de 1980, era evidente la voluntad de desvincular esta medida del binomio delito-pena para concebirlas como medidas puramente preventivas basadas en la peligrosidad¹⁸.

En ese orden, en Europa fueron reconocidas las mismas posibilidades de sanciones penales cuando los hechos delictivos se atribuyen y se comprueben

¹⁸ Serrano- Piedecasa Fernández, “Sobre la responsabilidad penal de las Personas jurídicas”, 3.

de empresas como entes organizados, en diversos países, así en Holanda en su código Penal de 1976, en Noruega en el año de 1992, en Francia en 1994; en Dinamarca y en Japón se previeron leyes complementarias para el mismo fin; en Italia quien era una nación férrea Defensora del principio de “societas delinquere non potest” lo que se refiere a que las sociedades no pueden cometer delito, también se ha previsto una serie de sanciones a las personas jurídicas, entre ellas las multas, según el derecho Alemán y la comunidad Europea se plantea la pregunta si superando la solución Germana, la introducción de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas no es dogmáticamente defendible, constitucionalmente legítima, plena en sentido y hasta necesaria desde la perspectiva de la política criminal¹⁹.

En Alemania desde el año de 1993, se han efectuado múltiples publicaciones de monografías, artículos de revistas que se decantan casi de forma unánime en el sentido que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser reconocida de “lege ferenda” es decir, debe ser regulada normativamente, esos estudios han influido y moderado entre otros los debates de penalistas Alemanes, Suizos y Austriacos organizados en Basilea en el mes de mayo de 1993 en el XIV congreso de derecho comparado de 1994 en el que también se abordó este tema²⁰.

Por su parte en España la reforma contenida en L.O.5/2010 DEL 23 de diciembre de ese año, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pese a las dificultades prácticas para exigir la responsabilidad a dichos entes y no obstante la resistencia de diversos tratadistas y estudiosos del derecho que se decantan por la posición contraria.

¹⁹ Klauss Tiedemann, “Responsabilidad Penal de las personas jurídicas”, en *Anuario de Derecho Penal '96*, coord. José Hurtado Pozo (España: Editorial Grijey, 1997), 1-2

²⁰ Klauss Tiedemann, “Responsabilidad Penal de las personas jurídicas”, 1-2

En el continente Americano, el criterio de derecho penal aplicable a las empresas comienza a visualizarse bajo el concepto de delitos de cuello blanco y el que acuñó dicho termino fue Edwin Sutherland en 1939, refiriendo los mismos, como aquellos cometidos por personas de respetabilidad y alto estatus social. La literatura jurídica de Erbert Edelhertz, expone un sistema categórico para definir el delito económico como premisa nominal. La definición teórica de EDWIN SUTHERLAND, sobre delitos de cuello blanco aún se considera la más aceptada para el derecho empresarial y penal, por lo que la mayoría de los juristas tienden a estar de acuerdo en que el factor catalizador central de los delitos de cuello blanco, es una violación de la confianza²¹.

1.1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN ALEMANIA Y ESPAÑA

1.1.2.1. ALEMANIA

En materia de derecho penal, el actuar por otro, tuvo su origen en Alemania, pues se presentaba el problema frecuente de las lagunas de punibilidad en el sentido de que resultaba dificultoso en extremo, imponer sanciones a los representantes de las personas jurídicas o entes organizados, debido a que ello representaba actuar en sentido contrario a principios básicos del derecho penal como el de legalidad y de culpabilidad, en tanto y en cuanto, no era posible imponer sanciones penales al no comprobarse la acción y su inherente desvalor ligada íntimamente con el resultado dañoso que ello provocaba y que no bastaba con la simple condición de representante legal o persona natural que actuaba por la persona jurídica; de igual manera ocurría con los delitos especiales propios cometidos por órganos de administración de las personas jurídicas, es decir cuando el tipo penal requería de parte del sujeto activo una cualidad especial para poder ser considerado autor y ella era reunida o

²¹ Emilio Mantilla C. “La empresa como instrumento en la comisión de delitos de cuello blanco” (Tesis de Magister en Derecho de Empresa, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Ecuador, 2018) 5-6

cumplida por la persona jurídica, pero no por su representante legal, en cuyo contexto no era posible la atribución de responsabilidad por el suceso cometido, generando lógicamente la impunidad al ser sometidos al correspondiente juzgamiento²².

Debido a lo anterior, es necesario traer a cuenta los precedentes jurisprudenciales más importantes en torno al actuar por otro, pues ello es lo que generó la amplia discusión dogmática al respecto, así tenemos que el 9 de noviembre de 1874, tres años después de la entrada en vigor del Código Penal Imperial de 1871, el tribunal supremo Prusiano tuvo la ocasión de conocer de un caso en el que se planteaba la cuestión si el miembro del concejo de administración de una sociedad cooperativa inscrita, cuando ésta había suspendido sus pagos, podría ser penado por el delito de bancarrota simple conforme al entonces vigente parágrafo 283-2 del RStGB. La razón por la que emerge semejante²³ duda era que, según el precepto mencionado, por la conducta de bancarrota en él descrita, únicamente podía ser castigado “el deudor” y dicha cualidad la ostentaba solo la sociedad cooperativa (persona jurídica), pero no la persona que había actuado como órgano de aquella (el miembro del concejo de administración.)²⁴ El tribunal a quo dando una interpretación muy amplia al concepto “deudor” del parágrafo 283-2 del RStGB, condenó al administrador en cuestión por el delito de bancarrota

²² Emilio Mantilla C. “La empresa como instrumento en la comisión de delitos de cuello blanco”, 7

²³ Según el parágrafo 283.2 RStGB, que luego sería el 240.3 de la KO: “Los deudores que hayan suspendido sus pagos o sobre cuyo patrimonio se haya abierto un procedimiento concursal, serán castigados por bancarrota simple con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa, si...3) han omitido llevar los libros de comercio a que estaban obligados legalmente o los han llevado desordenadamente de tal forma que no proporcionan una información de su situación patrimonial.” En el caso expuesto se habían llevado de un modo desordenado los libros de comercio de la persona jurídica. Formalmente, sin embargo, solo ésta es “deudor” y está obligada a llevar los libros de comercio por ser solo ella “comerciante.”

²⁴ Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, (Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985) 3-5.

simple, con el argumento de que éste, en cuanto representante legal de la sociedad cooperativa, que era la auténtica “deudora” ostentaba también la cualidad de “deudor” en la norma penal de la bancarrota. El tribunal Supremo Prusiano al conocer del recurso entablado contra esa decisión, rechazó semejante pronunciamiento y absolvió al administrador, porque razona, el delito de bancarrota puede cometerlo únicamente el que ha suspendido sus pagos (“deudor”), y esto sólo puede afirmarse en la persona jurídica, pero en modo alguno en el administrador, quien por tanto no pertenece al círculo de autores delimitado por el parágrafo 283.2 del RStGB.

La solución citada por el preussisches obertribunal,²⁵ era totalmente insatisfactoria desde el punto de vista de la justicia material y de las necesidades político-criminales. El administrador era quien realmente había ejecutado los actos materiales de la bancarrota y producido el resultado que la norma quiere evitar, debía ser absuelto por no pertenecer a la categoría de autores idóneos del mencionado delito. La persona jurídica de otra parte no podía ser hecha responsable criminal por tales actos ya que carece de capacidad delictiva. La insatisfacción político criminal producida como consecuencia de esta decisión judicial provocó la reacción del legislador e introdujo en la Ordenanza Concursal Alemana (KO) de 10 de febrero de 1877, en la que pasó a alojarse el delito de bancarrota, una cláusula, en el parágrafo 244, del siguiente tenor: “Las prescripciones penales de los parágrafos 239 a 241, se aplican a los miembros del Consejo de Administración de una sociedad anónima o sociedad cooperativa inscrita y a los socios liquidadores de una sociedad mercantil o sociedad cooperativa inscrita que ha suspendido sus

²⁵ Ibid.

pagos o sobre cuyo patrimonio se ha abierto un procedimiento concursal si han ejecutado en esa cualidad las acciones conminadas con pena²⁶.

La decisión del “reichsgericht” del 3 de mayo de 1900: En contraste con la decisión dada por la sentencia del Tribunal Supremo Prusiano que se expuso anteriormente, es trascendente destacar la importancia de la decisión del “reichsgericht” del 3 de mayo de 1900, al conocer de un caso similar en sus presupuestos generales y con apoyo legal en el parágrafo 151 de la GewO²⁷, condena al representante legal de una persona jurídica con el siguiente argumento: “Al representante de una persona jurídica le obliga, en lugar de ésta, el cumplimiento de aquellos deberes que le han sido impuestos (a la persona jurídica) por razones de interés público, y responde también, por consiguiente, según los principios jurídicos generales, ante la imposibilidad seguida de la naturaleza de las cosas, de perseguir criminalmente a la persona jurídica misma, cuando el incumplimiento de estos deberes se conminan con pena para una norma jurídica.

La primera de las sentencias citadas del Tribunal Supremo Prusiano marcó el punto de partida de la polémica en torno al problema de la llamada “actuación en nombre, interés o representación de otro” en Derecho penal (“Das Handeln

²⁶ Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, 5. Según el autor, Luis Gracia Martín, hace énfasis a la expresión en esa **cualidad, (in dieser Eigenschaft)**, porque como él lo indica en su obra la doctrina y jurisprudencia alemanas, han otorgado considerable importancia al requisito de que la acción del representante sea llevada a cabo en su calidad de tal, lo que supondría que deberá actuar en provecho o interés de otro.

²⁷ El parágrafo 151 GewO, derogado por la ley del 1 de octubre de 1968, decía: “Si en el ejercicio de la industria se infringen normas de policía por personas que han sido encargadas por el Tribunal (Gewerbetreibende) de la dirección de la empresa o de una parte de la misma o de la inspección, la pena alcanzará a aquellas personas.” Sobre el significado de este precepto para el problema del actuar en lugar de otro, véase las muy interesantes observaciones de WEISNER, “Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von stellvertretern und Organen, Athenäum Verlag, Frankfurt”, 1971, 151

für einen anderen”), el cual después de un conjunto de sentencias intermedias, aparece planteado con toda claridad en la segunda.²⁸

De acuerdo entonces, al devenir de la jurisprudencia y de las discusiones respecto del criterio de “actuar en lugar de otro” en materia de derecho penal y muy específicamente en materia del cometimiento de hechos delictivos, se planteaba el problema de la delimitación conceptual de que debe entenderse por “actuar en lugar de otro” en el derecho penal. Uno de los especialistas en el tema más connotados ha sido HANS JÜRGEN BRUNS, quien ha llamado recientemente la atención, con razón, sobre el abandono de esta figura por los estudios dogmáticos a pesar de su enorme trascendencia político-criminal y de las muchas implicaciones que tiene en la teoría jurídica del delito. Resulta coherente con la posición del citado especialista traer a cuenta que la figura del “actuar en lugar de otro” ha superado ya el centenario en el discurrir jurídico- penal y que, habiendo sido abordado desde diferentes frentes político-criminales, dogmáticos, doctrinales, jurisprudenciales y legislativos, se encuentra todavía en una fase embrionaria, como lo demuestra la considerable imprecisión de sus contornos. Era necesario entonces, realizar un estudio descriptivo de la actuación en lugar de otro, para lograr, una vez identificados los problemas que ello representaban, fijar su estructura típica desde un punto de vista dogmático, para lograr la coherencia entre los fines político-criminales ante tales formas de actuar en sucesos de trascendencia jurídico-penales y las posibilidades de encausamiento de quienes lo protagonizan²⁹.

Es en el rumbo anteriormente mencionado, que debe traerse a cuenta que no obstante los esfuerzos por diferentes tribunales Alemanes, los dogmáticos y otros relacionados con el tema de abordaje, que la reforma legal aludida, no logró llenar los vacíos de punibilidad en cuanto a la responsabilidad penal para

²⁸ Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, 5-6.

²⁹ Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, 6

los órganos de dirección o representantes de personas jurídicas en delitos especiales y en el caso de concurso de delitos, lo que indicaba sin duda que aún persistía el problema identificado, por ello y no siendo la solución legislativa eficiente para evitar la impunidad, se trató desde la doctrina de lograr el pretendido fin, mediante la utilización de los tipos penales existentes a través de la interpretación³⁰ que permitiese incluir en ellos a los representantes u órganos de dirección, lo que hizo posible fundamentar diversos fallos judiciales en ese sentido; sin embargo el debate dogmático continuó en torno a las deficiencias de construcción de los referidos fallos. Posteriormente, en el proyecto legislativo de 1936 se incorpora el criterio de la responsabilidad de los órganos de administración de las sociedades o empresas, lo que significó un avance en el problema de “actuar por otro” en materia penal. A lo anterior siguieron los proyectos de 1958, 1959, 1960 y 1962 que incorporó algunos aspectos con nuevas circunstancias en cuanto al “actuar por otro.” El 24 de mayo de 1968 se introdujo en la ley de contravenciones el criterio de “actuar por otro” y posteriormente con la segunda ley de reforma penal de 1969, misma que entró en vigencia en 1975, se introdujo el referido criterio en el art 14³¹, quedando la redacción en el Código Penal Alemán de la siguiente manera: “Actuar por otra persona. Alguien actúa 1.-Como Órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tales órganos.2.- Como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas; o 3.-Como representante legal de otro, así una ley fundamenta la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales personales), también se debe aplicar al representante aun cuando esas características no las tenga él, pero sí existan

³⁰ *Ibíd.* 7

³¹ Percy García Cavero, Coord., *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, (Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004) 239.

en el representado. (2) Si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado por ello. 1. Encargado de dirigir total o parcialmente la empresa; o 2. Expresamente encargado a salvaguardar bajo su propia responsabilidad, tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa él con fundamento en ese encargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales. Esto también se aplica al encargado, aun cuando esas características no las tenga él, pero si existen en el propietario de la empresa. 2.- Al establecimiento en el sentido de la primera frase se debe equiparar la empresa. Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar mutatis mutandis la primera frase³². (3) Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o la relación de mandato es ineficaz³³.”

De acuerdo a la referida redacción puede indicarse que la regulación resultó bastante completa en cuanto a los supuestos por los que se puede actuar por otro, sea esta persona natural o persona jurídica; sin embargo como suele ocurrir con las *normas* jurídicas al tratar de enmarcar conductas enumerándolas, podía acaecer el surgimiento de nuevas modalidades de comisión por acción u omisión no incluidas en ella, lo que no permitiría sancionarlas, pues ello iría en contra del principio de legalidad y obviamente de norma previa al suceso, al contener un número cerrado de circunstancias³⁴.

No obstante, lo anterior, el legislador Alemán al regular la condición del “actuar por otro” ya no lo dejó únicamente para delitos concursales, evitando las

³² *Ibíd.* 240

³³ Claudia López Díaz, *Código Penal Alemán Traducido*, (Colombia: Universidad Externado de Colombia 1999), 8-9.

³⁴ Antonio Beristain, “*La Reforma del Código Penal Alemán*”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, crónicas extranjeras*, Tomo 22, (1969), Pág. 372.

lagunas de punibilidad que ello generaba, de igual manera la regulación ya no se refiere únicamente a los criterios de “Actuar por otro o Actuar en nombre de otro”, pues lo expresa como “actuar por otra persona” y que al no realizar distinción sobre el tipo de persona y del contexto de toda la disposición legal que lo regula, debe interpretarse que se refirió al criterio de actuación por otra persona natural o jurídica, entendiéndose un interés de legislar y cubrir los vacíos que generaban impunidad por aplicación de principios básicos del derecho penal ya tantas veces aludidos³⁵.

1.1.2.2. ESPAÑA.

De acuerdo al desarrollo del derecho penal económico en España, puede decirse que en la doctrina de dicha nación, la que generalmente va de remolque de la Alemana, hasta la entrada en vigor del Código Penal Español de 1995, se participó muy poco en el debate Alemán en torno a la modernización del derecho penal, ni reproduciéndolo, ni tomando posiciones definidas en el mismo, pese a no desconocerlo, ni ser indiferente, por coincidencia de aspectos criminógenos, no ocurría un debate similar entre los penalistas Españoles³⁶. El término “modernización” en el sentido utilizado en el debate Alemán era ajeno a la doctrina española de ese momento y las discusiones coincidentes con las tratadas en aquel, no tuvieron lugar en ella en un marco de polémica similar, sino en un derecho penal único que no distinguía entre derecho penal tradicional y derecho penal moderno; no obstante como punto de partida para el estudio de la materia, la doctrina Española disponía y utilizaba el completo manual MIGUEL BAJO, que en 1978, ya dio al derecho penal económico en España el estatuto de sector específico de la parte especial con problemas propios y sobre todo como

³⁵ Ibíd. 374.

³⁶ Luis Gracia Martín, *Concepto y alcance del moderno Derecho Penal Económico y de La Empresa: Réplicas a algunas críticas político criminales dogmáticamente desenfocadas e inconsistentes*, (Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985) 15-16.

banco de pruebas de la capacidad de rendimiento de la teoría general del derecho penal³⁷.

De esa manera la doctrina y la jurisprudencia Española, parecieron no poner en duda que los principios generales del derecho penal, deberían aplicarse al “nuevo” derecho penal económico, entendiéndolo como meras extensiones y concreciones fieles de los mismos principios tradicionales del derecho penal en general, sólo que aplicados a las particularidades propias y específicas de escasos y dispersos tipos penales económicos en el sistema legal de la época, en esa modalidad es importante destacar que un número importante de delitos incluidos por Bajo Fernández en la sistemática de su manual, eran delitos patrimoniales tradicionales que el autor Español se esforzó y logró reinterpretar en el marco de un estricto respeto de las garantías penales generales, para poder adaptarlos a la complejidad de que los mismos ocurran en el contexto de una actividad económica empresarial.

Es entonces en el orden anterior, que la entrada en vigor del código penal de 1995, lo que produjo en la doctrina Española una agitación parecida a la ocurrida en Alemania, pues más allá de las construcciones doctrinales existentes, el derecho penal económico no sólo veía incrementada considerablemente su extensión en el nuevo código, sino que adquiría la relevante propiedad, de gran trascendencia de tener una forma sistemática y codificada dentro del código penal mismo y esto al menos en principio tenía que obligar a tratar a los delitos económicos al mismo nivel que todos los demás delitos. De esta manera los delitos económicos incluidos en el Título XIII, del Libro II, del código penal Español, entrado en vigencia en 1995, se convirtieron en objeto de atención preferente en la doctrina Española, realizándose múltiples tesis doctorales, trabajos y estudios que llevaron a

³⁷ Miguel Bajo Fernández, *Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial*, (Madrid: Edit. Civitas, 1978) 45.

tomar en consideración la incursión en la doctrina Alemana y con ello probablemente el progreso en relación a temas de compleja discusión como el que nos ocupa, “el actuar por otro” en materia de comisión de delitos³⁸.

De acuerdo a la regulación legal del código penal Español, antes de 1995, debe mencionarse que la forma de comisión delictiva de “actuación por otro” o “actuar por otro” carecía de regulación jurídico penal, hasta el año 1983³⁹, para la comisión de delitos especiales en el marco de las personas jurídicas en las que concudiesen las condiciones objetivas para ser sujetos activos de los mismos; ello incidía claramente en tener el resultado en el marco de los diversos juzgamientos, de impunidad, pues al no estar determinado claramente esa posibilidad en la norma sustantiva, ni la forma de realizarlo en la adjetiva correspondiente, era inevitable el resultado mencionado, por la violación a los principios básicos de legalidad y culpabilidad en cualquier proceso penal, aun y cuando el encausado hubiere incurrido en las acciones tendientes a la comisión en representación de una sociedad, ente empresarial o inclusive de otra persona natural por cuenta y representación de ella.

Debido a lo anterior era necesario adoptar esa forma de comisión, del “actuar por otro”, lo cual ya se hacía latente por la influencia Alemana y así el legislador Español en el año de 1983, con la posibilidad de incluirlo en la parte general del código penal o por diversas cláusulas para delitos en concreto en la parte especial, decantándose por esta última forma de regulación el ilustre tratadista Francisco Muñoz Conde, sin embargo, prevaleció la primera forma de regulación, pues ya estaba contemplada en el proyecto de reforma de 1980⁴⁰.

³⁸ Gracia Martín, *Concepto y Alcance del Moderno Derecho Penal Económico y de La Empresa*, 16

³⁹ Agustín Jorge Barreiro, “Reflexiones sobre la Protección Penal en La Historia del Derecho Español, siglos XIX y XX”, *Revista Derecho y Justicia Penal*, n.1, (2005): 122.

⁴⁰ Enrique Álvarez Cora, *Esquemas y textos para la historia del derecho español* (Murcia: Diego Martín, Liberto-Editor, 2009), 25.

Conforme a ello, desde la reforma del 25 de junio de 1983, se incluyó en el código penal Español el criterio del “actuar en lugar de otro”, que permitía cumplidas ciertas condiciones, sancionar a directivos de órganos de representación o representantes de sociedades o empresas por delitos especiales cometidos en el ámbito o quehacer de las personas jurídicas administradas y cuyas condiciones objetivas de autoría, concurrieran sólo en la persona jurídica, trasladando como responsable a quien la represente⁴¹.

De esa manera, se reguló por primera vez en el código penal Español en el art 15 bis, que establecía lo siguiente: “El que actuaré como directivo de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderán personalmente, aunque no concurren en él y si en entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder sujeto activo del mismo⁴².”

Dicha redacción respondió en su momento a la necesidad de solucionar las lagunas de punibilidad que existían al no estar regulada previamente el aspecto del “actuar por otro” en la legislación Española, convirtiéndose en norma vigente conforme a la L.O. 8/83. 25-6, en el Código Penal Español que introdujo el art. 15 bis.

Posteriormente, en 1995, se reformó nuevamente el código penal Español, introduciendo el art. 31, que derogó el art. 15 bis, de la normativa anterior y que tuvo en cuenta las consideraciones doctrinarias generadas a partir de la vigencia de dicha disposición legal, que desde luego, sí generó un amplio debate en la doctrina y jurisprudencia Española al ampliar el espectro de posibilidades frente a las facultades de utilizar bajo los parámetros de la

⁴¹ Barreiro, “Reflexiones Sobre La Protección Penal en la Historia del Derecho Español, siglos XIX y XX”, 126.

⁴² García Cervero, *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídica, órganos y representantes*, 282

reforma y de las condiciones especiales que ello implica, del “criterio del actuar por otro” y que para Jesús María Silva Sánchez, generó una ampliación significativa de posibilidades de imputación de responsabilidad penal por delitos especiales cuyas condiciones objetivas de autoría concurren en una persona jurídica⁴³.

Importante es también mencionar que el código penal Español, introdujo la reforma en 1995, para la posibilidad de imponer medidas a personas jurídicas y empresas en su parte general, en un nuevo título dedicado a “consecuencias accesorias” y no como estaba regulada antes de la reforma, sólo en su parte especial y sin clasificar, ni regular. El nuevo título que el Código Penal dedica a las “consecuencias accesorias” es el VI, del libro I, distinto a las penas (Título III) a las medidas de seguridad (Título IV) y a la responsabilidad civil y a las costas procesales (Título V), el art. 129 ha introducido entre “las consecuencias accesorias” un catálogo de medidas que el juez o tribunal puede imponer a las personas jurídicas o empresas, aunque sólo en casos expresamente previstos por el código penal, dichas medidas van desde la suspensión de actividades por un máximo de cinco años, hasta la disolución de la persona jurídica o la clausura temporal o definitiva de la empresa, pasando por la prohibición de realizar en el futuro actividades mercantiles o negocios o por la intervención de la empresa⁴⁴.

Otra consecuencia accesoria que se prevé en el Título VI, es el comiso de los efectos e instrumentos del delito, así como de las ganancias obtenidas con el mismo. Estas consecuencias accesorias no son para el código penal Español penas, ni medidas de seguridad, ni tampoco responsabilidad civil del delito, pero algunos defienden (doctrinariamente) que son penas, a pesar de su

⁴³ Barreiro, “Reflexiones Sobre La Protección Penal en la Historia del Derecho Español, siglos XIX y XX”, 127.

⁴⁴ Santiago Mir Puig, “Sobre la Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas”, Revista Lusíada, Direito, Lisboa, n. 3 (2005): 157

distinta denominación y últimamente Silva Sánchez las define como propias medidas de seguridad desde su punto de vista, no hay duda que la voluntad del legislador Español expresada en la ley, ha sido la de salir al paso del peligro que pueden representar las personas jurídicas y empresas utilizadas para la comisión de delitos sin cuestionar el principio de que el delito es únicamente un hecho humano.

1.1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL SALVADOR

En El Salvador, debe decirse a manera de breve referencia histórica, el código penal de 1973⁴⁵, no contenía ninguna referencia al criterio de “actuar por otro”, se limitaba a regulaciones respecto de la construcción de responsabilidad penal por condición de autores mediatos, específicamente en el art. 46 Ordinal 3° y se consideraba como tales, a quienes dieran la orden ilegal en los casos previstos en el ordinal 3° del art. 40 del mismo código, que contenía una serie de circunstancias por las que, el que obraba materialmente en la comisión de un delito estaba incluido en las causas de inculpabilidad allí enunciadas, pero ello lógicamente tendría que estar relacionado con la persona que en caso de hechos punibles cometidos en el orden de delitos del ámbito económico, que es el aspecto de interés para este trabajo, hubiesen obrado como miembros de una estructura organizada, en escala inferior, para el caso, sociedades o empresas o grupos de personas, entiéndase un empleado, trabajador o una persona sin capacidad de decisión en el obrar, que al final constituía el delito, de forma que, al superior jerárquico es quien debía construirse y dirigirse la imputación en condición de autor mediato, si ello se lograra determinar, lo que resultaba difícil; aunque debe aclararse que sí reconocía como se mencionará más adelante los criterios de responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de la responsabilidad civil de forma subsidiaria.

⁴⁵ Código Penal, (El Salvador: Asamblea Legislativa, junio de 1973) artículos 40,46,130,131

El Título VII, del código penal de 1973⁴⁶, Denominado “Consecuencias Civiles del Delito” contenía el art. 130, que reconocía que toda persona responsable de un delito o falta, lo era también civilmente, posteriormente en el art. 131, enunciaba las consecuencias civiles del delito y comprendía La Restitución, La reparación del daño causado, La indemnización de perjuicios y Las Costas procesales. De allí en adelante continuaba el texto legal definiendo cada una de ellas y otros aspectos que el legislador de aquel momento consideró importantes y de los que no se hará un análisis exhaustivo, pues como se dijo en el párrafo anterior, solo se efectuaría una breve referencia histórica, aunque si debe mencionarse que también el Código Procesal Penal de 1973⁴⁷, contenía en el capítulo V, la referencia a la parte civil, en la que enunciaba la promoción civil para los delitos perseguibles de oficio contra los partícipes del delito y contra los civilmente responsables; la forma de constituirse parte civil en el proceso penal, las oportunidades y formalidades para ello, las facultades para el actor civil, la pluralidad de partes o actores civiles y el desistimiento del ejercicio de la acción civil, todo ello desde los artículos 69 al 76; cabe destacar que el referido texto legal también reguló lo relativo a la Responsabilidad Civil Subsidiaria, en el Capítulo VI, desde los arts. 77 al 81, considerándose específicamente en el art. 77 como civilmente responsables las personas que de acuerdo a los arts. 145 y 146 del Código Penal, debían responder por los daños y perjuicios causados por el delito, considerándose dentro de la última disposición mencionada a las personas jurídicas, exceptuados el Estado, los municipios y las instituciones oficiales autónomas; y en ese contexto estaban obligadas a responder civilmente cuando el delincuente tuviere la representación o administración de dichas entidades o estuviere con ellas en relación de dependencia y se tratará de delitos que impliquen violación de las

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Código Procesal Penal, (El Salvador: Asamblea Legislativa, noviembre de 1973) Artículos 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 145, 146.

obligaciones inherentes a la calidad que el culpable ostente dentro de las mismas. Indicándose además que la responsabilidad será principal cuando la persona jurídica haya obtenido lucro del delito y se extendería únicamente hasta el monto del beneficio obtenido por la sociedad; cuando no hubiese lucro, la responsabilidad civil de la empresa era subsidiaria. Posteriormente, a partir del 20 de abril de 1998, con la entrada en vigencia del código penal⁴⁸ ese mismo año, se incluyó en él, el criterio de “actuar por otro” en el artículo 38, que literalmente indicaba: “El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare.”⁴⁹

En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial”.

Siendo ese el texto legal contenido en dicho cuerpo normativo, tal y como entró en vigencia la referida normativa, aunque posteriormente fue reformado por incorporación de una última parte al inciso segundo, en el que se incluyó lo siguiente:

“No obstante lo anterior, en el caso de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el art. 118 de este Código⁵⁰.

⁴⁸ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículos 38 y 118

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2006) Artículo 38.

Dicha reforma fue efectuada el 12 de enero del año 2006 y entró en vigencia el 21 de enero de ese mismo año, correspondiendo al Decreto Legislativo No 914, D.O. No 8, Tomo No 370, de la primera fecha antes mencionada y constituyó la agregación de un nuevo criterio, específicamente el de “solidaridad” para los efectos de responsabilidad civil a tenor de los términos del art. 118 del mismo Código Penal, lo que es importante destacar ante la temática desarrollada en el presente trabajo.

El código penal también considera las “Consecuencias Civiles del Hecho Punible” a partir del Título VI, e incluye el Capítulo I, “De la Responsabilidad Civil y sus Consecuencias,” indicando en el art. 114 “La ejecución Civil de un hecho descrito por la ley como delito o falta, origina obligación civil en los términos establecidos en este Código.”

Así mismo, el código procesal penal en vigencia desde el 20 de abril de 1998, hasta el 31 de diciembre de 2010⁵¹, disponía en el art. 42 lo siguiente: “La acción civil se ejercería por regla general dentro del proceso penal, contra los partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable.

Civilmente responsable será la persona que, de acuerdo con el Código Penal, deba responder por el imputado de los daños y perjuicios causados por el delito”.

Y además establecía que, en los delitos de acción pública, la acción civil contra los partícipes del delito, será ejercida conjuntamente con la acción penal. Sin perjuicio de que pueda intentarse ante los tribunales civiles o mercantiles, pero no se podrá promover simultáneamente en ambas competencias. Debiendo ejercerla, la Fiscalía General de la República en el respectivo requerimiento;

⁵¹ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 1997) Artículo 42,43,44.

pero si el ofendido o su representante legal ejerciere la acción penal por medio de querrela, se entenderá que también ejerce la acción civil a menos que expresamente renunciare a ella. Si ocurriere que el querellante renuncia expresamente de la acción civil, sólo podría ejercer la acción penal, ello conforme al art. 43.

De igual manera dispuso en el art. 44 del mismo Código: “En los delitos de acción privada podrá ejercitarse la acción civil conjuntamente con la penal, o sólo aquella en la jurisdicción civil o mercantil. En el último caso la acción penal se tendrá por renunciada”⁵².

Todo ello es importante destacarlo porque significó un claro avance en el ámbito del derecho penal económico, ya que tal y como se ha destacado anteriormente en el Código Penal de 1973⁵³, no se reconocía el criterio de “Actuar por otro” para la ejecución de hechos punibles por acción u omisión y a partir de la normativa de 1998, si tuvo el reconocimiento para poder utilizar el referido criterio, cuando los organismos de representación actuaren por las personas jurídicas, empresas o entes jurídicamente organizados y reconocidos por el Estado de El Salvador, actuaren de esa manera y se les tuviese que encausar en esa modalidad de ejecución, aunque debe destacarse que en virtud de que todo delito trae aparejado la consecuencia civil del mismo, por el daño causado a la víctima o al bien jurídico tutelado por la norma sustantiva, resultaba de riguroso ejercicio esta última y en ese orden el código procesal penal limitaba el ejercicio de la acción civil a un simple pronunciamiento en el requerimiento y posteriormente en la acusación fiscal o del querellante en caso de que también actuare; y en ese orden debe aclararse que, no establecía reglas específicas sobre como ejercer, probar y permitir al juzgador concluir el monto de los daños y perjuicios causados por

⁵² Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 1997) Artículo 44

⁵³ Código Penal, (El Salvador: Asamblea Legislativa, junio de 1973), Artículo 40

consecuencia de la ejecución delictiva, lo que generaba impunidad en este rubro o el simple pronunciamiento del juzgador conforme a los parámetros discutidos en el procedimiento, probablemente a criterios axiológicos, dependiendo del tipo de delito juzgado o su naturaleza y a los parámetros señalados en inciso 3° del art. 361 del cuerpo legal antes mencionado, de allí su generalmente infeliz conclusión.

A partir del 1 de enero del año 2011, entró en vigencia el actual código procesal penal⁵⁴, que introdujo una serie de formalidades para el ejercicio de la acción civil a cumplir por el damnificado por el hecho punible a quien corresponde también dicho ejercicio para lo que deberá constituirse como actor civil, debiendo actuar mediante un abogado con poder especial y si fuere incapaz en la forma prevista en las leyes de la materia, ello es dispuesto por el art. 119. La solicitud para constituirse actor civil deberá cumplir con una serie de requisitos formales enunciados en el art. 120⁵⁵,

Entre lo que es importante destacar no sólo los requisitos formales equivalentes a una demanda, sino también la relación de los hechos por los que se considera perjudicado, la indicación de las diligencias útiles para la averiguación de los hechos o la identificación de las pruebas que pretende ofrecer, el vínculo jurídico del responsable civil, con el hecho atribuido al imputado, los perjuicios de orden material o moral que se le hubieren causado, la estimación del monto que reclama; es decir que a diferencia de la normativa procesal penal precedente, el legislador Salvadoreño, si planteó el cumplimiento de esas formalidades a fin de lograr un efectivo ejercicio por quien asistiéndole el derecho a la responsabilidad civil, logre el cumplimiento de la misma y la delimitación en términos mucho más claros de los motivos.

⁵⁴ Código Procesal Penal, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero 2009) Art. 119.

⁵⁵ Ibid. Art. 120.

Circunstancias, montos y prueba para establecerla e imponerla por los tribunales. A lo anterior debe agregarse que en la misma disposición invocada se disponen los plazos procesales para constituirse en actor civil, el trámite equivalente a un emplazamiento, al hacerse saber al demandado civil, la facultad de oponerse a tal ejercicio; intentando con todo ello en lo posible que se asuman por el juzgador criterios concretos y específicos para la sanción en responsabilidad civil derivada de hechos punible

CAPITULO II:

RESPONSABILIDAD PENAL ANTE LA COMISION DE HECHOS DELICTIVOS.

INDICE: 2.1 El modelo Clásico De Atribución Delictiva; 2.2 El Cambio De Paradigma Del Modelo Clásico En La Comisión De Hechos Delictivos, Cuando Son Cometidos Por Empresas o Sociedades Anónimas y Sus Organismos De Dirección; 2.3 Modelos De La Imputación De La Responsabilidad De Las Personas Jurídicas; 2.3.1 Modelo de Transferencia de la Responsabilidad; 2.3.2 Culpabilidad de la Empresa; 2.3.2.1 Heine; 2.3.2.2 Lampa; 2.3.2.3 Fisse /Braithwaite; 2.3.2.4 Gómez-Jara; 2.3.3 Modelo Mixto; 2.4 Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas, Su Regulación En El Código Penal, Actuar Por Otro, Breve Referencia.

Resumen: El presente Capítulo está referido a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ante la comisión de hechos delictivos, para ello se vuelve indispensable referirse al modelo clásico de atribución delictiva, el que está estructurado sobre la base de la atribución de responsabilidad penal para personas naturales, generalmente para el juzgamiento de hechos que por dolo directo y en delitos de resultado o evidentemente tangibles, si son funcionales y eficientes; pero además en tal actividad juzgadora los conceptos de acción, culpabilidad y pena, juegan un papel importante y primordial; pero que tales conceptos tradicionales son ineficientes frente a la posibilidad de juzgar las conductas ejecutadas por grupos de personas, empresas o sociedades, por ello el cambio de formulación de los referidos conceptos para hacerlos funcionales a los fines aludidos, cuando las conductas jurídicamente relevantes son desempeñadas por entes colectivos a través de sus organismos de dirección y primordialmente la responsabilidad por defecto de organización, lo cual es abordado ; de igual manera los modelos de imputación en el contexto referido, son abordados para comprenderlos; en el mismo

orden, se hace referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la manera de su regulación en el Código Penal vigente y la figura procesal del actuar por otro, lo que constituye una herramienta eficaz para el juzgamiento de hechos delictivos ejecutados por entes colectivos.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD PENAL ANTE LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS.

2.1. EL MODELO CLÁSICO DE ATRIBUCIÓN DELICTIVA.

En una muy breve alusión, debemos decir que, la teoría clásica del delito ha sido el delito doloso de acción, que lo constituye el comportamiento individual de una persona. Es decir, el comportamiento individual de una persona o como máximo de una limitada pluralidad coyuntural de personas, que, con dolo directo de primer grado, es decir intención, ejecutan de modo directo, mediante causación físico-natural inmediata, e incluso de propia mano un delito de resultado.⁵⁶

El modelo clásico de delito se concibió y se ha ido sometiendo a prueba sobre casos de homicidio, éste por su parte, constituye el delito modelo por excelencia, definiéndose en un tipo cerrado que a su vez conforma un delito puro de resultado de lesión de un bien jurídico individual.

2.2. EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL MODELO CLÁSICO EN LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS, CUANDO SON COMETIDOS POR EMPRESAS O SOCIEDADES ANÓNIMAS Y SUS ORGANISMOS DE DIRECCIÓN.

Al partirse del anterior modelo para el juzgamiento de eventos de trascendencia jurídico penal, es decir constitutivos de delito, la concurrencia

⁵⁶ Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, Segunda Edición ampliada y actualizada (Buenos Aires: Editorial IB de F: Montevideo-Buenos Aires, 2016) 747.

de varias personas en una estructura organizada, produce algunas distorsiones, entre ellas podemos mencionar las siguientes:

1.- La disociación entre acción y responsabilidad. En la estructura jerárquica el ejecutor directo es normalmente un subordinado de último nivel, que se encuentra muchas veces en situación de error o coacción, o en todo caso, en un estado de falta de autonomía decisoria. La pretensión de atribuir responsabilidad a sujetos situados en la cúpula obliga a construir nuevas categorías.⁵⁷

2.-La escisión- fragmentación- de los elementos del tipo. En contextos de división funcional del trabajo, tanto horizontal como vertical, la ejecución material, la posesión de información relevante, la capacidad de decisión y las condiciones subjetivas de autoría pueden hallarse en sujetos distintos del grupo organizado. Ello puede dar lugar, no sólo por razones probatorias, sino también técnico jurídicas a la figura de la “irresponsabilidad organizada”.

3.-La aparición de efectos derivados de las dinámicas de grupo: déficits cognitivo-valorativos o volitivos que afectan a los sujetos integrantes del grupo. Tales constataciones empíricas apuntarían con matices, hacia una exclusión o atenuación de la imputación subjetiva dolosa, así como a una exclusión o atenuación de tales sujetos.

Una aplicación simple del modelo clásico a situaciones de estas características podría impedir una fundamentación razonable de la responsabilidad.⁵⁸

Con todo ello, parece claro que el derecho penal económico ha de constituir un reto para dicho modelo, por lo que a continuación indicaremos: I) por el carácter patrimonial- económico de las relaciones que constituyen su objeto de protección, en general en este ámbito los delitos, si se refieren a bienes

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 8

jurídicos individuales no son delitos puros de resultado, sino de medios determinados, el ejemplo clásico es la Estafa, pero además al abordar amplios espectros de la actividad empresarial, el derecho penal se introduce en contextos de gran densidad regulatoria extrapenal. Surgen delitos que se constituyen en “mala quia prohibita”, se genera una fuerte accesoriadad, frente al derecho público o privado, que se manifiesta en tipos penales abiertos, manifestados en leyes penales en blanco, elementos normativos de contenido jurídico, en especial elementos de valoración global del hecho. Ello genera peculiaridades en relación con la imputación objetiva (riesgo permitido, ejercicio legítimo de un derecho, como a propósito de la imputación subjetiva) errores sobre elementos normativos, dificultad en la delimitación del error de tipo y error de prohibición.⁵⁹

II) Por otro lado, porque la actividad económico- patrimonial se halla núcleo de nuestro sistema social, los hechos delictivos surgen, entonces en el contexto de actuaciones profesionales, frecuentemente estereotipadas (anónimas) y masivas. Los fines perseguidos resultan en general adecuados al sistema social. Son los medios, los efectos secundarios o los daños colaterales los que resultan inadecuados. Además de modo no inusual, las relaciones interpersonales tienen un trasfondo de incertidumbre. El dolo eventual adquiere un papel determinante en la imputación de responsabilidad.

III) por último por la especial manifestación de los bienes jurídicos afectados, que en muchos casos son supraindividuales, institucionales, ello determina una cierta disolución del resultado de lesión (en la idea más difusa de “afectación”) y en consonancia, una pérdida de importancia de la relación de imputación objetiva en sentido estricto: es decir la que surge entre el comportamiento desaprobado y el resultado de lesión.

⁵⁹ Ibíd.

Es por todo lo anterior que, para referirnos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es necesario hacer referencia al que fue por muchos años el principio rector en esta materia, es decir “societas delinquere non potest”⁶⁰, no abordar este principio dejaría un espacio en blanco dentro de la historia jurídico penal que nos interesa, dado que allí es donde residen los argumentos que durante muchos años sirvieron de barrera para la expansión de la responsabilidad moral de los entes morales, nos centraremos en los modelos de imputación que se han establecido para atribuir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y siendo que los modelos de imputación son posteriores a la superación del aludido principio, es necesario traer a cuenta los criterios sociales y económicos que influyeron en este proceso, a fin de comprender el surgimiento de políticas criminales preventivas que finalmente derrocaron el principio antes relacionado, erigiendo paralelamente una nueva corriente jurídico penal, la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas⁶¹. Lógicamente aún existen algunos detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo, es posible afirmar que hoy en día la fuerza vinculatoria del principio “societas delinquere non potest” ha sido superada. Cuando se hace referencia al aspecto socio -jurídico antes mencionado, nos centramos en países de tradición jurídica continental, los que sólo a partir del siglo XX, han vuelto a dar espacio a la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁶² La aclaración es importante debido a que, como se expondrá en detalle los Estados Americanos reconocen legalmente la

⁶⁰ Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, 10

⁶¹ *Ibíd.* 11

⁶² Enrique Bacigalupo Zapater, “Teorías de la pena y responsabilidad de las personas jurídicas” en *Curso de Derecho Penal Económico, 2ª edición*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005) 47. Quien afirma que durante los siglos XIV Y XVIII, las personas jurídicas eran consideradas sin problemas, sujetos de derecho Penal. Sólo a finales del siglo XVIII, con la introducción de la teoría de la pena y la relación directa entre la pena y voluntad, esta se volvió problemática, aboliéndola

punibilidad de las personas jurídicas desde el siglo XIX.⁶³ Sólo a modo de referencia podemos citar el caso de Estados Unidos en que se introdujo con *New York Central and Hudson River Railroad Company v. United States*, en 1909 y también el del Reyno Unido, donde se cita a *R.V. Great North of England Rly Co. En 1846*.⁶⁴ Primeros casos de responsabilidad penal respecto de un ente moral. La tradición jurídico -penal estableció categóricamente por muchos años que sólo las personas naturales eran capaces de ser responsables penalmente, ello debido a que únicamente las personas físicas, tendrían la capacidad de acción, culpabilidad y pena,⁶⁵ siendo estos los pilares fundamentales sobre los que descansa la teoría del delito. De allí que comenzar el debate acerca de la legitimidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, supuso desde un comienzo combatir pensamientos firmemente arraigados, donde se pasan a llevar los fundamentos de la responsabilidad penal, como son el injusto y la culpabilidad, sin embargo, al momento, luego de muchos años de discusión, no hay consenso definitivo.⁶⁶

El cambio radical a nivel dogmático que implica la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es así, porque viene antecedido de un cambio socio cultural y económico derivado de la industrialización, la expansión de las empresas a nivel nacional e internacional y posteriormente favorecido enormemente por la globalización, es ese

⁶³ Klauss Tiedemann, *Lecciones de derecho penal económico Comunitario Español y Alemán*, (España: Promociones y publicaciones universitarias, 2010) 233

⁶⁴ Manuel Gómez Tomillo, "Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 13 (2011): 15

⁶⁵ Lina Mariola Díaz Cortéz, "Societas Delinquere potest. hacia un cambio de paradigma en el Derecho Penal Económico, Derecho Penal Contemporáneo", *Revista Internacional: Derecho Penal Contemporáneo*, n. 17 (2006): 79-114. La autora explica las dificultades dogmáticas para acoger la responsabilidad de las personas jurídicas, apunta a que la acción siempre se vincula al comportamiento humano, la culpabilidad implica un reproche moral al individuo, mientras que las penas no cumplirían su función preventiva, ni retributiva frente a agrupaciones

⁶⁶ Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, (Pamplona: Editorial Aranzandi, 2000), 18

contexto podemos decir que la empresa se convierte en el principal agente de la sociedad moderna. Para ello basta tomar en cuenta que muchas corporaciones en la actualidad tienen ingresos superiores a países como Australia, Noruega o Portugal.⁶⁷

El fenómeno de crecimiento de las empresas supuso en un comienzo grandes avances en la política económica de libre mercado, lo cual significó el fortalecimiento de mejoras en los estándares de vida de la población, pero implicó que también se instaurara una suerte de política protectora de sociedades o empresas, lo que más tarde significaría el escenario ideal para el surgimiento de la criminalidad económica: “una de las características más saltantes del capitalismo de finales de siglo y comienzos del siglo XXI, es la concentración de grandes capitales con las fusiones y absorciones de empresas, produciéndose grandes sociedades complejas que operan en distintos países,⁶⁸ señalándose además que la criminalidad empresarial necesita de la empresa para llevar a cabo los diferentes ciclos del delito como son: la comisión, encubrimiento y financiación.⁶⁹

La empresa como ente generador de riesgos y delincuencia no fue en un primer momento entendida como tal, sino que como ocurre en algunas legislaciones hasta hoy se imputó la responsabilidad penal a las personas naturales que desempeñaban al interior de la empresa, quedando muchas veces aquella sin sanción penal. Conforme a lo anterior, puede decirse que la responsabilidad penal estaba asociada tradicionalmente, al actuar violento de una persona natural, acción que siempre constituyó un desvalor al vulnerar

⁶⁷ Adán Nieto Martín, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de Responsabilidad Penal*, (Madrid: Editorial Iustel, 2008), 2

⁶⁸ Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 80

⁶⁹ *Ibíd.* 3

bienes jurídicos importantes para el legislador, pero con el surgimiento en escena de la criminalidad económica, eso tendería a cambiar.

A nivel internacional, el surgimiento de empresas dio paso a que la criminalidad tuviera un escenario en el cual crecer, el que fomentaba las acciones delictivas y facilitaba su impunidad, ya sea por la dificultad en la determinación de la persona física responsable o que, gracias al nivel de complejidad de funcionamiento de la empresa, se lograba difuminar la atribución de responsabilidad penal individual, que en doctrina se denomina irresponsabilidad organizada.⁷⁰

Estos problemas surgieron por causa de sociedades complejas, interrelacionadas, en continua transformación, globalizada, de riesgo, masiva e indeterminada, donde es sumamente difícil encontrar a un responsable.⁷¹

Las anteriores circunstancias significaron que las indagaciones o pesquisas de los delitos dejaran de estar centradas sólo en el actuar de una persona individual, pasando a enfocarse en la actividad criminal colectiva: aquella que involucra el accionar de un grupo de personas organizadas que vulneran bienes jurídicos determinados,⁷² lo cual supone un cambio de mentalidad y el surgimiento de nuevos criterios, con el exclusivo propósito de combatir esta

⁷⁰ Jesús María Silva Sánchez, "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del art. 129 del Código Penal Español" en Percy García Cavero, *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas, órganos y Representantes*, (Madrid: Editorial Ara, 2002) 151-152. Quien afirma que la irresponsabilidad organizada surge, debido a que la responsabilidad penal individual parte de la concurrencia de los elementos de información, poder de decisión y actuación ejecutiva sobre una misma persona, pero tan pronto estos factores se disocian surgen nuevas barreras insuperables para la atribución de responsabilidad individual

⁷¹ Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009), 77-79. Véase también Laura Zúñiga Rodríguez, "La Criminalidad Organizada, Unión Europea y Sanciones a Empresas" (Congreso de la AIDP, Budapest, mayo de 1999), 2-4

⁷² Bernd Schuneman, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea" en Klaus Tiedeman, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, (España: Boletín Oficial del Estado, 1995) 571

criminalidad tan creciente, frente a la cual, las formas de responsabilidad ya existentes -civil, administrativa y penal-centrada en un solo individuo-no lograban hacerle frente de forma eficaz.⁷³

Como era de esperarse, el surgimiento de acciones de carácter delictivo asociado a las empresas fue aumentando su valoración a nivel internacional, lo que obligó a que fuera tema obligado para la mejora de las políticas criminales preventivas. De acuerdo a ello, en convenciones internacionales de la O.N.U., O.C.D.E., Consejo de Europa, etc. La necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas se vuelve de indispensable consideración,⁷⁴ configurándose una fuerte inclinación a aceptar una auténtica punibilidad de las personas jurídicas.

Los países bajos introdujeron la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 1976, Noruega en 1992, Francia en 1993,⁷⁵ Austria en 2006 y España en su ley Orgánica 5/2010, que modificó el código penal, introduciendo finalmente la responsabilidad penal de los entes morales.⁷⁶ Otros países como Alemania o Suecia aún no aceptan la responsabilidad penal de los entes morales o personas jurídicas, sino que aplican sanciones administrativas como respuestas asociadas al Derecho penal.

Este cambio de política criminal y de dogmática penal surge necesariamente en respuesta a demandas de eficacia y prevención de esta nueva criminalidad, que atenta contra bienes jurídicos de relevancia social, que el derecho penal debe proteger. Al respecto se ha dicho: “El problema dogmático penal es

⁷³ Actualmente hay legislaciones como la italiana que no aceptan propiamente tal responsabilidad penal como respuesta a la criminalidad asociada a las empresas, de ahí la responsabilidad administrativa sancionadora.

⁷⁴ Adán Nieto Martín, “La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad” *Revista Nueva Doctrina Penal*, n. 1, (2008): 1

⁷⁵ Tiedemann, *Lecciones de derecho penal económico Comunitario Español y Alemán*, 232

⁷⁶ Gómez Tomillo, “Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español”, 23.

consecuencia no sólo de la evolución social, sino de la crisis de la filosofía del sujeto individual (Autoconsciente) a partir del cual, ya no es posible dar una explicación coherente a numerosos conflictos sociales a los que el derecho penal debe hacer frente.”⁷⁷ La eficacia criminal que han alcanzado las empresas no ha podido ser contrarrestada únicamente con la punición de la persona individualmente considerada, no sólo por la dificultad de imputación, sino porque su responsabilidad resulta ineficaz para la real tutela de los bienes jurídicos involucrados en la realidad económica actual.⁷⁸

Se ha estimado que esta necesidad político criminal se basa en tres líneas argumentales: primero, muchas veces resulta imposible sancionar penalmente a la persona física por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial. En segundo lugar, aun cuando lo anterior fuese posible, aquello constituye una respuesta insuficiente para la criminalidad económica. Y, en tercer lugar, las alternativas para responsabilizar a las personas jurídicas al margen del derecho penal no resultan lo suficientemente preventivas, debido al marcado carácter simbólico de la reacción penal.⁷⁹

Necesariamente la implementación de la responsabilidad penal de los entes morales, personas jurídicas o empresas, supone desterrar el principio “societas delinquere non potest”, debiendo proporcionar una nueva configuración a categorías como sujeto, acción y culpabilidad a fin de que sean atribuibles a las corporaciones. El intento de aplicar los conceptos clásicos de sujeto, acción, pena y culpa a las personas jurídicas han resultado infructuosos, debido fundamentalmente a que estos están contruidos sobre

⁷⁷ Silvina Bacigalupo Saggese, *Curso de Derecho Penal Económico, Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas*, (Madrid: Marcial Pons, 2005) 99

⁷⁸ Díaz Cortéz, “Societas Delinquere potest. Hacia un cambio de paradigma en el Derecho Penal Económico, Derecho Penal Contemporáneo”, 94

⁷⁹ Silva Sánchez, “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y las Consecuencias Accesorias del art. 129 del Código Penal Español”, 150

la lógica del actuar de una persona individualmente considerada,⁸⁰ resultando imposible utilizarlos para el encausamiento y juzgamiento para empresas. Ese intento supuso una indudable oposición en un comienzo de buena parte de la doctrina Europea, debido a que bajo este prisma se termina desvirtuando peligrosamente la teoría del delito. Entonces el problema central del tratamiento de la responsabilidad penal de la empresa, radica en la imputación del hecho delictivo a sujetos individuales, es decir en la atribución de responsabilidad penal de la empresa por un hecho ajeno.⁸¹

De allí que la tendencia internacional actual en su gran mayoría, entiende que el camino no está en aplicar iguales categorías, sino en modificar las existentes para lograr explicar que las conductas delictivas de la persona jurídica son atribuibles a sí misma. Entonces, la forma de hacer frente a la pretensión de atribuir consecuencias jurídico- penales a los entes morales o personas jurídicas, comienza centrándose antes que todo, en una reinterpretación del concepto de sujeto a partir del cual se logra hacer la construcción dogmática de acción, culpabilidad y pena. De acuerdo a ello, debe considerarse entonces, que, “sujeto no es quien haya ocasionado un resultado, sino aquel que sea competente, es decir, quien tenga el deber.”⁸²

⁸⁰ Bernd Schuneman, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea” en Klaus Tiedeman, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 574. En este mismo sentido Schünemann, expresa que hay una concepción individualista de imputación en el derecho penal clásico que enfrentando a pautas colectivas de conducta resulta insuficiente para la protección de los bienes jurídicos.

⁸¹ Elena Núñez Castro, “Los delitos Imprudentes en el ámbito empresarial” *Revista de Estudios de la Justicia, Seminario Internacional*, n. 10, (2008): 162-164. La principal crítica a los modelos de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica radica en que se intenta atribuir la responsabilidad por un hecho propio de la empresa, lo que constituiría una ficción, ya que siempre será el órgano responsable, la persona física, la que el último termino cometa la acción delictiva y no la empresa.

⁸² Bacigalupo Saggese, *Curso de Derecho Penal Económico, Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas*, 97.

Por ello el concepto de acción estará asociado con el tipo de injusto como expresión valorativa de sentido, lo cual está condicionado con las políticas criminales de la norma penal, específicamente de prevención y protección de bienes jurídicos.⁸³ Es claro desde este punto de vista que si las personas jurídicas como sujetos de derecho son destinatarias de bienes jurídicos que están obligadas a cumplir, también son capaces de infringirlos, configurándose así la capacidad de acción.⁸⁴

Sin duda el principal escollo que se ha tenido que sortear para legitimar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el referente a la atribución de culpabilidad al ente moral. La culpabilidad en la teoría tradicional supone un reproche jurídico- moral al sujeto, que está dotado de conciencia y libertad, la culpabilidad de las personas jurídicas no puede ser entendida en el sentido clásico, debido fundamentalmente a que todo aquel comportamiento que quisiera ser tenido como conducta de la persona jurídica, no es más que el actuar de una o varias personas naturales,⁸⁵ quienes, si tienen capacidad de decidir entre lo bueno y lo malo, a diferencia de la persona jurídica. Por lo demás el intento de prescindir de la culpabilidad de las empresas, tampoco responde a la naturaleza de la responsabilidad en la tradición jurídico- penal continental, ya que significaría obstruir el modelo de imputación sobre la base de la responsabilidad objetiva. El principio de la culpabilidad, como presupuesto en la atribución de responsabilidad penal, supone la vinculación entre el hecho delictivo y el sujeto, en este caso la persona jurídica, por tanto, prescindir de ello significa dejar de lado uno de los principios fundamentales

⁸³ María Ángeles Cuadrado Ruiz, "La Responsabilidad Penal de Las personas jurídicas, un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?" *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 12 (2007) 134

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Bernd Schuneman, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea" en Klaus Tiedeman, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 582.

que en derecho penal se conectan directamente con los criterios de inculpación y exculpación de responsabilidad: “nulla pena, sine culpa.”⁸⁶

En razón de no ser posible aplicar la culpabilidad en sentido clásico, ni tampoco poder prescindir de ella, la doctrina se ha inclinado por la reconfiguración del concepto de culpabilidad, ampliándolo a la persona jurídica por medio del concepto de defecto de organización, que ha sido una de las respuestas más exitosas. En este sentido se ha sostenido⁸⁷ que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se fundamenta en la culpabilidad de la organización: esta respuesta abrió espacio para buscar alternativas para hacer compatible la teoría del delito con la responsabilidad penal de los entes morales, lo cual logra un acercamiento entre política criminal y dogmática penal. Otros autores proponen la creación de un concepto paralelo al de culpabilidad, el estado de necesidad del bien jurídico.⁸⁸

Lo que realmente se pretende es que la culpabilidad asociada al ente moral, no sea idéntica a la del sujeto individual, pero sí funcionalmente equivalente.⁸⁹ La empresa como sujeto de derecho y obligaciones, tiene un rol social de fidelidad al derecho, por lo tanto, la infracción a la norma, supone un reproche sancionable por el derecho penal, es decir es destinataria de la punición por el incumplimiento de aquellas normas. Superado en alguna medida el problema de atribución de culpabilidad,⁹⁰ la responsabilidad penal de los entes morales

⁸⁶ Ricardo Robles Planas, “El Hecho Propio De Las personas Jurídicas y El Informe del Consejo General del Poder judicial al anteproyecto de reforma penal de 2008” *Revista para el análisis del Derecho*, InDret, (2009): 5

⁸⁷ Yesid Alvarado Reyes, “La Responsabilidad Penal de Las personas jurídicas, Derecho Penal contemporáneo” *Revista internacional*, n. 25, (octubre-diciembre, 2008): 46

⁸⁸ Bacigalupo Saggese, *Curso de Derecho Penal Económico, Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas*, 565-600

⁸⁹ Carlos Gómez Jara Diez, *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales contemporáneas*, (Madrid: Editorial Aranzandi, 2006), 122-128

⁹⁰ En sentido contrario, véase Ricardo Robles Planas, “El propio de las personas Jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008.”, la persona jurídica es pues, incapaz de imputación para el derecho penal basado en la culpabilidad.

o jurídicos se alzó como una realidad difícilmente objetable. Sin embargo, aún quedan problemas dogmáticos que no se han resuelto del todo, como la capacidad de pena de la persona jurídica. La discusión radica en que la pena no cumpliría su función retributiva (el reproche ético-social por una actuación antijurídica y culpable) para la empresa, pues ésta carece de conciencia y libertad en el sentido clásico. Respecto de los fines de la pena en el derecho penal colectivo, se ha entendido que los entes morales serían merecedores de penas desde el punto de vista del derecho penal preventivo, donde la finalidad sea satisfacer la vigencia de la norma y garantizar la identidad normativa de la sociedad.⁹¹ Lo que se busca con la atribución de responsabilidad penal empresarial es la generación de incentivos que fomenten la auto-organización empresarial. Entonces puede decirse que “la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la autonomía de la asociación, a la cual el derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia que, sin embargo, tiene como reverso tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad.”⁹²

Entonces podemos afirmar que, el principio “societas delinquere non potest” hoy más que nunca está en retirada o en desuso; la noción de responsabilidad penal asociada únicamente a la persona natural e individualmente considerada ha quedado atrás, debido a que las personas jurídicas son actualmente el centro de nuestro desarrollo como sociedad, la expansión de la criminalidad empresarial y transnacional en el último tiempo ha servido de base para la realización de innumerables conductas criminológicas, como la contaminación ambiental, lesiones laborales, asociaciones ilícitas, cohecho y defraudación tributaria entre otros, que fueron poniendo poco a poco en tela de juicio la

⁹¹ Bacigalupo Saggese, *Curso de Derecho Penal Económico, Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas*, 104.

⁹² Carlos Gómez Jara Diez, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2006): 18-19

efectividad de la responsabilidad penal individual en todo el mundo y en especial en aquellos países de tradición jurídica continental. Es entonces en el contexto anterior, que la atribución de responsabilidad individual para delitos cometidos dentro o a través del quehacer empresarial no ha logrado ser una respuesta integral, no es posible atribuirla o cuando se logra, estas personas son fácilmente sustituibles y por lo tanto la actividad dentro de la empresa continúa, por ello la ausencia de responsabilidad penal sirvió para muchos, como factor colaborador del déficit de justicia y a la irresponsabilidad organizada.⁹³

Tomando en cuenta que se ha asumido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ello ha supuesto librar batallas doctrinarias y legislativas a lo largo de los años para superar los problemas que ello implica. En ese contexto la doctrina y la jurisprudencia han enfrentado el siguiente dilema “o se vulneran los principios tradicionales de derecho penal y se imponen penas en contravención del principio de responsabilidad por el hecho propio o se adapta la teoría jurídica del delito a las características propias de las personas jurídicas.”⁹⁴

Para otros autores, la respuesta está en adicionar a la responsabilidad individual, la colectiva, entendiendo que los modelos de atribución de responsabilidad penal no son idénticos,⁹⁵ las conclusiones formuladas hasta el momento aun generan discusiones, por ello puede decirse que la compleja

⁹³ Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 77-79. Véase Laura Zuñiga Rodriguez. “La Criminalidad Organizada, Unión Europea y Sanciones a Empresas”, 191.

⁹⁴ Carlos Gómez Jara Diez, *Fundamentos modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Bases Teóricas. Regulación Internacional y Nueva Legislación Española*, (España: Editorial B de F, 2010), 491

⁹⁵ Silva. Sánchez, “La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas y Las Consecuencias Accesorias del art. 129 del Código Penal Español” en *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas, órganos y Representantes*, 147-148

relación entre los postulados de la dogmática y las exigencias político – criminales están lejos de concluir.

2.3. MODELOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Es necesario delimitar el significado de lo que debe entenderse por modelos de imputación, para comprender el análisis que de ellos se efectuará y en ese sentido podemos decir que por modelos de imputación podemos entender las pautas que define y utiliza el legislador para atribuir responsabilidad penal a una persona natural o jurídica, en este caso la última.

Importante es determinar qué modelo de imputación acoge un ordenamiento jurídico o un cuerpo legal, en específico, puesto que en él radicará la fórmula que indicará quien será el responsable respecto del hecho que reviste características de delito y hasta donde puede extenderse dicha responsabilidad. En iguales circunstancias de importancia, puede indicarse que el entendimiento del modelo de imputación de un sistema en específico colabora con la inmediatez procesal y la unificación de los criterios al momento de aplicar la ley, así las cosas, podemos hablar de tres grandes modelos de imputación:

2.3.1. MODELO DE TRANSFERENCIA DE LA RESPONSABILIDAD:

Este sistema también es conocido como sistema vicarial u objetiva y consiste en atribuir a la persona jurídica o ente moral la responsabilidad que nace a raíz de la acción de uno o más de sus dependientes; entonces la responsabilidad se transfiere desde el sujeto que realiza materialmente la acción que constituye delito, hacia la persona jurídica que se encuentra jerárquicamente

sobre él. Existen diversas modalidades de este sistema, sin embargo, podemos definir sus condiciones generales más típicas en tres:⁹⁶

- 1.- Comisión por infracción por parte de un agente de la empresa.
- 2.- Dicha acción sea realizada en el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas a dicho sujeto, o bien por cuenta de la empresa.
- 3.- Intención de obtener ventaja o beneficio para la empresa.

Sobre la base típica anteriormente descrita, existen diversas modalidades de este sistema, que lo hacen más o menos estricto, se pueden encontrar legislaciones que sólo permiten que el sujeto capaz de transferir la responsabilidad sea alguien con funciones administrativas importantes y de cierta jerarquía.⁹⁷ Es decir sólo una persona con capacidad de decisión dentro del órgano empresarial tiene la aptitud de transformar en responsable a la persona jurídica en la que él realiza sus funciones.

Otros modelos prescinden de dicha exigencia, considerando que en ella reside la oportunidad para la impunidad de la persona jurídica. Para entenderlo basta con ejemplificarlo: se elige una persona que carezca de jerarquía alguna dentro del ente moral para que cometa el hecho delictivo o lo que comúnmente conocemos como “chivos expiatorios” o “sujetos fungibles”, de esta forma los órganos directivos de la persona jurídica beneficiada con el ilícito, podrían alegar desconocimiento de sus acciones y evitar de forma efectiva ser sujetos de la responsabilidad que podría generar el evento delictivo cometido.⁹⁸

El sistema de “transferencia de la responsabilidad” se denomina también objetivo, puesto que carece de un “accionar propio” de la persona jurídica; la

⁹⁶ Nieto Martín, *La responsabilidad Penal de las personas Jurídicas: un modelo legislativo*, 89

⁹⁷ Teoría de la Identificación, en el Reino Unido

⁹⁸ Nieto Martín, *La responsabilidad Penal de las personas Jurídicas: un modelo legislativo*,

90

comisión del ilícito por parte de un dependiente- junto con el cumplimiento de otros requisitos que variarán según el ordenamiento jurídico de que se trate- basta para que la persona jurídica involucrada sea susceptible de responsabilidad en la comisión del hecho. El que este modelo prescindiera de una arista subjetiva no es azaroso: de dicha característica nace su segundo rasgo típico: no existe oportunidad de demostrar debida diligencia. Aun cuando la debida diligencia por parte del ente moral haya existido y haya sido de las más eficientes, no existe norma sustantiva que le permita excusarse, de allí que su actividad o la falta de la misma, se vuelve irrelevante. Ello nos conduce a enunciar las críticas o deficiencias que en doctrina se asignan a este modelo de imputación en específico: se le critica porque no conduce a las empresas o entes morales a ser entes cooperadores o colaboradores de la política criminal, que debe ser más eficiente por parte de los Estados, pues no incentiva la autorregulación. Para las empresas o entes morales invertir en métodos destinados a la prevención de delitos en el marco de sus actividades sólo significaría costos y pérdida de recursos materiales y humanos, porque ante la eventualidad de un proceso por la comisión de un hecho delictivo, dichos esfuerzos no serían considerados de ninguna manera, ni como antecedentes, ni como base de exención o extinción de responsabilidad penal.

En contra de esta corriente también se indica la posible inconstitucionalidad, en razón de una posible violación al principio de culpabilidad. Esta transgresión se manifestaría en diversos niveles: sanción a una persona inocente, por ejemplo, un socio, incompatibilidad con la prohibición de “nebis in idem” y la respectiva proporcionalidad de la pena entre otros. Se cuestiona entonces; ¿será posible castigar a un ente colectivo mediante una sanción de naturaleza penal?⁹⁹

⁹⁹ Nieto Martín, *La responsabilidad Penal de las personas Jurídicas: un modelo legislativo*, 103

Al respecto hay dos opiniones doctrinarias preponderantes y antagónicas sobre la crítica en relación, por un lado debe citarse la postura que manifiesta: “si el derecho penal tomara en serio a las personas jurídicas como lo hacen el derecho mercantil y el derecho administrativo, no debería de castigar a las personas naturales que encarnan sus órganos, de la circunstancia que ello no ocurra, se deduce que para el derecho penal las personas jurídicas son personas sólo en sentido muy restringido y que cuando se las castiga, en realidad se quiere influir sobre las decisiones que toman las personas naturales que las controlan o administran.”¹⁰⁰

2.3.2. CULPABILIDAD DE LA EMPRESA:

Este modelo se erige como la antítesis del modelo anterior, en este se prescinde de manera absoluta de la idea de transferencia de responsabilidad, por ello este sistema ha sido denominado como “subjetivo” o de responsabilidad originaria o propia; entonces ante la ausencia de la transferencia de responsabilidad, resulta lógico definir lo siguiente: ¿Cuál es el factor de imputación en este modelo? ¿Qué criterio o requisito establece el legislador para atribuir responsabilidad al ente colectivo? Para dichas preguntas, de forma lamentable no existe una respuesta unívoca y aceptada por la generalidad de la doctrina: la fundamentación de la culpabilidad de la empresa ha encontrado al menos cuatro vías diversas de manifestación cada una con sus propias particularidades. con objetivo de comprensión examinaremos muy brevemente las corrientes surgidas para determinar su contenido y características esenciales **y para ello tomaremos en cuenta la ponencia de cuatro autores de esta teoría y finalmente un modelo mixto:**

¹⁰⁰ Alex Van Weezel, “Contra la responsabilidad penal de Las Personas Jurídicas” *Revista Política Criminal*, vol.5, n. 9, (Julio de 2010): 140

HEINE

Construye un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por culpabilidad de la empresa, restringiendo las situaciones de facto a aquellas insertas en rubros de alta peligrosidad, generalmente de tipo medio ambiental. Se entiende a partir de dicho modelo que, de producirse un perjuicio a la sociedad o a una parte significativa de ella por la actividad típica de una empresa, forzosamente se debe concluir que ésta no ha ejercido de manera efectiva el control de su propia actividad, determinada por el rubro al que se dedica el ente moral, justificando así el nacimiento y fundamentación de la “culpabilidad de la empresa”, en los siguientes supuestos: “casos de producción de determinadas perturbaciones sociales graves: muerte o lesiones de una cantidad indeterminada de personas, peligro común inusual (incendios, explosiones, graves daños materiales en edificaciones o atentados especialmente graves para el ambiente, irreversibles o de recuperación a muy largo- plazo o muy costosa,)¹⁰¹ por lo que en este modelo la responsabilidad es de carácter excepcional y su ocurrencia será entonces muy poco habitual, configurando así este modelo de imputación, podría entonces considerarse como una noción híbrida: en parte se entiende como defecto de organización de la empresa y al mismo tiempo, como culpabilidad por la conducción del ente moral.¹⁰² Esta categorización adquiere vital importancia dentro del marco del proceso penal, especialmente en la etapa probatoria. Si la culpabilidad de la empresa se fundamenta en la mala conducción que se ha hecho de la misma, dicha calidad se convierte en un estado permanente o al menos duradero en

¹⁰¹ José Luis de La Cuesta, *Una Nueva Línea de intervención penal: el derecho penal de las personas jurídicas*, en Julio Andrés Sampedro Arrubla y Ana Messuti, coord., *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*, (Buenos Aires: Editorial Universitaria, 2001), 73

¹⁰² Nieto Martín, *La responsabilidad Penal de las personas Jurídicas: un modelo legislativo*, 146

el ente moral, volviéndose irrelevante el momento exacto de la comisión del delito que tuvo el resultado dañoso.

LAMPE

Para él existen sistemas de injustos que pueden definirse como: “las relaciones entre individuos organizadas hacia fines injustos”, que pueden ser simples o constituidos,¹⁰³ distinguiendo cuatro tipos específicos:

- a) Unión de personas criminales dirigidas a un fin.¹⁰⁴
- b) Agrupación criminalmente constituida.
- c) Empresa económica con tendencia criminal.
- d) Estado o Institución criminalmente pervertida.

Importante es referirnos al tercer tipo de sistema de injusto individualizado, puesto que es en esa categoría que pueden incluirse las personas jurídicas, de él se extrae la denominación de “empresas económicas” del ordenamiento jurídico Alemán, que a pesar de recurrir a dicha expresión en numerosas ocasiones no define el término en sede penal; sin embargo, en el marco de estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el concepto de “empresas económicas” viene a encarnar el término homólogo del sujeto que en este trabajo es objeto de análisis.

Según este sistema, los ilícitos dentro de una entidad económica pueden producirse por dos motivos diferentes: la primera, se ha denominado responsabilidad por filosofía de empresa y la segunda, ocurre por una falla en la estructura organizativa de la misma. En ambos casos, se propone

¹⁰³ Lampe Ernst, *Systemunrecht und unrechtssysteme*, en Gómez Jara Diez, traductor, *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial: propuestas globales contemporáneas*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 61. Un sistema de injusto constituido es aquel que “adquiere su configuración institucional duradera mediante una constitución o unos estatutos. Dicho sistema de injusto constituido no sólo es “más que la suma de las partes”- como el simple-sino que como institución es independiente del cambio de sus partes”

¹⁰⁴ Lampe Ernst, *Systemunrecht und unrechtssysteme*, 61

establecer que tanto el injusto como la culpabilidad del órgano sean entendidos como elementos propios de la empresa: “De lege ferenda”, la responsabilidad jurídico- penal debería afectar en primer lugar a las empresas, siempre que hayan encontrado una forma jurídica propia y ello debido a que su injusto orgánico se ha transformado en un comportamiento anti- normativo, entonces la justicia exige que primariamente, el comportamiento sea imputado reflexivamente a ellas, sólo tendrá que vincularse más concretamente esta responsabilidad a la filosofía empresarial, cuyo carácter criminógeno encuentra expresión en el comportamiento anti -normativo de un miembro de la empresa.¹⁰⁵

Respecto de este planteamiento se ha afirmado que, “la culpabilidad de la empresa es consecuencia de un carácter empresarial defectuoso que se mantiene a lo largo del tiempo y que no se refiere a acciones concretas, sino al “ser” de la corporación o empresa, en este sentido se acentúa la conducción de la empresa- estado permanente o duradero- y no el hecho mismo del delito, es decir la infracción es sólo un resultado o un síntoma de un estado crítico mayor: la mala administración y gestión de la persona jurídica. El aporte importante de esta corriente radica en que su concepto “culpabilidad de la empresa” es amplio, pudiendo incluirse no sólo las acciones negligentes, (permitidas o toleradas) sino también las dolosas (incentivadas, ordenadas), abriendo así un campo de graduación dentro del sistema conductual corporativo.¹⁰⁶

FISSE /BRAITHWAITE.

¹⁰⁵ Lampe Ernst, *Systemunrecht und unrechtssysteme*, 61

¹⁰⁶ Nieto Martín, *La responsabilidad Penal de las personas Jurídicas: un modelo legislativo*, 146

Incluyen una nueva perspectiva temporal dentro del ámbito de la culpabilidad¹⁰⁷ de la empresa, según ellos el acento o atención no debe ponerse en la conducta permanente de conducción de la empresa y tampoco en el momento preciso en que se incurre en la acción típica que deriva en un daño.¹⁰⁸ el momento que realmente determina la existencia o no de culpabilidad por parte de la empresa y la composición de dicha calidad es aquel que sigue a la comisión del delito que en doctrina comparada se ha denominado “culpa reactiva” o “reactive corporate fault”:

La piedra angular de la “corporate reactive fault” es el diseño de las medidas post delictivas, tendentes a aumentar y asegurar el compromiso futuro de la empresa en la reparación y en la prevención de hechos similares.”¹⁰⁹ La motivación para construir este enfoque diferente nace de la dificultad que existe para probar que una determinada empresa o persona jurídica tiene en sí la real intención de delinquir. La cultura corporativa genuina se devela de forma más evidente y certera una vez cometido el delito, en este sentido se ha indicado en este sistema que sí se colabora con la justicia recurriendo a ella antes de que comience la investigación en contra de la empresa; una vez cometido el delito, existe en este caso la convicción fehaciente de que la intención de la persona jurídica no pretende aprovecharse del ilícito cometido dentro de sus funciones, poniendo en manos de la justicia todos los beneficios que de dicho ilícito provienen.

Si por el contrario post -delito, existe una actitud de secretismo, al mismo tiempo que se despliegan maniobras para mantener los beneficios del ilícito

¹⁰⁷ Es una importante distinción que podrá encontrarse plasmada positivamente en el Código Penal Australiano, el que, para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también distingue aquellos delitos dolosos de los meramente culposos o negligentes

¹⁰⁸ Nieto Martín, *La responsabilidad Penal de las personas Jurídicas: un modelo legislativo*, 139

¹⁰⁹ Ibid.

dentro del capital empresarial, disimulando sus orígenes y borrando cualquier rastro existente que dé cuenta de la conducta típica, es forzoso concluir que la real intención del ente moral era sacar provecho de dicho ilícito y por ende existía la real voluntad de cometerlo, evadiendo al mismo tiempo cualquier mecanismo de control y auto organización vigente en dicha empresa. Entonces según la propuesta de estos autores, debería empoderarse al tribunal correspondiente para que mediante los medios que establezca la ley, le ordene investigar el delito cometido en el ámbito de su propia empresa-considerando el manejo privilegiado de información que posee, pudiendo optar así a los beneficios procesales que dicha colaboración implica. Este modelo implica un gran beneficio en función de reducir los costos al Estado por la investigación de hechos delictivos en el ámbito empresarial, en vista de que dichos costos serán asumidos por la misma empresa objeto del enjuiciamiento, lo que así podrá ordenarse por mandato judicial; entonces al evitar la introducción del sistema judicial a la compleja y altamente estructurada realidad empresarial de hoy en día, se reducirán los costos en tiempo y dinero, siendo ello beneficioso para el Estado y para el conglomerado social.

GÓMEZ-JARA

Propone un modelo constructivista de autorresponsabilidad (atribución de un hecho propio) penal empresarial, destacando para ello “la intencionalidad” en el actuar corporativo. En primer lugar, propone la estructura interna de la persona jurídica, enfocándose primordialmente en el sistema imperante de toma de decisiones de carácter empresarial. Una vez que es capaz de abstraerse un cierto procedimiento modelo que deleve valores corporativos estables en el ámbito decisorio, puede recién hablarse de que la persona jurídica puede ser considerada sujeto de derecho: “Así al igual que un niño no es imputable en derecho penal individual hasta que su sistema psíquico no sea lo suficientemente complejo...tampoco la empresa puede considerarse

imputable en el derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo no sea lo suficientemente complejo, esto es, hasta que no haya alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad- autoorganización.”¹¹⁰

En segundo lugar, destaca la importancia de la existencia de “un buen clima ético”¹¹¹ imperante dentro de las actividades de la empresa. Dicho ambiente puede constatarse a través de la existencia de medios eficientes y por sobre todo eficaces de autocontrol y regulación de las actividades propias de la empresa. Hace un esfuerzo por sindicar lo que sería el ánimo real de la empresa, entendiendo que toda organización compleja, multifuncional y de bastas dimensiones es más que la simple suma de voluntades de todos quienes la componen. Así cree que puede distinguirse entre un error “involuntario” o un leve descuido en el sistema de auto- organización y la intención positiva de cometer un delito para beneficiar los intereses de dicho ente moral. Este punto es del todo relevante dentro de la teoría constructivista ya que reformula el concepto de culpabilidad en el marco penal empresarial: “...la forma de abordar la problemática que adopta el modelo constructivista es construir un concepto de culpabilidad empresarial que, si bien no sea idéntico al concepto de culpabilidad individual si resulte funcionalmente equivalente...”¹¹² La propuesta aporta un beneficio hasta ahora no presente en ninguna de las corrientes antes mencionadas: en esta concepción de “culpabilidad de la empresa”¹¹³ se puede distinguir entre el actuar doloso de un agente de la empresa que tiene por resultado una acción típica y de los riesgos

¹¹⁰ Gómez Jara Diez, *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales contemporáneas*, 163-164

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Gómez Jara Diez, *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales contemporáneas*, 163-164

¹¹³ Ibid. Se estima oportuno citar sus componentes básicos: “El concepto constructivista de culpabilidad empresarial se basa en tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del derecho penal y por último la capacidad para cuestionar la vigencia de la norma”

y consecuentes daños creados en razón de la naturaleza de la actividad a la que la empresa se dedica. Esta variante de entendimiento de culpabilidad de la empresa se encuentra acogida en el código Australiano, el cual incluso llega a definir vía legislativa lo que debe entenderse por “cultura corporativa”.

2.3.3. MODELO MIXTO

Como en la mayoría de las discusiones doctrinarias, existe también en el caso de los modelos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una tercera variante que viene a crear el compromiso entre los dos modelos antes expuestos y antónimos entre sí. El modelo mixto se construye a partir de la mezcla de los elementos característicos y sustanciales, que se extraen de los modelos previos (el de transferencia de responsabilidad y el de culpabilidad de la empresa) y que vienen a confabularse con el exclusivo objetivo de sortear las dificultades que cada uno de los modelos ya enunciados, presentan al ser concebidos de manera independiente entre ellos. Para comprender este tercer modelo de imputación, es necesario visualizar dichos sistemas como procedimientos dinámicos, cuya actividad se presenta en variadas fases consecutivas y que influye no sólo en la persona que será tenida por “responsable” de la acción típica, sino también en la medida en que dicha responsabilidad se hará efectiva.

De lo anterior, podemos decir que, en el modelo de transferencia de responsabilidad, el elemento sustancial de su teoría que se presenta en el modelo mixto, es la consideración de la actuación del agente y la transferencia de responsabilidad de éste a la persona jurídica para la cual desempeña sus funciones. El sistema de imputación mixto parte de que la responsabilidad de la persona jurídica se fundamentará en los principios vicariales u objetivos. El

beneficio¹¹⁴ de la incorporación de dicha característica será visible en todos aquellos casos en que la persona individual no sea capaz de ser determinada como el actor del hecho típico, Aun cuando falle la determinación del individuo podrá sujetarse a la empresa como responsable de los daños que por sus dependientes han sido creados.

Importante es que debemos recordar que el modelo de transferencia de responsabilidad no estaba exento de vicios, ni defectos, el más importante de ellos era aquel que establecía la imposibilidad de probar diligencia alguna que tuviera efecto en el proceso criminal sostenido en su contra. En otras palabras: una vez que se comprobaban los requisitos necesarios para la transferencia de la responsabilidad, la empresa no tenía opción alguna de restringir o disminuir su sanción, aun cuando la lógica y la debida proporcionalidad lo demandaban.¹¹⁵

De acuerdo a este modelo, se arribaba a un obstáculo de proporciones desde la perspectiva político -criminal: dado que la persona jurídica poseía cero, viabilidad de ajustar la eventual pena, existía al mismo tiempo cero, incentivo, para controlar los procesos internos del ente moral dentro de los cuales se anidaba la posibilidad del delito. Este aspecto atenta contra la eficacia y eficiencia no sólo de la política criminal, sino también contra la de los órganos encargados de administrar la justicia: tribunales, juez y toda la maquinaria

¹¹⁴ El beneficio que se alude, se presentaría solo si dicho modelo de imputación de carácter vicarial incluyera dentro de su sistema la teoría de la identificación, en virtud de la cual se permite realizar la transferencia de la responsabilidad (del agente a la persona jurídica) aun cuando se desconozca el sujeto individual responsable, pero siempre y cuando se pueda atestiguar que pertenece a las dependencias del ente moral dentro de cuyas actividades se manifestó el ilícito

¹¹⁵ Gómez Jara Diez, *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales contemporáneas*, 163

procesal que se exige en movimiento para hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹¹⁶.

Es por todo lo anterior que el modelo mixto viene a solucionar la gran traba del modelo vicarial agregando a la idea de transferencia de responsabilidad, el concepto de culpabilidad de la empresa, manifestándose en la práctica en la posibilidad real que tiene la persona jurídica de disminuir o incluso excluir absolutamente su responsabilidad, siempre y cuando pruebe que dentro de su estructura existía un sistema de carácter preventivo de delitos. Con esta combinación de sistemas de imputación, se puede aspirar a obtener los siguientes beneficios¹¹⁷:

- 1.- Existe mayor probabilidad de hacer efectiva la responsabilidad contra la empresa.
- 2.- Existe mayor probabilidad de reparación del daño causado, dado que se asume que el patrimonio de una empresa es mucho mayor que el de una persona natural que comete la infracción.
- 3.- Disminuye considerablemente la posibilidad de “evadir” la responsabilidad generada por el hecho ilícito, dado que no caben los denominados “sujetos fungibles” (autor del ilícito que asumía la responsabilidad y que al mismo tiempo era fácilmente reemplazable.)
- 4.- Existe una motivación por parte de la persona jurídica de elaborar un plan de autocontrol lo suficientemente sofisticado para que, en caso de investigación por un ilícito, pueda disminuir e incluso excluir su eventual responsabilidad penal.

¹¹⁶ Gómez Jara Diez, *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresaria, propuestas globales contemporáneas*, 164

¹¹⁷ Ibid.

5.- Lo anterior repercute en los órganos de la administración de justicia, dado que ahorrarán tiempo y dinero, llevando procesos más expeditos y con mayor colaboración por parte de los intervinientes.

2.4. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL. ACTUAR POR OTRO, BREVE REFERENCIA.

De acuerdo a la temática de este trabajo, es necesario referirse a la regulación en el Código Penal Salvadoreño de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y ello fue incluido en el art. 38 del Código Penal, que indica lo siguiente:

CAPÍTULO IV: DE LOS AUTORES Y PARTICIPES

RESPONSABLES PENALMENTE.

ACTUAR POR OTRO

Art. 38.- El que actuare como directivo, representante legal o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare.

En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial. No obstante, lo anterior, en caso de delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el art. 118 del Código Penal.¹¹⁸

¹¹⁸ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículos 38 y 118.

La regulación contenida en el precepto legal¹¹⁹ se extiende a quien actúa en representación de otra persona, esas condiciones son las que recoge el tipo penal: se transfieren a quien actúa en nombre o por cuenta de otro unas condiciones típicas de las que carece pero que, sí posee el representado, quien generalmente resulta impune, ya sea por no tener capacidad penal, en el caso de una persona jurídica o bien por ser incapaz, un menor de edad o bien por ser ajeno a la actuación de quien lo representa.

El diseño del artículo pretende seguramente como parte de la política criminal del Estado Salvadoreño y en congruencia con la tendencia internacional, a evitar la impunidad en delitos cometidos por los miembros de una persona jurídica y en amparo de la misma, estando identificado plenamente las personas naturales de quienes se trata y además está referida a delitos cuya autoría exige necesariamente ciertas características que sólo concurren en la persona jurídica y no en los miembros que la conforman, es decir se trata de tipos penales especiales, para los que deben poseerse ciertas características de autoría, que no concurren en los miembros que las integran.¹²⁰

Es entonces en el sentido anterior que, el autor del ilícito es quien lo ha realizado cubriendo los requisitos tanto objetivos, como subjetivos del tipo en aplicación, en ese orden no se establece una presunción de autoría por la disposición, sino que el sujeto activo debe haber actuado bajo cualquiera de las formas de protagonismo previstas en los arts. 33 al 36 del Código Penal, es decir como autor directo, coautor, autor mediato, instigador o cómplice y por ello le faltaría únicamente la concreta condición especial exigida por el tipo, debido a eso expresa la disposición, “aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones fijadas en la figura delictiva, pero basta

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004)

que tales condiciones si concurren en la persona en cuyo nombre o representación obre”; dichas condiciones se refieren a la especial que el tipo penal requiere para configurarse como sujeto activo, por ejemplo: el comerciante social a quien se declara en quiebra; entonces, las cualidades están referidas a definiciones esenciales de la persona física o jurídica que difícilmente pueden separarse de ella y trasladarse a un tercero¹²¹.

En la actuación en nombre de otro, debemos distinguir los comportamientos de los órganos que integran las personas jurídicas, que lógicamente están integrados por personas naturales y que valiéndose de la impunidad que ello puede generar por el choque con los principios básicos del derecho penal, de legalidad, de culpabilidad por hecho ajeno, de imputación objetiva y prohibición de doble procesamiento, actúan bajo el cobijo o cobertura de las mismas y logran evadir responsabilidades cuando cometen delitos, de allí el diseño aludido en la norma sustantiva.

Igual de importante será establecer al investigar un hecho punible, quiénes son los directivos y administradores de la persona jurídica, lo cual es determinado por las normas estatutarias de la misma o en todo caso por las disposiciones legales en materia mercantil, arts. 254, 260 y 265 del Código de Comercio.¹²²

La segunda parte de la disposición legal se refiere a la actuación en nombre de un persona natural o física, supuesto en el que la responsabilidad del representante no necesariamente excluye la responsabilidad del representado, quien puede responder a título de inductor¹²³.

¹²¹ Ibid.

¹²² Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1970) Arts. 254, 260 y 265

¹²³ Ibid.

Entonces, es importante recalcar o delimitar que, la vinculación del actuar por otro queda supeditado a dos situaciones específicas: a) los actos de administración de hecho o de derecho de una persona jurídica o la actuación en nombre o en representación de dicha persona moral; b) Las representaciones de orden legal o las actuaciones en nombre de una persona natural; la consideración que esta disposición legal tiene una íntima vinculación con el apotegma “societas delinquere non potest” o “las sociedades no delinquen”, lo que está íntimamente vinculado al principio de culpabilidad y en ese sentido traer a cuenta que, la culpabilidad es personalísima; entonces el cambio de ese paradigma es facilitado a través de la cláusula legal del “actuar por otro” respecto del derecho penal tradicional que está construido sobre un modelo de imputación personal o individual, dirigido hacia una persona natural. De lo anterior derivaría entonces, la posibilidad de dirigir la imputación hacia la persona natural que actúe en la ejecución de la conducta delictiva, porque dichas circunstancias son constitutivas de un elemento especial de autoría que únicamente puede ostentar el sujeto activo, el cual en ciertos ilícitos por su alto contenido normativo, únicamente podrían ser atribuibles para la persona jurídica, pero no para la persona que actúa tras la persona jurídica, a manera de ejemplo puede citarse la situación del evasor de impuestos, en el que el evasor es la persona jurídica y en virtud de la referida cláusula de transmisión de equivalencia de las cualidades, condiciones o relaciones de la persona jurídica a la persona que actúa en su nombre o representación.¹²⁴

En cuanto a los problemas de autoría en aquellos casos en lo que para ser autor se necesita una condición o cualidad especial, que únicamente debe concurrir en el específico por el diseño del tipo penal, es decir se trata de

¹²⁴ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, 247

delitos especiales propios, sin el que no ocurriría el supuesto típico de autoría, se suscitan aquí problemas de intervención en el delito, entre intraneus y extraneus, que en parte son resueltos por la cláusula de transferencia o la equivalencia del “actuar por otro,”¹²⁵ en tal sentido estos delitos también son conocidos como delitos de infracción de deberes, por el cual sólo es autor quien precisamente infringe el deber, por ello el dominio del hecho no es lo relevante, sino la infracción del deber que se tiene conforme al tipo penal; de allí la importancia de la cláusula de actuación por otro que permite la transferencia no sólo de las condiciones o cualidades, sino también de relaciones, incluidas las relaciones de deberes, ello implica un límite debido a que, sólo constituirá actuar por otro, cuando el hecho se cometa mediante la utilización de una persona jurídica, siempre que el tipo penal exija la concurrencia de condiciones, cualidades o relaciones en la persona jurídica, de no concurrir este elemento en la estructura de la persona jurídica, como elemento especial de autoría no se está en presencia en la figura de “actuar por otro” y la responsabilidad es personal del sujeto que cometió el hecho utilizando como medio a la persona jurídica, ello tiene incidencia en la responsabilidad civil que surge, porque en este caso ya no existe la concurrencia necesaria de responsabilidad civil subsidiaria especial. Es importante considerar, que la regulación que se hace de la cláusula de actuar por otro, en cuanto a ámbitos de imputación, se estructura en tres niveles: 1) los casos en los que la sanción se dirige a la persona individual que actúa en nombre de la empresa, que constituirá una forma de imputación hacia abajo; 2) aquellos niveles en los que la sanción está dirigida a los responsables de la dirección de la empresa o en su representación, de allí que las formas de imputación son hacia arriba; c) la imputación respecto de la propia empresa, pero en estos casos no se trata de consecuencias jurídicas en el sentido de

¹²⁵ Ibid.

penas, pero las mismas se imponen a la empresa como unidad suprapersonal.¹²⁶

En un último aspecto de imputación por transferencia, en virtud de la cláusula de “actuar por otro”, debe decirse que esta no puede ser atribuida por la simple circunstancia de ser directivo o administrador de una persona jurídica o por tener la representación de una persona natural, pues en tal caso, se seguiría incurriendo en el vicio procesal de afectar el principio de culpabilidad, mismo que como se ha dicho, es personalísimo; por ello tal imputación debe recaer sobre aquella persona que ha ejecutado la conducta en actuación, es decir por ella, bajo sus intereses en el ámbito en que ella se desenvuelva o cuando pueda atribuírsele una posición de garante respecto de otra persona que ha actuado bajo la responsabilidad del garante, en una jerarquía horizontal, sólo desde allí podría estructurarse la imputación respecto de la personal natural.¹²⁷

¹²⁶ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, 248

¹²⁷ Ibid.

CAPITULO III:
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHOS DELICTIVOS POR
ORGANISMOS DE REPRESENTACION EN LAS SOCIEDADES
ANONIMAS.

3.1 Definición De Responsabilidad Civil Derivada De Hechos Delictivos;
3.1.1 Aspectos Relevantes; **3.2 Definición De Sociedad Anónima y Su**
Regulación; **3.2.1 Organismos De Administración Dentro De Las**
Organizaciones Anónimas, Regulación En El Código De Comercio; **3.2.2**
El Actuar Por Otro; **3.2.3 Los Delitos Especiales En Sentido Amplio: Los**
Delitos De Dominio; **3.2.4 Ejercicio De La Acción Civil En El Proceso**
Penal; **3.2.5 Las Consecuencias Civiles Del Hecho Punible** **3.2.6**
Responsabilidad Civil Subsidiaria, Subsidiaria Común y Especial; **3.3 La**
Reparación Civil Del Daño y Ley De Reparación Por Daño Moral.

Resumen: En el presente capítulo se conceptualiza la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos, lo que es importante para el objetivo del presente trabajo; luego se realiza la conceptualización de sociedad anónima, desde el punto de vista doctrinario y legal, sus organismos de administración, de acuerdo a su regulación en el Código de Comercio; se realiza el abordaje de la actuación por otro; los delitos de dominio o delitos propios de comisión, ya sea que las acciones se cometan por acción o por omisión; conceptos y figura penal, que tienen una especial relevancia para comprender el objetivo del presente trabajo, la responsabilidad civil derivada de hechos punibles, cuando son cometidos por las sociedades anónimas a través de sus organismos de representación, de tal suerte que, ello permitirá comprender los diferentes problemas y valladares que en tal actividad de enjuiciamiento ocurren; se aborda además la manera de ejercer la acción civil en el proceso penal, así como las consecuencias civiles del hecho punible; se definen la responsabilidad civil subsidiaria, subsidiaria común y especial, así como su

regulación legal; y de suma importancia es la definición de la reparación civil del daño, incluyendo en ello, el lucro cesante y el daño emergente y las posibilidades de su reclamo de acuerdo al Código Civil, Códigos Penal, Procesal Penal y Ley de Reparación por Daño Moral.

CAPÍTULO III.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHOS DELICTIVOS, POR ORGANISMOS DE ADMINISTRACIÓN DENTRO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

3.1. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHOS DELICTIVOS.

3.1.1. ASPECTOS RELEVANTES.

Para arribar al concepto de responsabilidad civil, derivada de un evento delictivo, primero debemos sentar las bases sobre algunas circunstancias fundamentales, de forma que, ha de quedar claro que la misma, en términos jurídico penales, no tiene vida autónoma.

Como Acción Penal debemos entender: La que se ejercita para establecer la responsabilidad criminal y, en su caso, la civil, ocasionada por un delito o falta. La determinación de quienes pueden ejercitar esta acción constituye uno de los temas más debatidos en Derecho Procesal y Penal y se resuelve por las diversas legislaciones de muy diversa manera. Como norma orientadora, puede afirmarse que la acción está encomendada principal o inexcusablemente al ministerio fiscal, cuando se trata de delitos que afectan a la sociedad y que, por ello, tienen carácter público. Otros delitos por su índole privada, solo pueden ser accionados por la víctima, por sus representantes o por sus causahabientes, ya que se estima que en su comisión no se encuentra lesionado el interés social. Y hay otros delitos en que no obstante afectar el interés público, la acción únicamente puede ser iniciada por la víctima y representantes o causahabientes, que así pueden mantener en secreto hechos que rozan su pudor (como en el caso de la violación), pero en los cuales, una vez iniciada la acción, la persecución del delito continúa de oficio, aun contra la voluntad de la parte perjudicada. Dentro del procedimiento

criminal, el perjudicado por el hecho delictuoso puede ejercitar la acción civil emergente del delito.¹²⁸

Como Acción Civil debe entenderse: la que se ejercita mediante la interposición

de la correspondiente demanda ante los jueces de esta jurisdicción, a efectos de reclamar el derecho de que el accionante se cree asistido.¹²⁹ Lógicamente este concepto tiene clara referencia a la acción en la rama civil del derecho.

Para la definición de Acción Civil Emergente del Delito, el autor Guillermo Cabanellas de Las Cuevas, nos remite a la definición de la acción penal, en la que brevemente enuncia o hace alusión a la acción civil.

Sin embargo, en una breve definición podemos decir que, la acción civil derivada de un delito, es la facultad otorgada por ley a la persona que afectada y por ello asumida su condición de ofendido o víctima, para generar y ejercer el reclamo de los daños y perjuicios causados por el evento delictivo al que fue sometida o por cuya ejecución se le afectó en los bienes jurídicos que la ley le protege, para con aquel responsable de su ejecución¹³⁰.

Responsabilidad Criminal: La aneja a un acto u omisión penado por la ley y realizado para persona imputable, culpable o carente de excusa voluntaria. Se traduce en la aplicación de una pena (Dic. Der.Usual). Suele llevar consigo, de haber ocasionado daños o perjuicios, la responsabilidad civil (v.) que sea pertinente.¹³¹

¹²⁸ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 34ª Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de Las Cuevas*, (Editorial Heliasta, 2006), 39

¹²⁹ Ibid. 35

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid. 847

Responsabilidad Civil: La que lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o por tercero, por el que debe responderse.¹³²

Responsabilidad: Para la academia, deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí solo o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal...considerado el tema desde el punto de vista del derecho penal, la responsabilidad por él creada es la que se desprende de la ejecución de los actos penalmente sancionables y que tiene dos manifestaciones: la que recae en la persona del autor del delito y que puede afectar su vida, donde la pena de muerte subsiste, su libertad, su capacidad civil o patrimonio, y la que civilmente recae sobre el propio autor de la infracción, por vía de reparación del agravio material o moral que haya causado.¹³³

...Penalmente, la responsabilidad de los autores se extiende a los instigadores, y solo desaparece por la existencia de alguna excusa absolutoria, alguna causa de inimputabilidad o alguna circunstancia eximente, o disminuida en lo que se refiere a la índole o la cuantía de la pena si en el hecho concurren las circunstancias de atenuación previstas por la ley.¹³⁴

Aclarados los anteriores conceptos, debe indicarse que el ordenamiento jurídico Salvadoreño establece que, la ejecución de un hecho descrito en la ley como delito o falta, origina obligación civil en los términos del Código Penal, conforme al art. 114 del referido texto legal.¹³⁵

Como consecuencias civiles del delito, declaradas en sentencia, deben comprender:

¹³² Ibid.

¹³³ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 845-846

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Código Penal, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) Art. 144

La restitución de las cosas obtenidas como consecuencia de la realización del hecho punible o en su defecto, el pago del respectivo valor.

La reparación del daño que se haya causado.

La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales; y

Las Costas Procesales.¹³⁶

3.2. DEFINICIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA Y SU REGULACIÓN.

SOCIEDAD ANÓNIMA: Simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera, que no tiene razón social, ni se designa por el nombre de los socios, aunque ello pueda hacerse, añadiéndose la expresión sociedad anónima o sus iniciales S.A. Los socios responden únicamente por la cuota determinada que hayan suscrito y que está representada por títulos denominados acciones, que pueden tener distintas características. La administración y fiscalización estarán respectivamente a cargo de uno o más directores y síndicos, nombrados por la asamblea general. Para determinados aspectos las sociedades anónimas están sometidas a la fiscalización de la autoridad estatal.

Las asambleas generales serán ordinarias y extraordinarias y sus resoluciones se adoptarán siempre por la mayoría de los votos presentes, salvo que los estatutos exigieren mayor número.¹³⁷

La sociedad anónima-dice la ley-, es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones. Se destacan en la disposición transcrita, los dos principios

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 898

fundamentales de la sociedad anónima, o sea la no responsabilidad de los socios por los negocios sociales y la división del capital social en acciones.¹³⁸

En una breve definición, podemos decir que las Sociedades Anónimas son: El ente jurídico resultante de un acuerdo de voluntades entre quienes van a constituirse como socios, que pueden ser dos o más personas naturales, que estipulan poner en común bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí, los beneficios que provengan de los negocios a los que van a dedicarse y que al constituirse mediante el otorgamiento de la correspondiente Escritura Pública, con los requisitos de ley y su inscripción en el registro de Comercio, gozarán de personería jurídica, dentro de los límites que imponga su finalidad, considerándose independientes de los socios que las integran; en ella las aportaciones de los socios se realizan mediante títulos nominativos denominados acciones y su denominación no ha de indicar el nombre de las personas que la integran, sino un nombre de su elección, agregando a continuación la abreviatura S.A.

En otra acepción: La sociedad anónima es una figura jurídica, cuya naturaleza responde a las necesidades del tráfico comercial. Esta figura permite reunir capitales para la obtención de objetivos específicos que se adapten al comercio actual. La sociedad anónima puede definirse como aquella figura jurídica capitalista, cuya gestión se lleva a cabo bajo una denominación social y cuyo capital se encuentra dividido por acciones; este capital resulta independiente del patrimonio de sus socios, por lo que los mismos sólo son responsables por sus aportaciones. La independencia de capitales y la limitación de la responsabilidad resultan características trascendentales en el giro comercial de la actualidad.

¹³⁸ Raúl Cervantes Ahumada, *Derecho Mercantil, Primer Curso*, 4ª edición, (México: Editorial Porrúa, 2007) 85

JOAQUIN GARRIGUES señala como concepto doctrinal de la sociedad anónima, “aquella sociedad capitalista que, teniendo un capital propio dividido en acciones, funciona bajo el principio de responsabilidad limitada de los socios por sus deudas sociales”.¹³⁹

En la sociedad anónima, el capital social estará dividido en acciones y los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones, puede decirse que la sociedad anónima es el tipo de sociedad mercantil, cuyo capital está dividido en acciones y en la que únicamente responde su patrimonio del cumplimiento de las deudas sociales.¹⁴⁰

Entonces podemos decir que entre las principales características de las sociedades anónimas tenemos:

- 1) La división del capital social por acciones;
- 2) La formación del capital social por medio de las aportaciones de los socios;
- 3) La separación del capital social del personal.

REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS:

Como dato relevante debe indicarse que la Constitución de la República de El Salvador, establece en el artículo 7, el derecho de los habitantes de asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito.¹⁴¹

¹³⁹ Joaquín Garrigues, “Formas Sociales de Uniones de Empresas”, *Revista de derecho mercantil*, n.17, (1947): 114

¹⁴⁰ Gerardo Ávila, *Legislación Mercantil*, (San José: Editorial Técnica Comercial, S.A.) 32

¹⁴¹ Constitución de la República. (El Salvador: Asamblea Constituyente, diciembre 1983) art.7.

Del referido derecho fundamental, surge el derecho de asociarse libremente para constituir una sociedad mercantil, con fines lícitos y por ello debemos remitirnos a su regulación en el Código de Comercio, del que mencionaremos lo que dispone esencialmente y de importancia para este trabajo.

Es así que la regulación de las sociedades anónimas, comienza en el Código de Comercio, a partir del TITULO II, Comerciante Social, Capítulo I, Disposiciones Generales. En la que se indica, son comerciantes sociales:

Todas las sociedades independientemente de los fines que persiguen.¹⁴²

Posteriormente realiza la clasificación de sociedades de personas y sociedades de capitales, reconociendo que ambas clases pueden ser de capital variable. Dentro de esa clasificación se encuentran las de capital y a su vez las sociedades anónimas.¹⁴³ Ellas al igual que cualquier otra sociedad se constituyen, modifican, transforman, fusionan y liquidan por el otorgamiento de la correspondiente Escritura Pública.¹⁴⁴

En la misma secuencia anterior, se fijan los requisitos formales a contener por la Escritura Pública de Constitución de la sociedad y además fija la obligación que el instrumento deberá contener los requisitos especiales que para cada clase de sociedad establezca el Código de Comercio.¹⁴⁵

Posteriormente se establece que los estatutos de la sociedad desarrollarán los derechos y obligaciones que existen entre ellas y sus socios, fundamentándose en las cláusulas del pacto social, las que no podrán contradecirse de ninguna manera.¹⁴⁶

¹⁴² Código de Comercio. (El Salvador: Asamblea Legislativa, mayo de 1970) Art. 17

¹⁴³ *Ibíd.* Art. 21

¹⁴⁴ *Ibíd.* Art. 22

¹⁴⁶ Código de Comercio. (El Salvador: Asamblea Legislativa, mayo de 1970) Art. 23

En el mismo texto legal se dispone que, corresponde a la junta general extraordinaria de la sociedad decretar los estatutos y la obligación que aparezcan en el acta de la sesión en que fueron aprobados, debiendo depositarse en el registro de Comercio, una certificación del acta de la sesión en que se aprueben y aparezcan los estatutos, además de entregarse una copia de los estatutos a cada socio, la que podrá ser reproducida por cualquier medio y en la que se deberá establecer el número de depósito en el registro.¹⁴⁷

Deben inscribirse en el registro de Comercio las escrituras de constitución, modificación, transformación, fusión y liquidación de sociedades, lo mismo que las certificaciones de las sentencias ejecutoriadas que contengan disolución o liquidación judiciales de alguna sociedad.

La personalidad jurídica de las sociedades se perfeccionará y se extinguirá por la inscripción en el registro de comercio de los documentos respectivos. Dichas inscripciones determinarán frente a terceros, las facultades de los representantes y administradores de las sociedades, de acuerdo con su contenido.

El capital social está representado por la suma del valor establecido en la escritura social para las aportaciones prometidas por los socios. Figura del lado pasivo del balance, de modo que en el patrimonio debe existir un conjunto de bienes de igual valor, por lo menos al monto del capital.¹⁴⁸

Los socios deberán realizar las aportaciones al momento de otorgarse la escritura social o en la época y forma estipuladas en la misma.¹⁴⁹

El nuevo socio de una sociedad responde, según la forma de ésta, de todas las obligaciones sociales contraídas antes de su admisión, aun cuando se

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.* Art. 29

¹⁴⁹ *Ibíd.* Art. 33

modifique la razón o denominación social. El pacto en contrario no surtirá efecto en perjuicio de terceros.¹⁵⁰

A partir del capítulo VIII, hasta el Capítulo XI, del Código de Comercio, se regula lo relativo a las Sociedades Anónimas, indicando entre lo más importante, lo siguiente:

Se constituyen bajo denominación, la que se forma de manera libre sin más limitación que la de ser distinta de cualquiera otra sociedad existente e irá inmediatamente seguida de las palabras “sociedad anónima” o de su abreviatura “S.A.” La omisión de este requisito acarrea responsabilidad ilimitada y solidaria para los accionistas y administradores.¹⁵¹

La constitución de las sociedades anónimas, requiere como requisitos: Que el capital social no sea menor de dos mil dólares de los Estados Unidos de América y que esté íntegramente suscrito;

Que se pague en dinero en efectivo cuando menos, el cinco por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario.

Que se satisfaga íntegramente el valor de cada acción, cuando su pago haya de efectuarse en todo o en parte, con bienes distintos del dinero.¹⁵²

Además de los requisitos anteriores. La sociedad anónima debe constituirse por escritura pública, que se otorgará sin más trámites cuando se efectúe por fundación simultánea; o después de llenar las formalidades establecidas por esta sección, si el capital se forma por suscripción sucesiva o pública. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 25 del Código de Comercio.¹⁵³

¹⁵⁰ Código de Comercio. (El Salvador: Asamblea Legislativa, mayo de 1970) Art. 34

¹⁵¹ *Ibíd.* Art. 191

¹⁵² *Ibíd.* Art. 192

¹⁵³ *Ibíd.* Art. 193

Además de los requisitos exigidos en el art. 22 del Código de Comercio, la sociedad anónima deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) La suscripción de las acciones, con indicación del monto que se haya pagado del capital;
- 2) La manera y plazo en que deberá pagarse la parte insoluta del capital suscrito, lo cual no podrá exceder de un año a partir de la fecha de inscripción de la escritura de constitución en el Registro de Comercio;
- 3) El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social;
- 4) En su caso, la determinación de los derechos, prerrogativas y limitaciones en materia de acciones preferidas.
- 5) Todo lo relativo a otros títulos de representación, si se pacta la existencia de ellos;
- 6) La facultad de los accionistas para suscribir cualesquiera aportaciones suplementarias o aumentos de capital;
- 7) La forma en que deban elegirse las personas que habrán de ejercer la administración y la auditoría, el tiempo que deban durar en sus funciones y la manera de proveer las vacantes;
- 8) Los plazos y forma de convocatoria y celebración de las juntas generales ordinarias; y los casos y el modo de convocar y celebrar las extraordinarias;
- 9) El nombre completo, profesión u oficio, domicilio y nacionalidad de las personas que ocuparán los cargos del órgano de administración.

La omisión de los referidos requisitos produce nulidad de la escritura de constitución.

Cuando la sociedad anónima haya de constituirse por fundación simultánea, las aportaciones en efectivo se harán por medio de cheque certificado, cheque

de caja o de gerencia, librados contra un banco autorizado por la Superintendencia del Sistema Financiero para operar en el país.

Las sociedades anónimas también pueden constituirse por suscripción pública, para ello los fundadores deberán presentar a la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, un programa con el proyecto de escritura social que debe reunir los requisitos mencionados en el art. 194 del Código de Comercio, con excepción de los que, por la propia naturaleza de la fundación sucesiva, no puedan consignarse en el programa. Los encargados de dicha oficina estatal antes de aprobar o no el programa, deberán cerciorarse de la suscripción total del capital previsto.¹⁵⁴

son fundadores de una sociedad anónima: los firmantes del programa, si la sociedad se constituyó en forma sucesiva o pública; los otorgantes de la escritura de constitución de la sociedad, si ésta se constituyó en forma simultánea.¹⁵⁵

3.2.1. ORGANISMOS DE ADMINISTRACIÓN DENTRO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

Los órganos de la Corporación: Llámense órganos de las personas jurídicas las personas naturales o el conjunto de personas naturales por medio de quienes obra o despliega su actividad la persona jurídica. En ellos reside la voluntad de ésta, pueden ser la Asamblea de socios, administradores, directorio, presidente de la corporación.

Cuántos y cuáles son los órganos de la corporación, es un punto que depende de los estatutos y reglas jurídicas que presiden su organización.

¹⁵⁴ Código de Comercio. (El Salvador: Asamblea Legislativa, mayo de 1970) Art. 137

¹⁵⁵ *Ibíd.*

El autor alemán Von Tuhr, expresa que toda corporación requiere necesariamente dos órganos: la asamblea de asociados y la junta directiva; pudiendo prescribir los estatutos órganos especiales de gestión.

La asamblea ha sido definida como la reunión de los miembros de las personas jurídicas de tipo corporativo, regularmente convocados y constituida en órgano deliberante con sujeción a las normas estatutarias. Es la autoridad suprema de la persona jurídica que decide de todos aquellos asuntos que no se hallen encomendados especialmente a otros órganos, siendo sus funciones principales nombrar a la junta directiva, destituir la y darle instrucciones.

La asamblea ha sido definida como la reunión de los miembros de las personas jurídicas de tipo corporativo, regularmente convocados y constituida en órgano deliberante con sujeción a las normas estatutarias. Es la autoridad suprema de la persona jurídica que decide de todos aquellos asuntos que no se hallen encomendados especialmente a otros órganos, siendo sus funciones principales nombrar a la junta directiva, destituir la y darle instrucciones.

La junta directiva es el órgano ejecutivo de la corporación y puede ser unipersonal, es decir confiado a una sola persona o colegiado.¹⁵⁶

JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS.

El organismo supremo dentro de las sociedades anónimas lo constituye la junta general de accionistas, legalmente convocados y reunidos y su competencia esta circunscrita a facultades que la ley o los estatutos no atribuyan a otro órgano de la sociedad y las designadas en los arts. 223 y 224 del Código de Comercio.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil, redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H. Tomo I, Volumen II, parte General* (Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1962), 310

¹⁵⁷ Código de Comercio, (El Salvador: Asamblea Legislativa, mayo 1970) Art. 220.

Las juntas generales de accionistas son ordinarias o extraordinarias.¹⁵⁸

Las juntas generales ordinarias, son las que se reúnen para tratar cualquier asunto que no sea de los enumerados en el art.224 del Código de Comercio.¹⁵⁹

Las juntas generales extraordinarias se reúnen para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

- 1) Modificación del pacto social;
- 2) Emisión de obligaciones negociables o bonos;
- 3) Amortización de acciones con recursos de la propia sociedad y emisión de certificados de goce;
- 4) Los demás asuntos que de conformidad con la ley o el pacto social deban ser conocidos en junta general extraordinaria.¹⁶⁰

Conforme a lo anterior debemos concluir que cualquier otro asunto que no sea de competencia de las juntas generales extraordinarias, lo será de las juntas ordinarias.

DIRECTORES.

La administración de las sociedades anónimas estará a cargo de uno o varios directores que podrán ser o no accionistas. Estos serán elegidos por la junta general, salvo que el pacto social establezca que lo serán por juntas especiales representativas de las distintas categorías de acciones.¹⁶¹

Dichos directores ejercerán sus cargos por tiempo fijo, salvo revocación del nombramiento acordada por la junta general ordinaria; el plazo de su ejercicio

¹⁵⁸ *Ibíd.* Art. 222

¹⁵⁹ *Ibíd.* Art. 223

¹⁶⁰ Código de Comercio, (El Salvador: Asamblea Legislativa, mayo 1970) Art. 220

¹⁶¹ *Ibíd.* Art. 254

será determinado por el pacto social, pero no puede ser mayor de siete años, pueden ser reelegidos a menos que exista pacto expreso en contrario.¹⁶²

JUNTA DIRECTIVA.

Esto ocurre cuando la administración de la sociedad se encomiende a varias personas, entonces debe constituirse una junta directiva. Si el número de directores excediere de dos, se confiará a uno de ellos el cargo de presidente y que en caso de la toma de decisiones trascendentes para la sociedad y de ocurrir un empate al votar decidirá con voto de calidad.¹⁶³

La junta directiva celebrará sesión válida con la asistencia de la mayoría de sus miembros y tomará sus resoluciones por mayoría de votos de los presentes.¹⁶⁴

Para el desempeño del cargo de director, el pacto social puede establecer que los directores presten garantía que en el mismo se determine, para asegurar las responsabilidades que pudieren contraer en el desempeño de su cargo. Los mismos no podrán tomar posesión de su cargo mientras no hayan rendido esta garantía. Los infractores de la anterior regla responderán ilimitada y solidariamente con la sociedad de las operaciones que hubieren realizado.¹⁶⁵

Representación Legal y Uso De La Firma Social.

La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponden al director único o al presidente de la junta directiva, en su caso. La sociedad misma puede a través de su pacto social decidir que se confíen estas atribuciones a cualquiera de los directores que determine o a un gerente nombrado por la junta directiva. La representación judicial de la sociedad

¹⁶² *Ibíd.* Art. 255

¹⁶³ *Ibíd.* Art. 256

¹⁶⁴ *Ibíd.* Art. 258

¹⁶⁵ Código de Comercio, (El Salvador: Asamblea Legislativa, mayo 1970) Art. 259

también podrá recaer en aquella persona que nombre el director único o la junta directiva, en su caso, esa representación debe confiarse a persona con facultades de ejercer la procuración, y por igual período del órgano que lo nombre. Esta representación no tendrá más límites que los consignados en la credencial respectiva; dicho nombramiento debe inscribirse en el Registro de Comercio para que tenga efectos frente a terceros.¹⁶⁶

También existe la posibilidad que la junta directiva delegue sus facultades de administración y representación en uno de los directores o en comisiones que designe de entre sus miembros, quienes deben ajustarse a las instrucciones que reciban y dar periódicamente cuenta de su gestión.¹⁶⁷

Administrador Suplente.

La junta general también tiene la obligación de designar al menos un administrador suplente, cuando realiza la elección de un administrador o administradores de la sociedad.¹⁶⁸

Los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones, aun cuando hubiese concluido el plazo para el que fueron designados, mientras no se elijan los sustitutos y los nuevamente nombrados no tomen posesión de su cargo. No obstante, lo anterior la Junta General Ordinaria tendrá la obligación de hacer el nuevo nombramiento de sus administradores a más tardar dentro del plazo de seis meses de vencido el período de funciones de los anteriores administradores. La falta de cumplimiento de esta obligación, hará incurrir a los socios o accionistas frente a terceros en responsabilidad personal solidaria e ilimitada por las obligaciones que la sociedad contraiga con estos.¹⁶⁹

¹⁶⁶ *Ibíd.* Art. 250

¹⁶⁷ *Ibíd.* Art. 261

¹⁶⁸ *Ibíd.* Art. 264

¹⁶⁹ Código de Comercio, (El Salvador: Asamblea Legislativa, mayo 1970) Art. 265

3.2.2. EL ACTUAR POR OTRO.

Desde Von Liszt, hasta nuestros días existe cierto consenso en la doctrina especializada en afirmar que el derecho penal es el conjunto de preceptos jurídicos establecidos por el Estado que asocian al delito como hecho, una pena como consecuencia legítima. Puede afirmarse entonces, que el derecho penal nace como un instrumento para proteger las instituciones básicas del Estado y los intereses prioritarios de los ciudadanos, asegurando ciertas reglas básicas de convivencia sin las cuales resultaría imposible la vida en comunidad.

El derecho penal empresarial no puede explicarse exhaustivamente, ni de modo sistemático sin su vinculación intrínseca con la función que a la pena se asigne en este ámbito particular. Función ésta que, por otra parte, debe ser coherente, aunque con ciertos matices, con la función que a la pena se le otorgue en el marco general del sistema punitivo tradicional. Ciertas características propias del delito empresarial actuarán como correctores de la función tradicional de la pena. Las especiales condiciones y cualidades de autoría de los sujetos destinatarios de deberes y obligaciones especiales legitiman su prioritario encuadre dentro de una concepción de prevención general positiva por sobre perspectivas propias de una prevención especial con miras a la resocialización de sus responsables.

Al respecto y desde una óptica preventivo general, el propio Schünemann señala: puede ser que, en los delitos cometidos espontáneamente, como enseña la investigación criminológica, no se consigna gran cosa con el agravamiento de la pena, pero existen razones de peso y en mi opinión, las mejores razones para que rija algo distinto en el sector de la criminalidad económica, planteando según cálculos de utilidad- coste y por ello

racionalmente calculado, en tanto que sólo el riesgo a ser descubierto no puede ser descuidado por el autor.¹⁷⁰

Si el delincuente no es en alguna medida racional, la prevención por normas carece de sentido y sólo queda la prevención técnica, así como la prevención especial por tratamiento o inocuización.

Con palabras de Silva Sánchez “no es razonable conminar con disutilidades a quien no incluye el cálculo de las mismas en su toma de decisiones.” Es en este contexto que debe enmarcarse la problemática político criminal de la actuación en lugar de otro. En dicho ámbito resulta imposible a la luz de los principios tradicionales de legalidad, culpabilidad y prohibición de interpretación analógica, asignar consecuencias jurídico penales a las empresas por tratarse de entes de existencia ideal o como algunos denominan de existencia moral, incapaces por sí mismas, de motivarse en la normativa especial, se ve necesitado entonces de recurrir a seleccionar a determinados sujetos que, precisamente por actuar en nombre e interés de la entidad de existencia ideal, si están en condiciones de motivarse en la normativa y dirigir sus acciones en consecuencia¹⁷¹.

Desde tiempos de Aristóteles, la cuestión de la conciencia y voluntad están presentes en la problemática de imputación. Aristóteles llama voluntario aquello que: “Alguno hace entre las cosas que dependen de él, con conciencia y sin ignorar a quién, ni con qué, ni porqué; por ejemplo, a quién hiere, con qué y porqué motivo.”

Entonces en el ámbito de la criminalidad de empresa, quienes aparecen enumerados a modo de catálogo de sujetos activos en las diversas cláusulas

¹⁷⁰ Juan María Rodríguez Estévez, *Riesgo Penal Para Directivos de Empresa, Atribución de Responsabilidad Penal*, (Editorial B de F, 2016), 45-46

¹⁷¹ *Ibíd.*

de actuación en lugar de otro serán investidos de una posición de garantía legal para la tutela de ámbitos especiales de organización.¹⁷² La doctrina penal contemporánea es unánime en reconocer que la figura jurídico penal del actuar en lugar de otro sirve para cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales cometidos tanto por representantes de personas jurídicas, como naturales. En definitiva, el actuar en lugar de otro fue una respuesta necesaria ante los vacíos de punibilidad que se presentaban por la irresponsabilidad de las personas jurídicas y lógicamente por la actuación de sus órganos o representantes y ello era así también debido al estricto respeto al principio de legalidad en la aplicación de la justicia penal, lo que conllevaba a la impunidad en delitos especiales realizados por los órganos de representación de empresas. En estos casos los elementos del tipo no podían verificarse plenamente en un único sujeto de imputación, sino que se repartían entre la persona jurídica y un miembro de la misma, que generalmente actuaba bajo mandato o dirección de un superior dentro de la estructura organizativa de la empresa; en ese orden el estatus personal que fundamentaba el delito especial recaía sobre la persona jurídica y era su órgano o representante o inclusive un miembro inferior en la cadena de mando quien realizaba la conducta prohibida; es entonces en ese orden que la persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva, pues no tiene capacidad de acción, conciencia, ni existencia real, sino ideal, y sus órganos, representantes o empleados tampoco podían ser sancionados por no poseer los elementos esenciales de autoría exigidos por el tipo penal aplicable al caso generalmente.¹⁷³

¹⁷² *Ibíd.* 74

¹⁷³ Winfred Hassemer, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico." *Revista Doctrina Penal*, n. 46-47 (1989): 275-285. Señala que la dañosidad de los delitos económicos está relacionado con su eventual desajuste al modelo económico imperante, de ahí la imperiosa necesidad de desarrollar nuevas técnicas para lidiar con estos delitos.

En el actuar por otro, el problema entonces radica en tres puntos, la primera objeción se orienta a la atribución de responsabilidad del representante frente a la inactividad del representado, si tomamos en cuenta que el representado puede tener conocimiento de la actividad que realiza el representante, pero si se coloca en caso contrario en el que el representado tenía conocimiento de las actuaciones del representante, estaría incompleta la cláusula del art. 38 del Código Penal¹⁷⁴ Salvadoreño, pues exonera al representado de toda responsabilidad penal, si se sigue esta doctrina acarrearía que el actuar por otro sea una forma de responsabilidad por el hecho ajeno, que el actuar por otro, tal y como ésta redactado en el Código Penal, no tiene suficiente alcance para la variedad de formas de cometer delitos mediante una persona jurídica, no trata de aquellos casos en los cuales el sujeto representante está obligado a conocer de determinada actividad dentro de la persona jurídica, pero por culpa omite conocer de las actividades ilícitas que pueden estarse desarrollando, casos de ignorancia deliberada,¹⁷⁵ o cuando el representante no es más que un dependiente (art. 378 Com.)¹⁷⁶ cubierto con el puesto de representante, pero se limita a obedecer órdenes de los accionistas mayoritarios, desde este punto de vista la cláusula de actuar por otro debe ser complementada con la doctrina.

Es entonces en este contexto donde surge la estimación sobre los delitos especiales propios y es en ellos que quien asume la posición concreta que fundamenta el delito especial también puede ser considerado destinatario de

¹⁷⁴ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa), Art. 38

¹⁷⁵ Mirentxu Concoy Bidasolo, *Manual de Derecho Penal, económico y de la empresa, parte general y parte especial, Tomo II*, (España: Tirant Lo Blanch, 2016), 92-97. “Se concibe como un conocimiento eventual del injusto, paralelo al dolo eventual”, se parte de la idea que el empresario conoce, por su situación, aspectos técnicos que pueden ser de naturaleza contable, medioambiental, riesgo laboral, conocimientos que se fundamentan en la presunción de que cuenta con asesores y que, en consecuencia, aun cuando carezca de capacidad sobre esa materia, a partir del asesoramiento, adquieren un conocimiento suficiente desde la perspectiva penal, que sería denominado “conocimiento en la esfera del profano.”

¹⁷⁶ Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa), Art. 378

la norma, siempre y cuando exista un tipo penal que determine las circunstancias que convierten a estos sujetos en destinatarios del mandato.

En el ámbito de las cláusulas de actuación en nombre de otro, éstas operan como cláusulas que, al salvaguardar el principio de legalidad, tienen pleno impacto en la función de la pena, en la medida en que constituyen estándares de motivación para sus destinatarios de modo coherente con la función preventivo- general positiva. Los sujetos allí enumerados asumen una posición de garante frente a los riesgos propios- penalmente relevantes- que se producen en el marco de diversas y específicas áreas del orden jurídico empresarial; a título enunciativo, cabe mencionar el régimen penal tributario, la tutela penal del medio ambiente y la legislación sobre riesgos del trabajo, entre otros supuestos.

Estos sujetos, que generalmente actúan en el marco de una actividad organizativa de dominio de un tercero, por lo general el titular del negocio o dueño de la actividad principal, son impuestos por ley mediante cláusulas de actuación en nombre de otro de un deber especial de garantes, con lo cual sus infracciones se transforman en delitos especiales propios y, por ende, en la terminología de Roxin, en supuestos típicos de infracción de deber¹⁷⁷ lo relevante es el vínculo normativo no ya entre las partes de la relación empresarial, sino entre el titular del deber de garantía y el Estado que aparece investido de la potestad punitiva de asegurar la vigencia normativa en el caso concreto.

García Caveró al referirse al rol especial en los delitos de infracción de un deber señala: “También aquí la libertad juega un papel de causa originaria en la atribución del status, una persona asume voluntariamente, al menos en su

¹⁷⁷ Rodríguez Estévez, *Riesgo Penal Para Directivos de Empresa, Atribución de Responsabilidad Penal*, 47

origen, un rol específico de esposo, de padre, de administrador, pero la libertad no se extiende a la configuración de los deberes específicos que conlleva, como sí ocurre en la esfera de organización de los delitos de dominio, sino que ésta es determinada por la sociedad.”

En este marco de la imputación normativa, no ya naturalística u ontológica, el denominado garante se presenta como un sujeto individual que ha asumido el compromiso específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados. Entonces puede afirmarse, con cierta racionalidad y coherencia sistemática, que el derecho penal empresario se encarga de reestablecer de manera contrafáctica la vigencia de una norma que, al ser infringida, ha defraudado expectativas de confianza que exigían a sus destinatarios-garantes- mantener bajo control efectivo y real determinados riesgos penalmente asegurados que resultaron desbordados.¹⁷⁸

NOCIÓN DEL ACTUAR POR OTRO:

El actuar por otro o actuar en lugar de otro o actuación en nombre de otro; o actuar por otra persona es la realización de la conducta punible descrita en el tipo penal de delito especial por el extraneus que ha entrado en la misma relación con el bien jurídico respectivo que tiene el intraneus, al actuar como representante autorizado o de hecho de una persona jurídica o de un ente colectivo sin tal atributo; o como representante legal o voluntario de una persona natural.¹⁷⁹

ELEMENTOS DEL ACTUAR POR OTRO:

¹⁷⁸ *Ibíd.* 48-49

¹⁷⁹ Alberto Suarez Sánchez, “La autoría en el actuar por otro en el derecho penal colombiano”, *Revista de derecho penal y criminología*, Vol. 25, n. 75 (2004): 173
Dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=5319343

Constituyen elementos del actuar por otro:

- 1) La realización como autor de conducta punible descrita en el tipo penal especial por quien carece de las cualidades personales exigidas respecto del sujeto activo.¹⁸⁰
- 2) La disociación de los elementos del tipo, los cuales concurren en el sujeto representado y el representante.¹⁸¹
- 3) La realización de la conducta típica como miembro u órgano de representación o representante legal o voluntario de quien posee las cualidades exigidas para el sujeto activo del delito especial.¹⁸²
- 4) La equivalencia del actuar del extraneus¹⁸³ al del intraneus, que le otorga a aquel el dominio de la protección de la vulnerabilidad del bien jurídico, al asumir funciones sociales que dan lugar a deberes de garantía, mediante un acto de representación.

La cláusula del actuar por otro es la disposición establecida en la parte general o en la especial del Código Penal o en leyes penales especiales, aplicable a delitos especiales para extender el tipo penal al extraneus que realice directamente la conducta descrita en el respectivo tipo como representante del

¹⁸⁰ Luis Ramos Ruíz Rodríguez, *Protección Penal en el mercado de Valores infidelidad en la gestión de patrimonios*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997), 117. “Del contenido de este artículo es evitar que queden impunes aquellos sujetos en quienes no concurren los requisitos típicos que convierte en un delito especial propio, siendo realmente los autores materiales del mismo.”

¹⁸¹ *Ibíd.* 117.

¹⁸² Bustos Hormazabal, *Manual de Derecho Penal Parte General, Volumen II*, (Valladolid: Tirant Lo Blanch, 1999), 274. “Hay que atender la relación interna de carácter formal que existe entre el representante que actúa y la persona jurídica en quien concurre la especial condición de autoría, sobre la base de ello, se considera que por efecto de la representación se transfiere al representante, a modo de mandato civil, las características especiales de autoría que en principio incumbían al representado.”

¹⁸³ García Caveró, “La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa”, 373

intraneus. Se trata de una causa de extensión del tipo o de la punibilidad o de una forma de autoría y se aplica al extraneus y no al intraneus.¹⁸⁴

FINALIDAD DE LA CLÁUSULA DEL ACTUAR POR OTRO:

El fin de la cláusula del actuar por otro es estructurar una técnica de imputación de delito especial a quienes son sus verdaderos realizadores, aunque no tengan la calidad exigida por el tipo penal para el sujeto activo, la cual, si concurre en el representado, imputación que se hace de un hecho propio y no de uno ajeno, que da lugar a una responsabilidad propia y no por el hecho del otro.

La Sala de lo Penal de La Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha mencionado en resoluciones la finalidad de la cláusula del actuar por otro:

“El mencionar que la razón que llevó a los legisladores a incorporar la figura jurídica del “Actuar por otro” en el Código Penal, fue eliminar los espacios de impunidad en los que el actuante bajo el cobijo de la gestión ajena cometía o participaba en un hecho delictivo (dependiendo del rol que le correspondería al suplido en el evento criminal), que no le era reprochable penalmente por haber cometido el acto en nombre de otro; de manera que en virtud de la cláusula en cita, el actuante responde personalmente por la acción u omisión típica que desplegó en el evento criminal, aunque no esté revestido de las condiciones, cualidades o relaciones del suplido, necesarias para tenerle como sujeto activo del delito.”¹⁸⁵

Por medio de la referida cláusula se pretende evitar la impunidad del extraneus en el delito especial. Dicha cláusula evita desde el punto de vista político criminal y dogmático la impunidad de la conducta típica de delito especial

¹⁸⁴ Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, 167.

¹⁸⁵ Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva, referencia: 22CAS2015*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016)

realizada por persona natural bajo la égida de la jurídica de ente colectivo sin personalidad jurídica o en representación de la persona natural, cuyo precepto no se le puede aplicar como autora por no reunir la cualificación señalada para el sujeto activo; ante la carencia de la cláusula solo puede adecuarse la conducta del autor en delito común.¹⁸⁶

En una representación contractual o legal, sin la cláusula del actuar por otro no podría responsabilizarse penalmente a los representantes, como ejemplo en una representación contractual como la existente en una sociedad de comandita simple, donde los socios comanditarios responderían por actos delictivos ejecutados en nombre de la sociedad, como la competencia desleal (art. 238 C. Pn.) excluyéndose a los socios comanditados por no ser quienes ejercen la representación de la sociedad (art. 96 Código de Comercio) o en casos de representación legal donde por disposición expresa del Código de Familia, los padres representan y administran los bienes de los hijos, (art. 226 C. de F.), sin el ejercicio de esta representación y administración, los padres cometieren un delito como la quiebra dolosa (art. 242 C. Pn.)¹⁸⁷, de una empresa perteneciente a sus hijos, serían los padres quienes responderían penalmente y no los hijos.

Entonces, con dicha cláusula se impide que la persona natural escude su responsabilidad en la entidad o persona natural en cuya representación obra o la proyecte hacia ésta y se logra que quien en principio es extraneus frente a cierto delito especial sea tenido como intraneus y autor del mismo, para evitar la impunidad de la conducta delictiva realizada como miembro u órgano de representación de persona jurídica o natural.¹⁸⁸ Por ello puede decirse que dicha cláusula no ataca ni defiende el principio de “societas delinquere non

¹⁸⁶ Hans Henrich Jesecheck, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, (Barcelona: Editorial Bosch, 1981), 303

¹⁸⁷ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa), Art. 242

¹⁸⁸ Hans Henrich Jesecheck, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, 303

potest”, los casos más numerosos de actuar por otro son aquellos en los cuales “el otro por quien se actúa es una persona jurídica.”¹⁸⁹ El referido principio ha cerrado las puertas a las sanciones penales para la persona jurídica. Este principio de aceptación en la legislación y la doctrina, no admite que la persona jurídica delinca, con el argumento de que es incapaz de acción jurídico- penal, culpabilidad y pena. En efecto, si la acción es el ejercicio de una actividad final con dirección a un resultado determinado y la omisión es la voluntaria no realización de una acción debida cuando se tiene la concreta posibilidad de realizarla, debe negársele a la persona jurídica la capacidad para ser sujeto activo del delito, por incapacidad de acción, al carecer de voluntad en el sentido del Derecho Penal y obvio por incapacidad de culpabilidad y pena.¹⁹⁰

EL ACTUAR POR OTRO COMO COBERTOR DE LAGUNAS DE PUNIBILIDAD.

El art. 38 del Código Penal indica: “El que actuare como directivo, representante legal o administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare. En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial. No obstante, lo anterior, en el caso

¹⁸⁹ Claudia Lorena Hernández Martínez, “El sujeto activo del delito de Evasión de Impuestos como Resultado de la Determinación Normativa del sujeto obligado frente a la Administración Tributaria” (Tesis de maestría, Universidad de El Salvador, 2019), 125

¹⁹⁰ Octavio de Toledo, *Las Actuaciones en nombre de otro*, (España: Editorial ADPCP, 1984), 50. “Hay autores que consideran que el finalismo de la acción no es el criterio adecuado, sino la acción funcional como la evitabilidad del resultado, así piensa Toledo, cuando dice: “El criterio según el cual el criterio definitorio de la responsabilidad penal por actuaciones en nombre de otro, hay un reconocimiento de la posición de garante, de las personas físicas indicadas como titulares de tal responsabilidad, se detecta en él la idea que no se castiga la actividad de la persona física, cuando la omisión consiste en no haber impedido la marcha de la persona jurídica en una determinada dirección”

de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el art. 118 de este código.¹⁹¹

El dispositivo amplificador del tipo que el Código Penal señala en el referido art. 38, tiene como finalidad acabar con los casos de impunidad en los que el sujeto representante no reunía determinados elementos especiales que requería el tipo del delito especial y en consecuencia no podía ser sancionado, sobre ello la doctrina indica: “Del mismo modo, la persona jurídica representada no podía ser sancionada por reconocerse la incapacidad de los entes colectivos para delinquir, acarreado, en consecuencia, la impunidad de las personas naturales que en su lugar actuaban debido a la accesoriedad de la participación, habida cuenta de que el ente colectivo no puede ser considerado autor de un delito.”¹⁹²

Ello conlleva la factibilidad de la cláusula del actuar por otro como una manera de cubrir una laguna de punibilidad que “no se corresponde con las exigencias político-criminales de no dejar impunes las conductas de quienes, a pesar de haber realizado los comportamientos descritos en los tipos especiales, por carecer de ciertas cualidades o elementos personales del tipo, no son alcanzados por éste.”¹⁹³

El fundamento del actuar por otro, ha sido encontrado en la tradicional fórmula de la disociación personal de los elementos del tipo, al entenderse que la misma se da respecto de un sujeto que actuando en nombre de otro realiza la conducta descrita en un tipo penal que exige en el autor determinadas características típicas que sólo concurren en la persona jurídica o natural en

¹⁹¹ Código Penal, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998) artículo 38

¹⁹² Iván Fabio Meini Méndez, “El Actuar en lugar de Otro en el derecho penal peruano” *Revista Nuevo Foro Penal*, n. 62 (1999): 129

¹⁹³ Alberto Suárez Sánchez, *La Autoría en el actuar por otro en el Derecho Penal Colombiano*, 176

cuyo nombre se obra. Se presenta un esparcimiento de los elementos del tipo que fundamentan la punibilidad, dado que no todos concurren en una misma persona sino en dos distintas; “en la jurídica o natural que tiene la cualificación requerida por la correspondiente figura del tipo especial para el sujeto activo y en la natural que realiza materialmente la conducta descrita en el tipo.”¹⁹⁴

Ámbito de aplicación de la formula del actuar por otro: Los delitos especiales: Ante lo imposible de sancionar con penas a las personas jurídicas, el legislador ha tenido que valerse a efecto de sancionar a las personas físicas que cometen actos ilícitos en el seno de una empresa y desde ésta, a la figura que conocemos como actuar en lugar de otro. “A esta se recurre para solucionar el problema de la imputación o de la autoría, cuando la persona física no reúne las condiciones específicas prevista por el tipo y a los fines de evitar que la conducta quede impune se ha elaborado la idea del actuar en lugar de otro.”¹⁹⁵

La figura del actuar en lugar de otro se presenta como una herramienta a utilizar para sancionar los delitos especiales cometidos por representantes tanto de personas jurídicas como de personas físicas; con la significación práctica y teórica, en aumento casi exponencial, de la criminalidad empresarial, se le ha presentado una creciente atención en los últimos años, en la dogmática del actuar en nombre de otro, es decir a la denominada responsabilidad penal del representante, por hablar su ámbito de aplicación más importante en la criminalidad empresarial.¹⁹⁶ así cuando el empleador o

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ Rafael Berruezo, *Responsabilidad Penal en la Estructura de la Empresa*, 2ª Edición, (Argentina: Editorial IB de F, 2, 2018), 201

¹⁹⁶ García Cavero, *La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterios de Imputación*, (España: Editorial Boch, 1999), 372. Cuando se dice delito especial debe entenderse que, la cuestión de responsabilidad del representante no se plantea en referencia a los delitos especiales impropios, en los que a diferencia de los delitos especiales propios el elemento singular de autoría no cumple la misión de fundamentar la pena, sino simplemente la de agravar o atenuar con respecto al tipo básico común, por cuanto en los

empresario es una persona jurídica, sólo puede actuar en su lugar una persona física. Parece unánime la doctrina penal al afirmar que la figura del “actuar en lugar de otro” es útil para cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales cometidos por representante tanto de personas jurídicas como de personas físicas.¹⁹⁷

Según el art. 38 C.P., la fórmula del actuar por otro, resulta aplicable a aquellos delitos que requieran la concurrencia de una condición o cualidad especial en el sujeto activo, los que la doctrina denomina como especiales. Es claro entonces, que esta fórmula no es necesaria en el caso de los delitos comunes, ya que en estos el tipo de lo injusto del delito no exige elemento especial alguno que fundamente la penalidad, por lo que la imputación de responsabilidad penal a los órganos de representación de la empresa que hayan tomado parte en la ejecución de un delito común no ofrece mayores problemas que el de determinar el grado de dicha responsabilidad, es decir, determinar si se trata de un autor o partícipe. Así implícitamente se descarta el recurso del actuar en lugar de otro para los delitos comunes.¹⁹⁸ Sin embargo, en el caso de delitos especiales es distinto. Son delitos especiales aquellos que sólo pueden ser cometidos por una determinada categoría de personas puesto que se produce una limitación, a veces explícita de la esfera de posibles autores en sede de tipicidad al requerirse una o algunas cualificaciones que no ostenten todos los seres humanos.

Dentro de la categoría de delitos especiales cabe distinguir, por un lado, a los delitos especiales propios, que son aquellos en los que la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho es atípico y por otro lado, los delitos especiales impropios,

delitos especiales impropios no cabrá la actuación en lugar de otro, aunque ello no implicaría obviamente que el hecho delictivo quede impune.

¹⁹⁷ Berruezo, *Responsabilidad Penal en la Estructura de la Empresa*, 202.

¹⁹⁸ Iván Fabio Mini Méndez, “El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano”, 131.

que son aquellos en que la calidad especial del autor sirve para atenuar o agravar la pena dado que, a diferencia de los delitos especiales propios, tienen un correlativo delito común.¹⁹⁹El artículo 38 del Código Penal, regula el actuar en lugar de otro, en él se parte de una situación de disociación de los elementos del tipo para el delito especial, referido a los casos en los que el hecho es realizado por un sujeto representante, en quien no concurren los elementos especiales del tipo, a pesar de que este realiza la acción y ejecuta la conducta que se adecua a los restantes elementos objetivos y subjetivos del tipo, concurriendo los elementos especiales únicamente en el sujeto representado. Esta situación de escisión se presenta con frecuencia en el ámbito empresarial a consecuencia de la división vertical o principio de jerarquía y división horizontal o reparto de funciones.²⁰⁰

3.2.3 LOS DELITOS ESPECIALES EN SENTIDO AMPLIO: LOS DELITOS DE DOMINIO.

Para poder aplicar en los delitos de dominio la norma del actuar en lugar de otro del art.38 del Código Penal, el mismo establece ciertos presupuestos:

LA RELACIÓN NECESARIA DE REPRESENTACIÓN: La regulación del art. 38 del Código Penal exige que el extraneus del tipo penal (aquel que no tiene la calidad a autor) actúe como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad. Entonces la aludida regulación asume la llamada teoría de la representación, según la cual es requisito necesario para que se presente una situación de actuación en lugar de otro, que entre el extraneus y el intraneus exista una relación de representación. La asunción de la teoría de la representación en el

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ *Ibíd.*

actuar en lugar de otro produce ciertas limitaciones en los llamados delitos especiales de dominio, ya que no bastará una asunción del ámbito de organización del intraneus, sino que además tendrá que darse una relación de representación. No obstante, tampoco resulta suficiente en estos casos la relación de representación para atribuir la competencia por la esfera de organización del representado, sino que se requiere, por un lado, la asunción de la posición del representante y por el otro, una relación de representación referida al ámbito en el que se realiza el delito. Las competencias por organización del extraneus se fundamentan en una asunción del ámbito de organización del intraneus mediante una relación de representación.²⁰¹

Cabe aclarar, que el concepto de representación que supone el criterio del actuar en lugar de otro no corresponde con el utilizado en el ámbito jurídico - civil, entonces, cabe afirmar que está referido a una representación penalmente relevante, aunque la actuación del representante no tenga efectos jurídico -negociables en el representado o exceda las facultades que se le han conferido²⁰² para la referida situación tomaremos dos ejemplos de la jurisprudencia, en uno de los casos la persona fue encausada por el delito de Estragos, art. 226 del Código Penal, en el que no se requiere calidad especial para cometer el delito, criterio que fue utilizado por el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, expresando en lo pertinente del fallo: “Porqué razón está el ingeniero xxxxx sentado en el banquillo de los acusados, fiscalía únicamente ha dicho que por ser el presidente y representante de la empresa Canteras de El Salvador, pero el problema es que dentro del Código Penal y Procesal Penal tenemos ciertas circunstancias, únicamente se mencionó lo que contiene el art. 38, en cuanto al actuar por otro, esto es quien actúa como directivo,

²⁰¹ García Cavero, “La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterios de Imputación”, 371

²⁰² José Antonio Caro John, “El Error de Tipo en el Código Penal Peruano”, 6

representante legal o administrador de una persona jurídica, en nombre representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones.”²⁰³

Resulta lógico que, en el caso aludido, debe acreditarse con la certificación del punto de acta donde se nombró al representante y además con el testimonio de la escritura pública de constitución de la sociedad anónima, pero aun así la utilización del actuar por otro está errada, ya que pudo atribuirse responsabilidad penal, sin utilizar la referida figura, puesto que todos los elementos concurren en el sujeto activo del representante.

ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN AUTORIZADO DE UNA PERSONA JURÍDICA.

El primer supuesto de representación previsto en el art. 38 del Código Penal, regula la representación orgánica de las personas jurídicas. La representada en estos supuestos es una persona jurídica, esto es, una organización social con personería jurídica propia, sea de derecho privado o de derecho público. Para que tenga lugar esta relación de representación no es necesario que se trate de una organización perfectamente constituida, sino que puedan incluirse también las que adolecen de algún defecto en su constitución. Por el contrario, en el caso de sociedades inexistentes, no será necesario recurrir a la norma del actuar en lugar de otro, pues por lo general la calidad especial de autor recaerá directamente sobre sus miembros. Si la sociedad se encuentra en estado de liquidación el órgano de representación será el liquidador.²⁰⁴

²⁰³ Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, *Sentencia Definitiva: 385-3-2013*, (El Salvador: Corte suprema de justicia, 2013) La Resolución contiene apartados donde se compara a la teoría del levantamiento del velo, es para el cumplimiento de obligaciones civiles, mientras que el actuar por otro opera en el plano ontológico jurídico con una finalidad político criminal.

²⁰⁴ Enrique Bacigalupo, “Responsabilidad Penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)”, *Revista comentarios a la legislación penal*, Volumen 1°, (1985):332.

La responsabilidad del órgano de administración es reconocida por la jurisprudencia, individualizando a las personas concretas que integran el órgano de administración: “para el caso que efectivamente los directivos de sociedades hayan tenido el dominio directo del hecho, o las figuras reconocidas por la doctrina como “el intraneus y extraneus” para delitos especiales...deducir responsabilidades en grados de participación si los hubiere, inclusive si existieren autorías mediatas de los directivos sobre sus empleados- mencionado como “el hombre de atrás”- en los casos en que el sometimiento del hecho haya sido por instrumentalización del empleado en una relación de subordinación estrictamente laboral.”²⁰⁵

SOCIO REPRESENTANTE AUTORIZADO DE UNA SOCIEDAD.

El art. 38 del Código Penal hace mención especial de los socios representantes de una sociedad como segundo supuesto de representación, pues parece tratarse de una especificación hasta cierto punto innecesaria, en tanto se trata igualmente de un representante y de una persona jurídica.²⁰⁶ La imputación a la persona jurídica pasa siempre por la actuación del administrador o representante legal, que representa la puerta de entrada para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La pretensión clara es que el delito de la persona física se convierta siempre en hecho de la persona jurídica a través de alguna manera del órgano de administración o representación, bien porque directamente a este o a algún integrante del mismo se le imputa la comisión del hecho delictivo- activamente o en comisión por omisión dolosa- o bien porque no ha ejercido el debido control sobre el subordinado que comete el hecho delictivo.²⁰⁷

²⁰⁵ Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia Definitiva*, Referencia:INC-102-17, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia,2017).

²⁰⁶ José Antonio Caro John, “El Error de Tipo en el Código Penal Peruano,” 7

²⁰⁷ Bacigalupo, “Responsabilidad Penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)”, 332

El concepto de administrador es estrictamente jurídico -penal, a diferencia del de persona jurídica. Su mayor o menor amplitud pasará a tener una relevancia especial para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la medida en la que, si opera como una especie de puerta de entrada de dicha responsabilidad, en función de interpretaciones más restringidas o extensivas, dicha puerta puede acabar siendo un pórtico condicionado decisivamente el alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.²⁰⁸

Parece que los conceptos de administrador de hecho y de administrador de derecho que se utilicen en este ámbito deben ser equivalentes a los ya manejados por la doctrina con respecto a la regulación de la actuación en nombre de otro y en la parte especial. En realidad, el concepto relevante para el derecho penal es el de administrador de hecho, ya que el administrador de derecho e incluso, el de representante legal, sólo interesa en la medida en la que la realidad organizativa de la empresa se corresponda con lo establecido en la legislación mercantil o en la legislación de referencia.²⁰⁹

El representante es, por su parte, quien ejerce la representación general de la persona jurídica, no bastando a efectos de responsabilidad penal de la persona jurídica cualquier persona que tenga algún poder de representación, sino que se debe tratar de apoderados generales o representantes orgánicos. En el caso de las sociedades de capital, por representante legal se entiende la persona o las personas que tienen atribuida la representación de la sociedad.²¹⁰

ACTUAR COMO ÓRGANO REPRESENTANTE O ADMINISTRADOR-.

²⁰⁸ Miguel Bajo Fernández, *Tratado de Responsabilidad Penal de Las personas Jurídicas*, (España: Civitas,2012),92-93

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ *Ibíd.* 94-95

La teoría de los intereses señala que el representante debe actuar en el círculo de tareas derivado de su relación de representación, siempre en interés de su representado. Estos intereses se determinan con base a criterios eminentemente económicos, de forma tal que no interesa si la actuación produce efectos jurídico -negociables en el representado; por el contrario, si el representante se aprovecha de su posición para obtener ventajas personales, no podrá considerarse una actuación en calidad de órgano de representación, salvo que el representado esté de acuerdo con la actuación en provecho propio del representante.²¹¹

La teoría de la función entiende, por el contrario, que el interés no juega ningún rol importante, sino sólo que el representante se encuentre en una relación funcional con el círculo de tareas y deberes que sume mediante la representación. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representación. Lo importante es que el autor aparezca como representante de la persona jurídica y realice en esta situación el delito especial correspondiente. Tampoco aquí resulta necesario que las actuaciones del representante produzcan efecto jurídico- civiles en el representado. Solamente en el caso que el representante se aproveche ocasionalmente para realizar una conducta delictiva como cualquier otra persona, podrá negarse el requisito de que ha actuado como órgano de representación.²¹²

²¹¹ Caro John, "El Error de Tipo en el Código Penal Peruano," 7-8

²¹² Martín, *Responsabilidad de directivos órganos y Representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, 27-28. Aquí toma relevancia la teoría del dominio social porque al derecho penal no le interesa en primer término si el sujeto ocupa un status formal de dominio, sino si ejerce dicho dominio actualizándolo en la acción, es decir el ejercicio del dominio social implica autonomía de acción del sujeto, sino absoluta, si al menos suficiente como para realizar acciones de ataque al bien jurídico de forma relevante para el derecho penal, esto es, que produzcan una lesión a la que no pueda hacerse frente con otras sanciones jurídicas.

Especial atención merece la participación de los socios, pues aún, cuando las ganancias se han visto incrementadas porque se han hecho muchos negocios, es decir se han realizado hechos generadores del tributo, en el caso de delitos en contra de la hacienda pública, pero el pago de tributos, sigue siendo al mínimo similar a años fiscales anteriores, si fuere una sociedad de personas con una cantidad de socios limitada, podríamos hablar de una severa sospecha, pero aun así omiten revisar a mayor detalle datos contables, pero si se trata de sociedades anónimas como en la mayoría de los casos,²¹³ los accionistas son demasiados y prestan poca o nula atención al resultado de balances, se limitan a enviar un representante a votar, (Art.131 Código de Comercio) y aun estos tienen conocimientos escasos en materia tributaria o contable, son simples inversionistas. Especiales dificultades de imputación del acto de representación surgen cuando el órgano de representación no es unipersonal, sino pluripersonal. Para resolver estos problemas, la regulación Alemana considera expresamente como posibles responsables también a los miembros del órgano de representación, aunque debe indicarse que esto no significa que en caso de un delito cometido desde la empresa todos aquellos responderán penalmente. La responsabilidad penal debe individualizarse en cada uno de los miembros, pues de lo contrario podría caerse en una proscrita responsabilidad por el hecho de un tercero. La responsabilidad penal de un miembro del órgano de representación podrá afirmarse, si asumen la representación de la empresa y en estas circunstancias comete un delito, con independencia de la división interna de competencias entre los mismos del órgano de representación.²¹⁴

²¹³ Oscar Luna, "Diez casos de (presunta) corrupción en El Salvador: Caso Diego de Holguín" *El Faro*, (2016):

²¹⁴ Ibid. Por otra parte, la doctrina Española cree poder establecer una restricción del círculo de actuantes en lugar de otro, mediante la exigencia que el directivo, órgano o representante de la persona jurídica realice la acción típica, por mucho que el sujeto ostente las mencionadas cualidades formales no podrá ser hecho penalmente responsable sino realizó el mismo,

3.2.4. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL.

Como premisa importante a destacar debemos mencionar que, el Código Penal Salvadoreño establece que la ejecución de un hecho delictivo descrito por la ley como delito o falta, origina obligación civil en los términos establecidos en el mismo Código.²¹⁵

Es entonces, en el sentido anterior que, la infracción penal, ya sea que se trate de delito o falta trae dos consecuencias jurídicas para su responsable: la imposición de una pena y la obligación de reparar los daños y perjuicios por él causados, esto último en aquellos supuestos en que los hechos hayan causado además un daño patrimonial o moral, lo que no sucede necesariamente en todas las conductas delictivas, por ejemplo, delitos de contenido inmaterial, delitos de peligro, ciertos casos de tentativa, delitos que protegen bienes jurídicos de carácter general y abstractos, como aquellos contra la Paz Pública, sin perjuicio de que todas esas infracciones puedan dar lugar a costas. La referida obligación surge del hecho acaecido y conecta directamente con la persona a la que se responsabiliza del mismo, pero como se tomará en cuenta en los siguientes artículos, también puede llegar a implicar a otras personas para quienes no se predica ningún tipo de responsabilidad penal, pero que por su relación con el hecho o con el responsable criminal, están llamados a asumir en mayor o menor grado, en una u otra forma las consecuencias civiles de su conducta.²¹⁶

La obligación civil derivada de la comisión de hechos delictivos se tiene que regir por los preceptos que el Código Penal dedica a esta materia y por el

directa o mediatamente, la acción típica del delito correspondiente. Martín, "Responsabilidad de Directivos, Órganos y Representantes de una Persona Jurídica por Delitos Especiales", 36-37

²¹⁵ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 114

²¹⁶ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 455

Código Civil en cuanto a lo no resuelto por el mismo, sin descartar que materias concretas puedan remitir a una normativa especial reguladora de las consecuencias civiles del daño causado sobre determinados derechos. En el mismo sentido, será el Código Procesal Penal el que regule procesalmente la materia con llamamiento supletorio a las normas procesales civiles, allí donde se carezca de expresa regulación, para ello debe tomarse en cuenta lo que conocemos como principio de integración de las normas jurídicas para el juzgamiento de hechos constitutivos de delito o falta, dicho principio está previsto en el art. 1 del Código Procesal Penal;²¹⁷ en ese orden podemos traer a cuenta el artículo 1308 del Código Civil,²¹⁸ que señala como fuentes de las obligaciones a los delitos y faltas y obviamente es este texto legal el que contiene una prolija regulación en materia de obligaciones, si bien no debe olvidarse la invocación que el precepto hace a la aplicación prioritaria del Código Penal.

La redacción del precepto exige una relación de causalidad entre el hecho y los daños y perjuicios, los cuales han de ser consecuencia directa y necesaria del acto delictivo, lo que debe entenderse como aptitud general de la causa para la producción de consecuencias de la clase dada, es decir su adecuación. Debe entenderse que las causas antecedentes, concomitantes y exteriores no afectan el nexo causal, lo que sí sucede con las posteriores o sobrevenidas producidas por la propia víctima o por terceros, siempre que tales hechos interruptores o alteradores del nexo causal provengan de actos intencionales o dolosos o incluso provengan del lesionado o del tercero.²¹⁹

Aclaradas las circunstancias anteriores, debe traerse a cuenta la forma de ejercer la acción civil derivada de hechos punibles, previsto en la normativa

²¹⁷ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) artículo 1

²¹⁸ Código Civil. (El Salvador, 23 de agosto de 1859)

²¹⁹ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 456

procesal, ante lo que el art 42 del Código Procesal Penal, indica: **“La acción civil derivada de los hechos punibles, se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los autores y partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable.”**

Puede afirmarse entonces, que el acceso a la protección jurisdiccional está concretizado por medio del ejercicio de la acción penal y civil derivada de un hecho punible, lo que a su vez surge de los principios de seguridad jurídica y del mismo antes mencionado, previstos en los arts. 1 y 2 de la Constitución de la República de El Salvador, y ello es así particularmente y para el asunto que nos atañe, si el delito cometido esté sujeto al régimen de acciones públicas perseguibles de oficio o de previa instancia particular, en cuyo caso el fiscal podrá promover por regla general, en el proceso penal, la respectiva acción civil contra los autores y partícipes del delito y contra el civilmente responsable.²²⁰

El Código Procesal Penal clasifica las particularidades de la acción civil en el proceso penal en tres partes:

- 1) Las disposiciones del acceso a la jurisdicción para la exigencia de la responsabilidad civil, del art. 42 al 46 del Código Procesal Penal;
- 2) Las normas relacionadas a la definición y alcance de los sujetos procesales en materia de responsabilidad civil, así define al actor civil (lo que sería el equivalente del “demandante”) y como procede su constitución en el proceso penal, sus facultades y deberes procesales, así como los efectos del desistimiento de la acción civil en el proceso penal, todo lo anterior regulado en los arts. 119 al 122 del Código Procesal Penal; y

²²⁰ Rommell Ismael Sandoval Rosales et al, *Código Procesal penal Comentado*, Volumen I (San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2018), 199

3) A partir del art. 123 al 126, el legislador reguló la definición del responsable y demandado civil, las intervenciones en el proceso penal (tanto voluntaria como forzosa) así como las facultades en el proceso penal.

El modelo de la acción como mecanismo de acceso a la justicia para la promoción de la pretensión de carácter penal como civil, adoptada por el legislador Salvadoreño, tiene su nacimiento del art. 114 del Código Penal, que como ya se había relacionado antes, manifiesta que del cometimiento de un hecho punible merecedor de una pena o medida de seguridad, se deriva una responsabilidad civil, en ese orden la responsabilidad civil se origina del daño y sus consecuencias causadas por el ilícito cometido; la finalidad por lo tanto, del sistema penal Salvadoreño, es que la responsabilidad civil derivada de un hecho punible es la de reparar los perjuicios sufridos por la víctima de un delito, “la reparación del daño causado por el delito debe ser considerada, no sólo como una obligación del delincuente, sino también como la función social que el Estado debe cumplir en interés directo del perjudicado y en interés de la defensa social.”²²¹

Esa afectación originada²²² por los daños y perjuicios producidos por el hecho punible deben ser probados por el sujeto que representa a la víctima en el procedimiento penal o civil, dependiendo de la vía que se haya escogido para hacer el reclamo al responsable, puesto que éste “es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el hecho cometido, art. 2065 del Código Civil”, el que indica: “El que ha cometido un

²²¹ Rommell Ismael Sandoval Rosales et al, *Código Procesal penal Comentado, Volumen I*, 200

²²² *Ibíd.*

delito, cuasidelito o falta, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el hecho cometido.”²²³

3.2.5 LAS CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO PUNIBLE:

El legislador Salvadoreño enmarcó de forma taxativa, en el art. 115 del Código Procesal Penal las consecuencias civiles de un hecho punible e indica lo siguiente: Art. 115. Las consecuencias civiles del delito, que serán declaradas en la sentencia, comprenden:

- 1) La restitución de las cosas obtenidas como consecuencia de la realización del hecho punible o en su defecto, el pago del respectivo valor;
- 2) La reparación del daño que se haya causado;
- 3) La indemnización de la víctima o a su familia por los perjuicios causados por los daños materiales o morales; y
- 4) Las costas procesales.²²⁴

Ellas deberán ser declaradas por un juez en una decisión judicial, ya sea sentencia definitiva o sobreseimiento definitivo. Las pretensiones pueden consistir en la restitución, reparación, indemnización y costas procesales, que pueden ser reclamadas en el proceso penal o en el proceso civil y quien las alega debe ofrecer y producir prueba en la audiencia correspondiente.²²⁵

La restitución: consiste en la entrega de lo que el sujeto pasivo del ilícito se ha visto privado en virtud de la infracción. Resulta que en el orden que la disposición lo indica y fundamentalmente de los derechos del sujeto pasivo del

²²³ Código Civil. (El Salvador, 23 de agosto de 1859) art. 2065

²²⁴ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) artículo 115

²²⁵ Rommell Ismael Sandoval Rosales et al, *Código Procesal penal Comentado, Volumen I*, 200

delito, la restitución tiene carácter prioritario respecto a las dos consecuencias civiles enumeradas en la misma disposición de forma posterior, a las que sólo ha de acudir cuando ésta no sea posible y debe decirse que la restitución es generalmente aplicable para los delitos patrimoniales de desposesión o apropiación.

La imposibilidad de restitución del bien a la que se está refiriendo el código puede ser física o jurídica. La primera se produce cuando la cosa o el bien se ha perdido o destruido, tratándose de un bien individualizado o un bien fungible, con un especial valor de afección para su poseedor. La imposibilidad jurídica se produciría cuando la cosa o bien se halle en manos de un tercero cuya posesión esté legalmente amparada frente a las amplias posibilidades previstas en el inciso segundo del párrafo que en el precepto regula la restitución. En principio y como regla general, el tercero debe restituir el bien a su poseedor legítimo, si bien el código deja a salvo su derecho de repetición y el de ser indemnizado por el responsable del delito o falta por los perjuicios que sin duda le acarrearán la restitución, lo cual va más allá de la mera devolución del precio que él hubiera satisfecho por la cosa. El deterioro o menoscabo de la cosa se refiere tanto a la pérdida de una parte de la misma como a una disminución de su valor.

La reparación del daño²²⁶: al tomar en cuenta que la restitución de la cosa o bien podía tener como alternativa la entrega de su valor y que la indemnización del delito, tanto respecto del sujeto sobre el que recae como sobre el entorno que le rodea y que se pueda ver perjudicado por ello, la reparación del daño se sitúa como una categoría intermedia difícil delimitar entre las que le rodean. La restitución de la cosa se asienta en la idea que todos los bienes e intereses de las personas tienen una traducción económica, que es la que

²²⁶ Rommell Ismael Sandoval Rosales et al, *Código Procesal penal Comentado, Volumen I*, 201

impera cuando el bien no puede reintegrarse al sujeto que sufrió la afectación; la idea anterior se amplía en el supuesto que ahora tratamos al suponer que los bienes de los sujetos afectados por el delito tienen un valor en sí mismos, es decir la cantidad de dinero que en el mercado sería necesaria invertir para proveerse de algo de circunstancias semejantes, más ello no supone siempre que así las expectativas del poseedor del bien se vean íntegramente satisfechas, si se le provee de una cantidad de dinero para tal cosa²²⁷, toda vez que el mero transcurso del tiempo o múltiples circunstancias puramente subjetivas y prácticamente intraducibles van ligando a las personas con el entorno que les rodean, sensaciones y expectativas que muy posiblemente no van a recuperarse con la mera restitución o que incluso no van a poder volver nunca; todo se traduce de alguna manera en algo material y nada mejor que el dinero para ello, con el cual el sujeto agraviado puede proveerse de situaciones sustitutivas del agrado que le generaba la detención del bien o visto desde otro punto de vista, podría decirse que el valor del bien es la suma de su valor intrínseco más el valor añadido que tiene para el sujeto. Es sumamente difícil una determinación exacta de cuál sea este valor añadido, el valor de afección, por lo que el juzgador deberá extremar su cuidado para desentrañar las circunstancias del caso concreto en determinaciones inmateriales y puramente subjetivas, entre un posible intento de llevar a la nada, dicho valor de afección y otro de magnificar hasta el absurdo del mismo, por lo que las normas culturales y sociales más comúnmente asumidas serán en muchas ocasiones la única ayuda posible.²²⁸

La Indemnización de perjuicios: Es importante distinguir la diferencia entre el daño y los perjuicios, (el Código Penal los separa en supuestos distintos),

²²⁷ *Ibíd*

²²⁸ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 460

por lo que resulta lógico que son diferentes y siendo claros el daño debe ser considerado como el daño emergente, mientras que el perjuicio sería el lucro cesante.

Así el daño emergente es el que se ha producido en el momento de dictarse la sentencia o es previsible que se produzca en el futuro porque los hechos enjuiciados como delictivos son los que los generarán necesariamente. El lucro cesante se identifica con el beneficio futuro que ya no va a producirse como consecuencia del delito, resultando que dicho beneficio se iba a producir de forma segura o bien en el marco de una hipótesis racional.²²⁹ Los perjuicios se pueden delimitar desde dos ámbitos: el objetivo y el personal. Hay que mencionar entonces perjuicios materiales y morales. El daño moral puede considerarse como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que producen en la persona ciertas conductas, actividades o resultados que, o afectan directamente a bienes materiales o a la personalidad del sujeto; no se pretende aquí una reintegración patrimonial sino compensar el sufrimiento causado. En otro aspecto, debe decirse que es preciso justificar la existencia de los perjuicios materiales inferidos y su cuantía, hay daños morales que van embebidos en propio hecho delictivo y basta que éste se produzca y castigue para que puedan apreciarse. Para otros casos, será necesaria la prueba pericial, generalmente psicológica o incluso podría llegar en casos extremos a la psiquiátrica, desde luego no puede olvidarse que tales afectaciones deben probarse y en el caso del daño moral por ser aspectos intangibles, requieren de tal efectividad probatoria²³⁰.

²²⁹ *Ibíd.* 461

²³⁰ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 207

3.2.6 RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA, SUBSIDIARIA, SUBSIDIARIA COMÚN Y SUBSIDIARIA ESPECIAL.

Para el objeto de estudio en el presente trabajo es importante verificar la regulación legal del Código Penal Salvadoreño, de responsabilidad civil solidaria, subsidiaria, subsidiaria común y subsidiaria especial, pues tienen especial trascendencia, según sus particularidades al momento de imposición de la responsabilidad civil derivada de hechos punibles, ejecutados por organismos de dirección de las sociedades anónimas y así tenemos lo siguiente:

RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA. El art. 118 del Código Penal, contenido en el capítulo III, DE LAS FORMAS DE CUMPLIR CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL, dispone: **“La responsabilidad civil derivada de un delito o falta, tendrá carácter solidario entre los declarados penalmente responsables como autores o partícipes.”**²³¹ No obstante lo anterior; y a los efectos internos de la relación de solidaridad, en el caso de ser dos o más los penalmente responsables de un delito o falta, el juez o tribunal fijará la cuota por la que deba responder civilmente cada uno de ellos en proporción a su contribución al resultado.”

Ningún problema se presenta cuando el responsable penalmente de un delito o falta es una persona natural, pero no ocurre lo mismo cuando nos encontramos con una pluralidad de sujetos como autores o partícipes de la secuencia delictiva, en los términos previstos en el capítulo IV, del Título II. En el primer caso el responsable asume en su integridad los daños y perjuicios causados, mientras que, en el segundo caso, la solución que el código adopta

²³¹ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 118

es la de una atribución por cuotas de esa responsabilidad bajo un régimen de solidaridad entre los distintos partícipes.²³²

La solución planteada por el legislador en esta disposición es absolutamente favorable para la víctima u ofendido por el hecho delictivo, para quien cualquiera de los partícipes en el hecho delictivo, podrá responder por toda la obligación de responsabilidad civil derivada del hecho delictivo impuesta por providencia judicial definitiva y podrá hacerse efectiva sobre uno de los responsables que tenga mejores posibilidades de responder frente a la obligación generada, desde el punto de vista de su patrimonio y si ello ocurriere, será el ejecutado quien deba exigir a los demás partícipes la cuota que a cada uno corresponda; frente a él, en su relación con los demás partícipes, ya no existe esa situación de solidaridad que existía respecto al perjudicado por el delito, de modo que sólo podrá reclamar de los copartícipes la cuota asignada a cada uno en la sentencia, sin perjuicio de como todos ellos deban responder frente a éste por la insolvencia de alguno,²³³ para lo anterior debemos remitirnos a lo regulado en materia civil, referente a la regulación de la responsabilidad solidaria, arts. 1382 al 1394 del Código Civil, siendo esta una circunstancia que no va a afectar la ejecución de la sentencia penal, sólo preocupada por la satisfacción al perjudicado. Lo importante en estos casos es lo que se declare en la sentencia, como título constitutivo de la obligación de indemnizar, por lo que la eventual existencia futura de otras personas declaradas penalmente responsables por los mismos hechos, solo tendrá eficacia en cuanto que el perjudicado insatisfecho, tendrá nuevas posibilidades de reclamar, sin perjuicio de que las posibilidades de reparto y reclamación

²³² Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 468

²³³ *Ibíd.*

interna entre los partícipes se amplían para ellos sin afectar negativamente al perjudicado.

La determinación interna de tales cuotas es labor que la ley encomienda al sentenciador según su arbitrio con la única guía de que ello sea proporcional a la contribución del sujeto al resultado, para lo cual debemos acudir a la forma en que el capítulo IV antes invocado concibe la contribución de una pluralidad de sujetos a la producción de un resultado, distinguiendo de entrada, una línea divisoria entre autores y cómplices y dentro de los primeros, la instigación y la autoría; desde esas pautas generales, será cada caso concreto en el que se valore la incidencia de la contribución material e intelectual de cada persona en la producción del resultado. La disposición tiene relación con el art. 399 del Código Procesal Penal referida a la distribución de costas procesales, en cuyo caso debe tenerse especial cuidado, por la gratuidad de la justicia, conforme al art. 181 de la Constitución.²³⁴

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. El art. 119 del Código Penal dispone: **“La responsabilidad civil subsidiaria tendrá la misma extensión que la del responsable principal en cuyo defecto sea exigible.**

La responsabilidad civil subsidiaria puede ser común o especial, según sea la naturaleza de la persona que resulta obligada por la ley a responder por otro.”²³⁵

En estos supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, no es preciso que la relación entre el responsable penal y el civil llamado de esta manera, esté revestida por un determinado carácter jurídico, sino que basta un mero vínculo de hecho por el cual, o bien el responsable penal se haya bajo cualquier tipo de dependencia respecto del responsable civil, o bien aquel obra con su

²³⁴ Constitución de la República. (Asamblea Constituyente, diciembre 1983) art.181

²³⁵ Código penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 119

consentimiento, sin que sea imprescindible que la actuación del responsable penal suponga un beneficio para el responsable civil subsidiario, sino que basta que la misma esté potencialmente sometida a una cierta intervención del mismo, pero siempre con el límite de que la conducta delictiva generadora de la responsabilidad se circunscriba al ejercicio de las funciones o tareas confiadas al infractor por el responsable civil subsidiario o las que a ambos les ligan en la forma descrita.²³⁶

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA COMÚN. El art. 120 del Código Penal dispone: “La responsabilidad civil subsidiaria es común, cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes cometido por el inculcado, es una persona natural.

Responden civilmente las personas naturales dueñas de las empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral. El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado al resarcimiento en la cuantía de su participación.”²³⁷

La disposición legal recoge dos supuestos de responsabilidad subsidiaria:

la primera: **Responsabilidad del empresario individual.** Se recogen dos supuestos en los que la responsabilidad corresponde al empresario individual, en razón a actos penalmente relevantes llevados a cabo por los gestores o trabajadores al servicio de su empresa, englobándose bajo el tronco común de que la actuación de estos últimos se haya llevado a cabo por razón de su actividad laboral, dos supuestos distintos: que el acto penalmente relevante

²³⁶ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 469

²³⁷ Código penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 120

haya acaecido en el establecimiento o empresa o que haya sucedido fuera de ella, pero en el curso de acciones relacionadas con dicha actividad dependiente.

El delito ha de encuadrarse en el ejercicio normal o anormal (es decir, con desvío o extralimitación de la misión delegada, pero sin resultar ajena a la función laboral) de las funciones encomendadas al infractor, ligado por una relación jurídica o de hecho que determine su dependencia con el responsable civil, presupuesto imprescindible y suficiente para que se dé la invocada responsabilidad, que prácticamente se objetiva hasta encontrar su razón de ser en una culpa por la elección, en la potencial vigilancia o intervención que por su posición atañe al responsable civil subsidiario. De esta manera, puede decirse que la responsabilidad del principal sólo es descartada si el ilícito penal perpetrado se sitúa simultáneamente fuera de la esfera de su cometido, ajeno al desempeño de las obligaciones o servicios puestos a su cargo.

Lo parco de los requisitos con los que la disposición legal en análisis define esta responsabilidad, hace que se produzca, aunque no esté presente una negligencia por parte del empresario o una deficiencia estructural en su organización. La mayor o menor extensión de esta responsabilidad estará en función del fundamento que se utilice para determinar los criterios por los que responden del hecho delictivo personas o entidades extraños a su realización. Una primera posibilidad funda la responsabilidad en un defecto en la vigilancia de las personas subordinadas o en la elección de las mismas, más la doctrina científica y la evolución legislativa de nuestro ámbito de cultura jurídica admiten cada vez la idea de que, si la actividad se realiza en beneficio del principal, también debe éste asumir los perjuicios inherentes a ello, lo que tiene incluso una más moderna formulación en la que se ha conocido como “teoría

del riesgo”, por la que el empresario ha de asumir los daños que para terceros supone su actividad.²³⁸

Responsabilidad por lucro. El supuesto se refiere a personas que no han sido condenadas por un delito de receptación, ni han participado en forma alguna en el delito de que se trata, pero han obtenido un beneficio del mismo.

La adquisición a título lucrativo abarca en este caso tanto la recepción de un bien por título gratuito, como el abono por el mismo de un precio que ulteriormente le va a permitir al sujeto obtener unos beneficios superiores a los normales. Se trata de personas que, de hecho, no son responsables por el delito cometido, pero están obligados a dar alguna satisfacción al perjudicado por el delito. No son responsables civiles, pero pueden ser compelidos a cumplir una obligación civil como es la de restituir.

Estas personas ajenas a cualquier responsabilidad criminal por no desempeñar ningún tipo de autoría o participación, se aprovechan del rendimiento material de un delito a través de los productos que genera, siendo estos valorables y susceptibles o de restitución o de resarcimiento. La obligación de restituir que el precepto declara no surge por tanto del delito del que se encuentran completamente desvinculados, sino del hecho de que la causa de su adquisición es ilícita y la consecuencia de ello es que deben proceder a la restitución, sin perjuicio del posible derecho de reclamación.

La responsabilidad obliga por tanto en principio a la restitución, salvo que la cosa esté en manos de adquirente en situación de irreivindicabilidad jurídicamente amparada; sólo si la restitución no es posible, el sujeto está obligado al resarcimiento a través de la indemnización cuya cuantía no se extiende a la totalidad de los daños causados por el delito (pensemos de nuevo

²³⁸ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 471

que el sujeto no es responsable civil del delito) sino que se limita al beneficio obtenido por el mismo.²³⁹

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA ESPECIAL. El art. 121 del Código Penal establece lo siguiente: **“La responsabilidad civil subsidiaria es especial, cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes del hecho punible cometido por el imputado, es una persona jurídica o, en su caso, se trate del Estado o de cualquiera de sus entes autónomos.”**

En el primer caso resultan obligados subsidiariamente:

- 1) Las personas jurídicas dueñas de empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral;
- 2) Las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles; y
- 3) Los que señalen las leyes especiales.²⁴⁰

En el segundo caso, resulta obligado subsidiariamente el Estado, por los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios o empleados con motivo del desempeño de sus cargos; de igual manera responderán las instituciones públicas autónomas y las municipalidades cuando así expresamente los ordene la ley.²⁴¹

El primer supuesto recogido por la disposición legal que comentamos, no es más que una traslación de la responsabilidad empresarial a que se hacía

²³⁹ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 471-472

²⁴⁰ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 121

²⁴¹ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 473-474

referencia en el análisis del artículo anterior, con la única particularidad de que, en este caso, la empresa se personifica en una persona jurídica y no en una persona natural. Entre los números 1 y 2 de la disposición legal aludida, en realidad hay muy pocas diferencias, pudiendo afirmar que la base de la responsabilidad es prácticamente la misma. Si en el número 1 se alude a una serie de personas en las que lo más característico es su actuación dependiente de la persona jurídica que detenta la empresa o establecimiento, dependencia que tiene como marco un comportamiento que se da en función de la actividad laboral desempeñada en o para el establecimiento o empresa, en el número 2 se utiliza una terminología prácticamente similar a la que trae a colación el art 38 del mismo Código Penal, respecto a la actuación en nombre de otro y la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica en tal tipo de comportamientos. El mayor hincapié se hace en la representación que se ostenta respecto a la persona jurídica o al hecho de que cuando el sujeto actúa, lo está haciendo personificando en sus actos a la propia persona jurídica, por lo que aquí si acaso se acentúa el hecho de que la actuación del sujeto responsable criminalmente se da en el marco de las relaciones que a él le ligan con la persona jurídica, bien instrumentalizándolas para sus fines criminales o bien con abuso notorio de ellas.²⁴²

El hecho de que la persona jurídica funcione en la sociedad a través de unas personas físicas que conforman su voluntad, ejecutan la misma o se aprovechan de su existencia en el tráfico jurídico, desplaza al patrimonio separado de la misma responsabilidad de los actos de tales personas, lo que tiene su fundamento, bien el en hecho de que la misma persona jurídica es meramente un instrumento que los delincuentes utilizan para enmascarar o facilitar su comportamiento o eludir las consecuencias patrimoniales del mismo, bien porque hay actos defectuosos en la elección de los miembros que

²⁴² *Ibíd.*

la personifican o en el control de los actos de estos. El problema práctico que se puede presentar es que la autoridad judicial para acceder al patrimonio de las personas jurídicas sobre las que se esté ejecutando la responsabilidad civil, podrá verse obligada a sustituir con su imperio los mecanismos de formación y declaración de voluntad de tales personas jurídicas, toda vez que las personas habilitadas para ello serán precisamente los condenados, en absoluto colaboradores.²⁴³

Responsabilidad civil subsidiaria del Estado, Instituciones Públicas autónomas y municipalidades.

La administración del Estado y las instituciones públicas autónomas conviven en la gestión de los intereses colectivos con las municipalidades, a las que está encomendado el gobierno local, regido por los consejos municipales y todos con un número de funcionarios y empleados a su servicio. Ellos personifican su actuación a través de quienes están al frente de los respectivos órganos, autoridades, funcionarios, empleados públicos, municipales y agentes de autoridad, enumerados en el art. 39 del Código Penal, quienes en el ejercicio de su función o con ocasión de la misma, pueden llevar a cabo comportamientos penalmente relevantes. No obstante, lo anterior, debe tomarse en cuenta lo contenido en el art 245 de la Constitución que dispone: “Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en la Constitución.”²⁴⁴

Por muy genérica que la misma sea, así como los derechos que consagra, puede decirse con todo rigor que la extensión de dicha responsabilidad

²⁴³ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 473-474

²⁴⁴ Constitución de la República. (Asamblea Constituyente, diciembre 1983.) Art. 245

subsidiaria llega a los actos llevados a cabo por estas personas en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, con motivo del funcionamiento normal o anormal de la administración para la que actúan.

Debe indicarse que la alusión de la persona jurídica en este caso como se ha manifestado, tiene su fundamento en la cláusula de actuar por otro, lo cual es utilizado para imputar responsabilidad a las personas jurídicas.

3.3. LA REPARACIÓN CIVIL DEL DAÑO. LEY DE REPARACIÓN POR DAÑO MORAL.

Para arribar a la reparación civil del daño causado por un hecho punible, constitutivo de delito o falta, debemos hacer un recorrido legal de las disposiciones a partir de las que nace el referido derecho para una persona natural o jurídica, que reuniendo las condiciones de víctima u ofendido por el delito, le asiste el legítimo derecho de su reclamo y así tenemos lo siguiente:

La indemnización conforme a la ley, por daños de carácter moral, está reconocida constitucionalmente como un derecho de primera generación, dada la sistemática clasificación del mismo en el art. 2, de igual forma, para tutelar el referido derecho están previstos el principio de seguridad jurídica y de tutela legal efectiva, arts. 1 y 2 del mismo texto constitucional, de manera que, las personas no queden desprotegidas frente a agresiones en los bienes jurídicos que la Constitución y las normas sustantivas les otorgan; y ello es así porque lógicamente la persona humana es el origen y fin de la actividad del Estado, como el mismo art. 1 dispone.²⁴⁵ De esa manera, al cometerse un hecho delictivo, nace el derecho para el ofendido o víctima de ejercer la acción civil a fin de que, en resolución definitiva, se condene a pagar la

²⁴⁵ Constitución de la República. (Asamblea Constituyente, diciembre 1983) arts. 1-2

responsabilidad civil al infractor, cualquiera que fuere el título de protagonismo por el que debiere responder, incluyendo en tal posibilidad a lo que la norma procesal define como el civilmente responsable, arts. 114 del Código Penal²⁴⁶ y 42 del Código Procesal Penal,²⁴⁷ en ese contexto la acción civil debe ser ejercida en los delitos de acción pública, conjuntamente con la acción penal, pero también puede ser ejercida ante los tribunales civiles o mercantiles, aunque no se puede promover de forma simultánea en ambas competencias, el fiscal general a través de sus auxiliares debe ejercerla en la respectiva acusación, salvo que el ofendido o su representante legal ejerciere la acción penal por medio de querrela, en cuyo caso se entenderá que también ejerce la acción civil, a menos que expresamente renuncie a ella; si el querellante renuncia de esa manera al ejercicio de la acción civil solo podrá ejercer la acción penal.²⁴⁸

Una vez identificado el sujeto activo del delito y del civilmente responsable que puede ser la misma persona o distinta, le asiste el derecho al ofendido o víctima de iniciar la acción penal correspondiente a la que deberá acompañar el ejercicio de la acción civil, en caso que por la naturaleza del delito, ello fuere procedente; congruente con lo anterior, el Código Civil en el art. 1308,²⁴⁹ reconoce como una de las fuentes de las obligaciones a los delitos y cuasidelitos; entendiéndose por estos últimos a las faltas, pues en materia penal, el término y la figura de cuasidelitos es inexistente, de allí la interpretación. En armonía con lo anterior y utilizando el principio de integración de las normas jurídicas, para el procesamiento de las personas responsables por la comisión de un delito o falta, se considera en el art. 114

²⁴⁶ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 114

²⁴⁷ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011) artículo 42

²⁴⁸ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 43

²⁴⁹ Código Civil. (El Salvador, 23 de agosto de 1859) art.1308

del Código Penal, que también se da origen, a la acción civil en los términos establecidos en el Código Penal.²⁵⁰ Entonces, la acción civil correspondiente se debe dirigir contra el responsable del delito, con las formalidades que imponen los arts. 119 al 122 del Código Procesal Penal, aspecto en el que vale la pena enunciar que, los requisitos del art. 120 del Código Procesal Penal,²⁵¹ son los equivalentes a la demanda previstos en el art. 276 del Código Procesal Civil y Mercantil, por lo que debe tenerse en cuenta ambas condiciones de carácter formal, dada la naturaleza de tal ejercicio procesal.²⁵² En la misma secuencia anterior, el art. 2065 del Código Civil²⁵³ dispone que el que ha cometido un delito, cuasidelito o falta es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el hecho cometido; es decir que independientemente de la pena más aflictiva en términos humanos, la prisión; el legislador ha dispuesto que el responsable por un hecho delictivo, entendido como el declarado así, mediante resolución definitiva, también deberá indemnizar al afectado, ofendido o víctima por los daños y perjuicios que de la comisión del hecho punible y por el mismo se deriven.

Entre las consecuencias civiles del hecho punible tenemos:

- 1) La restitución de las cosas obtenidas como consecuencia de la realización del hecho punible o en su defecto, el pago del respectivo valor.
- 2) La reparación del daño que se haya causado;
- 3) La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios ocasionados, por los daños materiales o morales;
- 4) Las Costas procesales.

²⁵⁰ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 114

²⁵¹ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) artículos 119-122

²⁵² Código Procesal Civil y Mercantil, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2010), artículo 276

²⁵³ Código Civil. (El Salvador, 23 de agosto de 1859) art.2065

Todo lo anterior previsto en el art. 115 del Código Penal.²⁵⁴

En el Título XXII del Código Civil, denominado DEL EFECTO DE LOS CONTRATOS Y LAS OBLIGACIONES, está comprendido el art. 1427 que indica que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptuándose los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.²⁵⁵ Como ya se había indicado en esta línea de análisis, es importante distinguir la diferencia entre el daño y el perjuicio, que generalmente son confundidos, en ese orden en una explicación simple, el daño debe ser considerado como el daño que surge o es ocasionado a consecuencia del delito, mientras que el perjuicio sería el lucro cesante.

Entonces el daño emergente, es el daño que ocurre como consecuencia del delito, puede ser material o tangible, como de orden intangible o moral, mientras que el lucro cesante lo constituye todo aquello que, de no haber ocurrido el delito, sería percibido como beneficio por el afectado por el delito, pero siempre desde un orden racional del normal desarrollo de los acontecimientos de la vida humana.²⁵⁶

Los perjuicios se pueden delimitar desde dos ámbitos: el objetivo y el personal. Hay que mencionar entonces perjuicios materiales y morales. El daño moral puede considerarse como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que producen en la persona ciertas conductas, actividades o resultados que, o afectan directamente a bienes materiales o a la personalidad del sujeto; no se pretende aquí una reintegración patrimonial sino compensar el sufrimiento

²⁵⁴ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 115

²⁵⁵ Código Civil. (El Salvador, 23 de agosto de 1859) art.1427

²⁵⁶ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo I, 460

causado. En otro aspecto, debe decirse que es preciso justificar la existencia de los perjuicios materiales inferidos y su cuantía, hay daños morales que van embebidos en propio hecho delictivo y basta que éste se produzca y castigue para que puedan apreciarse.²⁵⁷ Para otros casos, será necesaria la prueba pericial, generalmente psicológica o incluso podría llegar en casos extremos a la psiquiátrica, desde luego no puede olvidarse que tales afectaciones deben probarse y en el caso del daño moral por ser aspectos intangibles, requieren de tal efectividad probatoria.

Aclarada la regulación de la reparación civil del daño derivada de un hecho punible, como fuente de las obligaciones y con el reconocimiento de tal circunstancia en el Código Penal y siendo que los daños causados por el delito pueden ser en bienes tangibles, pero también en intangibles, de los primeros es lógico que la reparación de los daños ocurrirá por la restitución del bien afectado, cuando ello fuere posible; por el pago del precio que el mismo tuviere en el mercado, por su valor intrínseco y agregando el valor particular que para su legítimo propietario tiene el bien; o con la indemnización a la víctima o a su familia;

Situación diferente ocurre cuando el bien jurídico afectado y tutelado por la norma es de orden o naturaleza intangible, en cuyo caso debemos remitirnos a lo regulado en la Ley de Reparación por Daño Moral, a la que nos referiremos en sus aspectos más importantes, pues el objeto de este apartado, lo constituye la reparación civil del daño; de acuerdo al referido cuerpo normativo, la misma tiene por objeto establecer las condiciones para ejercer el derecho a la indemnización por daños morales, reconocido en el inciso tercero del artículo dos de la Constitución.²⁵⁸

²⁵⁷ *Ibíd.* 461

²⁵⁸ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) Art 1

La referida ley define como daño moral, cualquier agravio derivado de una acción u omisión ilícita que afecte o vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona.²⁵⁹ Indicando que el daño moral da derecho a la reparación ya sea que provenga de una responsabilidad contractual o extracontractual.²⁶⁰ En este punto debemos hacer la distinción necesaria que la responsabilidad contractual, está referida a la circunstancia de que sí la ley confiere a las personas la capacidad de contratar, corresponde también que respondan por los incumplimientos de las obligaciones contraídas, incluyéndose en ello que deben cumplir; y efectuando el resarcimiento, es decir la indemnización por los daños y perjuicios que se deriven de dicho incumplimiento.²⁶¹

Por su parte la responsabilidad civil extracontractual, que antiguamente, al igual que la penal, no era reconocida, pues se sostenía que las personas jurídicas no tenían y no tienen por finalidad cometer delitos y los actos ilícitos de sus administradores o representantes no podían afectarlas por el principio de la personalidad de las penas, la doctrina legal actual basada en distintas disposiciones legales sostiene que dicha responsabilidad es absolutamente posible y procedente y en consecuencia la persona jurídica debe responder por los hechos ilícitos de sus órganos o representantes, siempre que estos actúen dentro de los límites de sus atribuciones.²⁶² En nuestra legislación esa probabilidad se encuentra en la figura del actuar por otro, previsto en el art. 38 del Código Penal y en la procedencia que la persona jurídica, asuma una responsabilidad civil subsidiaria especial, prevista en la misma disposición legal. Bajo esas circunstancias la persona jurídica es obligada a indemnizar los daños que causen con dolo o culpa de las personas naturales que obren

²⁵⁹ *Ibíd.* Art. 2

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ Carolina L. Jofre M, “Gobiernos Corporativos y Responsabilidad de los Órganos y Directores en las Personas Jurídicas de Derecho Privado Sin Fines de Lucro” (Tesis de Magister, Universidad Austral de Chile, 2017), 33

²⁶² *Ibíd.*

en su nombre o representación o que incluso estén a su cuidado o servicio, es decir es constreñida a cumplir con dichos daños.

El art 3 de la Ley que comentamos, establece como causas para la reparación del daño moral las siguientes:

- a) cualquier acción u omisión ilícita intencional o culposa, en los ámbitos civil, mercantil, administrativo, penal o de otra índole que afecte los derechos humanos o los derechos de la personalidad de la víctima.
- b) Cualquier exceso de los límites de buena fe en el ejercicio de un derecho que cause un daño a otro.
- c) Las imputaciones injuriosas, calumniosas o difamatorias contra el honor o la vida privada de una persona, a menos que se pruebe la verdad de la imputación.
- d) La afectación sustancial del proyecto de vida²⁶³

Pero a las causas antes enunciadas se agrega la posibilidad de incoar acción por daño moral a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados, por retardación de justicia, violación de derechos constitucionales de las personas y finalmente por violación de los derechos reconocidos por los tratados internacionales vigentes y por las leyes secundarias. En estos casos el funcionario público tendrá responsabilidad personal y el Estado responderá de manera subsidiaria; pero bajo las circunstancias de no existir dolo o culpa en el actuar del funcionario público por el que se causó el daño moral al afectado o cuando éste proceda con sujeción a una ley y en cumplimiento de sus disposiciones, el Estado será el obligado principal.²⁶⁴

²⁶³ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016)
art 3

²⁶⁴ *Ibíd.* Art. 4

Se considera en el texto legal como titulares del derecho a la reparación por daño moral, las personas naturales que sufren el perjuicio y no tengan la obligación jurídica de soportarlo. Además, se considera el derecho a la reparación por daños morales, personalísimo.

De igual manera, se reconoce que las personas jurídicas tienen derecho a la reparación por daño moral, si la acción u omisión afecta de manera significativa su crédito o reputación comercial o social.²⁶⁵

Aquí cabe aclarar que la terminología usada por el legislador, no parece muy exacta, pues conforme a los usos y costumbres en materia mercantil, las empresas, como partes de las sociedades mercantiles o individualmente consideradas, lo que poseen es una fama o prestigio comercial, que generalmente tratarán de que sea positiva, para que resulte apetecible o agradable a sus potenciales clientes, cualquiera que fuere el giro comercial al que se dediquen, no obstante, la impropiedad o inexactitud de vocabularios, se comprende que a eso se quiso referir el legislador cuando mencionó reputación comercial.

Reconoce la Ley de Reparación por Daño Moral, que el daño moral tiene naturaleza propia y por lo tanto la acción de reparación tiene carácter autónomo respecto de otras pretensiones, aunque pueda ser ejercida en conjunto, si las circunstancias del caso lo ameritan.²⁶⁶ Lo cual constituye algo novedoso, pues en el pasado en El Salvador, la acción para reparación por daño moral generalmente era ejercida como consecuencia de hechos de naturaleza civil, mercantil o penal, pero que en la práctica, ni gozaba de la referida autonomía, ni se reconocía el derecho a ese carácter de la acción, lo cual tal y como se manifestó en el considerando número II de la referida ley,

²⁶⁵ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) art. 5

²⁶⁶ *Ibíd.* 8

constituía una inconstitucionalidad por omisión, pues no se había legislado al respecto; ello derivó del fallo emitido por la Sala de los Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y que tuvo como consecuencia legislar sobre el derecho al reclamo por daños morales y a la respectiva indemnización hacia las personas cuando tal derecho sea afectado, de allí la promulgación de la ley correspondiente.

En cuanto al procedimiento para el reclamo de reparación de daños y perjuicios por el daño moral producido deben seguirse el procedimiento previsto para el proceso declarativo común, establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil²⁶⁷ y ello es así porque lógicamente deberá ocurrir una declaración judicial mediante la sentencia definitiva correspondiente, en la que se establecerá luego del trámite procesal adecuado y en obediencia a las reglas del procedimiento, del derecho de audiencia, de facultad de defenderse del demandado, así como de producirse la prueba y controvertir sobre ella y la pretensión principal, el monto de dinero, generalmente, por el que se repararán los daños y perjuicios producidos por el evento de naturaleza penal o derivado de un hecho punible.²⁶⁸ Aquí debe aclararse que el sentido de declarar en el art. 8 de la Ley de Reparación por Daño Moral, la naturaleza autónoma de la acción de reparación por daño moral, no sólo obedece a los aspectos históricos que se explicaron anteriormente en relación a la forma de ejercerla ligado a otro evento considerado principal, al igual que el derecho que se intentaba tutelar, sino también a que la integridad moral de una persona, constituye un atributo esencial de la misma y que por ello lógicamente el legislador constituyente de 1983, lo fijó dentro de la clasificación de derechos constitucionales de primera generación, tal es la clasificación sistemática en el

²⁶⁷ Código Procesal Civil y Mercantil, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2010), artículo 239

²⁶⁸ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) art.9

Título II, De los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, Capítulo I, Derechos Individuales y su Régimen de Excepción.²⁶⁹

Pero también, debe indicarse que por ello se reconoce en la misma secuencia, el derecho a ser indemnizado por daños de carácter moral;²⁷⁰ bajo esas circunstancias, el carácter autónomo para la acción por daños de carácter moral permite también que pueda ser ejercida en conjunto, si las circunstancias del caso lo ameritan; y aquí es donde debe aclararse por la naturaleza de la temática objeto de este trabajo, “La Responsabilidad Civil derivada de la Comisión de delitos cometidos por organismos de administración, en las sociedades anónimas, desde la perspectiva del actuar por otro”,²⁷¹ sería posible ejercer la acción civil, junto con la acción penal, es decir, la acción civil derivada de hechos punibles, cuando ellos afectaren la integridad moral de una persona, sea esta natural o jurídica, pues la ley para ejercer la acción de reparación por daño moral, como ya se indicó, es flexible al respecto. Lo anterior podría incoarse de esa manera, a tenor de lo dispuesto en los arts. 42 y 43 del Código Procesal Penal, pues la acción civil derivada de hechos punibles por regla general se ejercerá dentro del proceso penal contra los autores o partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable; y en los delitos de acción pública, la acción contra los partícipes del delito será ejercida conjuntamente con la acción penal, sin perjuicio que pueda intentarse ante los tribunales civiles o mercantiles, pero no se podrá promover en ambas

²⁶⁹ Constitución de la República. (El Salvador: Asamblea Constituyente, diciembre 1983) arts. 1-2

²⁷⁰ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) art. 2

²⁷¹ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) art.2

competencias, así lo prevé el art. 43 del Código Procesal Penal.²⁷² ambas competencias, así lo prevé el art. 43 del Código Procesal Penal;²⁷³

En los delitos de acción privada podrá ejercitarse la acción civil conjuntamente con la penal o sólo aquella en la jurisdicción civil o mercantil. En el último caso la acción penal se tendrá por renunciada, así lo dispone art. 44 del Código Procesal Penal.²⁷⁴

Como ya se había planteado en párrafos anteriores, para el ejercicio de la acción civil también deben cumplirse las formalidades de los artículos 119 al 121, con particular énfasis en el artículo 120, todos del Código Procesal Penal²⁷⁵ y 276 del Código Procesal Civil y Mercantil,²⁷⁶ si la acción es ejercida ante los tribunales con competencia en materia penal; a los requisitos formales enunciados en las disposiciones legales citadas se agregarán los requisitos del art. 10 de la Ley de Reparación por daño moral,²⁷⁷ entre ellos:

- 1) La estimación pecuniaria de la indemnización por daño moral;
- 2) La propuesta de medidas de reparación que se consideren pertinentes;
- 3) Y la identificación de los funcionarios o empleados públicos con responsabilidad personal de ser el caso.

Aquí se considera necesario realizar una aclaración, dado que la acción civil derivada de un hecho punible constitutivo de delito o falta, puede ser ejercida conjuntamente con la acción penal, pero también en el proceso civil declarativo, nos centraremos para su análisis en su ejercicio en el procedimiento penal, pues es el de interés por la temática que nos ha estado

²⁷² Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) Artículos 42-43, 27.

²⁷³ *Ibíd.*

²⁷⁴ *Ibíd.* 44

²⁷⁵ *Ibíd.* Arts. 119-121

²⁷⁶ Código Procesal Civil y Mercantil, El Salvador, Asamblea Legislativa, 2010), Art. 276

²⁷⁷ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) art. 10

ocupando, de esa manera, debemos decir que, como lógicamente tenía que definirse a tenor de las reglas generales, de quien reclama, que aquel que exige la reparación por daño moral tiene la carga de la prueba y que tal actividad probatoria estará circunscrita al uso de los medios de prueba de carácter lícito que sean idóneos y pertinentes.²⁷⁸ Ello también estaría íntimamente vinculado con las reglas generales de la actividad probatoria en materia del procedimiento penal y transita por aspectos indispensables tales como su objeto, que es la conducción al convencimiento del juez o tribunal de los hechos o circunstancias objeto del juicio, en cuanto a la responsabilidad penal y civil derivada de ellos;²⁷⁹ La legalidad de la prueba, que incluye los aspectos de su obtención por medios lícitos y la incorporación al procedimiento conforme a la Constitución y a las reglas del Código Procesal Penal.²⁸⁰

Conforme a lo anterior, lógicamente carecerán de valor los elementos de prueba o la prueba misma obtenida de forma ilícita u originados de la misma manera; no obstante, los elementos de prueba pueden ser admitidos cuando hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente y deberán ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica.²⁸¹

También es importante tomar en cuenta la aplicación del principio de libertad probatoria por el que los hechos u circunstancias relacionados con el delito pueden ser probados por cualquier medio de prueba establecido en el Código Procesal Penal y en su defecto de la forma en que esté prevista la incorporación de pruebas similares, en respeto de los derechos y garantías de las personas previstos en la Constitución y en el mismo código ya

²⁷⁸ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) art. 11-12

²⁷⁹ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) Art. 174

²⁸⁰ *Ibíd.* Art. 175

²⁸¹ *Ibíd.*

mencionado.²⁸² Con este principio debe tenerse especial cuidado al tratarse de establecer hechos ilícitos y las consecuencias civiles de ellos, en los casos objeto de nuestro análisis, es decir vinculados con las actuaciones u omisiones de los organismos de representación de las sociedades anónimas desde la perspectiva del actuar por otro, ya que tal principio no debe ser confundido con libertinaje probatorio, debe entenderse sin duda, que hay hechos o circunstancias por los que debemos remitirnos a otras normas jurídicas que indican la manera de establecer determinadas circunstancias, por ejemplo, la condición preferente de la prueba del Estado familiar, previsto en el art. 195 del Código de Familia, que indica: “El estado familiar de casado, viudo o divorciado y el de padre, madre o hijo, adoptante, adoptado, conyugue o conviviente, deberá probarse con la partida de matrimonio, divorcio, nacimiento y de muerte, según el caso.”²⁸³ Desde esta perspectiva debemos tener claro que, al hacer la correspondiente integración de la ley de Reparación por Daño Moral, los Códigos, Civil y el Procesal Penal, para establecer circunstancias como el daño emergente y el lucro cesante, en una comisión delictiva por el representante legal en este caso, que podría ser el director de una sociedad anónima habrá que verificar inicialmente:

- 1) El delito ejecutado y su naturaleza;
- 2) Identificar el bien jurídico tutelado, determinando el daño particular o colectivo causado, si fueren varias las víctimas;
- 3) Establecer si en virtud de ese daño, hay un lucro o provecho que, de no haber ocurrido el delito, la víctima lo estuviese percibiendo en el curso normal de las actividades humanas o comerciales a las que esta se dedicaba previo a los acontecimientos delictivos que le afectaron;

²⁸² Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) Art. 176

²⁸³ Código de Familia. (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993,) Art. 195

- 4) Establecer el monto específico de ambos aspectos antes mencionados, en moneda de curso legal;
- 5) Y aún y cuando la afectación pudiere ser por el delito cometido de orden patrimonial y por ello cuantificable en dinero; la indemnización por el daño moral causado, en el entendido que toda actividad delictiva, genera conmoción, sentimientos adversos, frustración y otros aspectos intangibles de difícil determinación por pericias contables y que por ello deberán ser objeto de probanza por otro tipo de medios de prueba, generalmente pericias psicológicas, incluyendo en ella el monto adecuado para las terapias que recuperen la psiquis del afectado, en lo posible, todo ello dentro de los parámetros un justo resarcimiento para el afectado.²⁸⁴

Bajo esa línea de análisis, debemos distinguir que en los aspectos, daño emergente y lucro cesante, generalmente privará de forma casi generalizada, la pertinencia y utilidad de las pericias contables, pues sin duda, como ya se ha indicado, ambos se tasan en dinero, a lo que corresponde tal forma de probanza; y que por tratarse de hechos delictivos, estará circunscrito a la colaboración de peritos expertos en contabilidad que determinen y luego por los respectivos informes y deposición explicativa, convenzan al juez sobre ellos; protagonizados por los representantes legales de las sociedades involucradas, ello nos conduce al auxilio de peritos de preferencia permanentes conforme a los parámetros del art. 226 inciso 4° literal “c” del Código Procesal Penal;²⁸⁵ de no ocurrir la colaboración por entes Estatales

²⁸⁴ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) art. 13

²⁸⁵ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2011) Art. 226

tendrá que recurrirse a peritos auxiliares; este aspecto no parece ofrecer mayor dificultad para su comprensión.

Otra circunstancia ocurre con el daño moral, el cual lógicamente es de carácter intangible, en la que desempeñará de forma preferente, las pericias psicológicas un carácter predominante, para establecer el daño causado, pues aún y cuando se tratará de un delito cometido por un ente u organismo de representación de una sociedad anónima, pensando en un delito de contenido patrimonial como podría ser una Estafa o una defraudación a la economía pública, aparejado al daño causado defraudatorio, por la disminución del patrimonio de la víctima producto de los sucesos atribuidos a los imputados, existe un daño de contenido moral innegable, pues la misma lleva inmerso situaciones adversas que afectan la psiquis de los afectados por el ilícito, sentimientos de frustración, desesperación, depresión y otros similares que, aunque tasables en dinero, no lo son por pericias contables, sino por pericias psicológicas y su costo, que conllevaría inclusive a la necesidad de terapias a fin de recuperar en lo posible, el estado psíquico hasta antes de los acontecimientos delictivos, de allí la necesidad de probar de la forma aludida;

Entonces, en ambas situaciones, para la reparación civil del daño causado por el delito, no debemos olvidar que es la sociedad anónima a quien debe hacerse responsable para el referido resarcimiento, pues ella ha ejecutado los eventos constitutivos de delito o falta, a través de sus organismos de representación y para ello responderá con su patrimonio.

Importante es también tomar en cuenta que, si el daño ha sido causado a través de un medio de comunicación social, los autores del delito, estarán obligados a realizar medidas de reparación:

- 1) A sufragar los gastos para que la víctima ejerza su derecho de rectificación y respuesta, en las mismas condiciones que dio origen al daño moral:
- 2) A proporcionar a la víctima disculpas públicas, en las mismas condiciones de la publicación original.²⁸⁶

La Ley de Reparación por Daño Moral ordena que el monto de la indemnización económica por daño moral deberá fijarse atendiendo criterios de equidad y razonabilidad, tomando en cuenta las condiciones personales del afectado y del responsable, así como las circunstancias del caso y especialmente la gravedad del hecho y la culpa.²⁸⁷ En cuanto a la proporcionalidad para el pago, cuando han sido varias las personas condenadas al pago de indemnizaciones por daños morales, lo harán a prorrata, a menos que pueda demostrarse y establecerse distintos grados de responsabilidad;²⁸⁸ en este caso por tratarse de sociedades mercantiles, específicamente sociedades anónimas las responsables, por la comisión de delitos protagonizados por sus organismos de representación, es indiferente la regulación de pago a prorrata, pues se responderá con el patrimonio de la sociedad; no obstante, si las personas que ejercían la representación de la sociedad, exceden los límites de sus funciones dentro de las sociedades, en la ejecución de los delitos por los cuales se les ha condenado, lo hacen por iniciativa propia y en su propio provecho, no incorporando en el patrimonio de la sociedad el provecho injusto obtenido, tendrán que responder con su propio patrimonio y no el de la sociedad y ello es así porque lógicamente proceder de forma diferente implicaría inobservar la prohibición de responsabilidad objetiva y no tomar en cuenta la dirección de la voluntad del representante de la

²⁸⁶ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) art. 14

²⁸⁷ *Ibíd.* Art. 15

²⁸⁸ *Ibíd.* Art. 16

sociedad que en beneficio propio ha cometido en delito, de allí la aludida conclusión.

Lógicamente el pago de la responsabilidad civil se hará en moneda de curso legal, eso no merece mayor explicación, pues monedas de curso legal actualmente lo constituyen Cólonas, Dólares y Bit Coins; pero también las partes involucradas en un conflicto legal podrán acordar actos de reparación o indemnización de carácter simbólico, ellas podrían ser aclaraciones, disculpas públicas, rectificaciones y otros, lo cual la ley lo deja a libre disposición de los involucrados.²⁸⁹

Las disposiciones de la Ley de Reparación por Daño Moral serán aplicables para cumplir con las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos u otros tribunales internacionales que contengan reparaciones sobre daño moral, en lo pertinente y de manera complementaria al tratado internacional que se trate.²⁹⁰

En los casos de la hacienda pública, las personas que simulen o contribuyan a simular daños de carácter moral, con el propósito de obtener ventajas indebidas de la hacienda pública, incurrirá en responsabilidad civiles, penales o administrativas previstas por la ley y en caso de constituir delito tales acciones los funcionarios o empleados públicos están obligados a dar aviso o denunciar en la Fiscalía General de la República.²⁹¹

²⁸⁹ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) art. 17

²⁹⁰ *Ibíd.* 19

²⁹¹ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2016) art. 20

CAPITULO IV:
**ACCIONES DEL ESTADO DE EL SALVADOR ANTE LAS PROBLEMÁTICAS
SURGIDAS DE LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS COMETIDOS POR
LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS A TRAVÉS DE LOS ORGANISMOS DE
REPRESENTACIÓN.**

4.1 Análisis de la intervención del Estado desde la perspectiva del Derecho Penal Económico para prevenir y reprimir el accionar delictivo de los organismos de representación de las personas jurídicas; 4.1.1. Planteamiento General; 4.1.2 El orden económico y los elementos que lo integran; 4.1.2.1 Definición de orden económico; 4.1.2.2. Elementos que integran el orden económico: A) Libertad económica, B) Libertad de Empresa, C) Subsidiariedad de la intervención del Estado en la Actividad Económica; 4.2. Problemas Dogmáticos En La Aplicación De La Responsabilidad Civil Derivada De Hechos Delictivos Cometidos Por Organismos De Representación Dentro De Las Sociedades Anónimas; 4.2.1 La Responsabilidad Civil Contractual De La Persona Jurídica 4.2.2 La Responsabilidad Extra Contractual De La Persona Jurídica; 4.2.3 Principio De Culpabilidad; 4.2.4 La Culpabilidad De Las Personas Jurídicas; 4.2.5 La Culpabilidad Como Defecto De Organización; 4.2.6 En Cuanto Al Concepto De Acción; 4.2.7 En Cuanto Al Principio De Legalidad; 4.2.8 En Cuanto Al Principio De Proporcionalidad; 4.2.9 En Cuanto Al Principio De Lesividad Del Bien Jurídico; 4.2.10 En cuanto al principio de proporcionalidad 4.3 Deficiencias En La Regulación Legal Para La Aplicación De La Responsabilidad Civil Derivada De Hechos Delictivos Protagonizados Por Sociedades Anónimas; 4.4 La Doctrina Del Levantamiento Del Velo Societario; 4.5 La Probable Regulación De La Peligrosidad Empresarial; 4.5.1 Clases De Penas y Medidas De Seguridad. Las Penas 4.5.2 Las Medidas De Seguridad; 4.5.3 Suspensión De La Pena y Medidas De Seguridad, Sustitución; 4.6 Otros Aspectos a Considerar Sugerencias De Regulación Legal.

Resumen: En el presente capítulo se realiza el análisis de los problemas dogmáticos que surgen en la deducción de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, del que existen diversos puntos de vista doctrinarios, pues mientras unos niegan la posibilidad de que las personas jurídicas respondan por los actos de sus administradores, representantes o simples dependientes, ya que las mismas son entes abstractos, creaciones del derecho y por ende incapaces de acción, conciencia y de cumplir penas, debido a ello se valdrán de personas naturales para cumplir sus fines societarios, otros concluyen desde diversas teorías, que sí pueden hacerse responsables por dichos sucesos, pues lógicamente si pueden contraer obligaciones y suscribir contratos, también pueden incumplirlos e inclusive cometer delitos, por lo que también pueden causar daños a terceros y en ese orden si las empresas y sociedades gozan de los beneficios de sus actividades sociales, también deberán responder por los daños que causen las personas que pertenecen a su organización. De igual forma se efectúa el análisis de la responsabilidad contractual de las personas jurídicas, de la que nadie duda, pues generalmente las personas jurídicas son capaces de contraer diferentes tipos de obligaciones dentro de su giro comercial y lógicamente de cumplirlas, de acuerdo a sus estatutos y a las normas jurídicas Estatales que rigen su funcionamiento, por lo que no existe mayor dificultad de comprensión al respecto, pues sino cumplieran con las obligaciones contractuales contraídas, nadie contrataría con ellas; el problema surge con la responsabilidad civil extracontractual y en ese sentido se toman en cuenta criterios como el defecto de organización por culpa en la elección o en el actuar de sus representantes o dependientes; la responsabilidad de la sociedad por la creación del riesgo en sus actividades y en ese sentido, si la sociedad crea riesgos con su actividad, deberá responder por los mismos o por las consecuencias que ellas generen, pues asumen también que si pueden disfrutar de las ganancias de sus actividades comerciales, también deben responder por aquellos, lógicamente las teorías al respecto son diversas, pero convergentes en la posibilidad de responsabilizar a las empresas o sociedades por los daños causados a terceros, generándose una forma de responsabilidad directa, si los administradores, representantes o dependientes de tales entes actuaron conforme a los estatutos sociales, las normas jurídicas que los

regulan y dentro de sus atribuciones, pues dichos cuerpos normativos no pueden autorizar acciones ilícitas, de ello deriva su responsabilidad directa, según la teoría organicista también analizada en este capítulo. Importante resulta también comprender que, el derecho penal se erigió sobre la base de responsabilidad de los seres humanos individualmente considerados y entonces titulares de derechos, por el que los límites al *ius puniendi* del Estado reviste especial importancia y en ese contexto es que surge como uno de esos límites el principio de culpabilidad, el cual tiene como premisa fundamental que inhibe cualquier forma de responsabilidad objetiva y obliga por lógica consecuencia a analizar la infracción de la norma jurídica penal de la que el imputado señalado, debe tener la capacidad mental de comprender y saber el carácter antijurídico de sus acciones, en razón de estar en plena libertad de determinar su propio comportamiento, debiendo considerarse también si el actuar del imputado creó un riesgo o afectación jurídicamente desaprobado y dio como resultado un hecho penalmente relevante y atribuible a sus acciones, todo ello es analizado conforme al desarrollo de este capítulo y que está íntimamente relacionado con lo que posteriormente se considerará acorde al tema central de este trabajo. En la misma dinámica se aborda la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, bajo la premisa de que la norma debe ser eficaz para la protección de bienes jurídicos y por supuesto que, sí a la sociedad le falta el elemento volitivo del que sí gozan los seres humanos, sí tienen capacidad de infringir las normas y si han incurrido en ello, también han de responder de sus consecuencias. Lo anterior permite arribar a la responsabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización, cuyo máximo exponente es Klaus Tiedeman, quien con su teoría indica que es posible responsabilizar a las personas jurídicas por los hechos delictivos que puedan cometer sus organismos de representación, administradores o dependientes, pero por acciones no en el momento preciso de los hechos, sino por circunstancias anteriores a ese momento, bajo las circunstancias que el ente organizado está obligado a garantizar frente a todo el conglomerado social el debido comportamiento de las personas que pertenecen a su organización conforme a sus estatutos, a las normas jurídicas y a la adecuada convivencia entre seres humanos y que los conceptos de acción, capacidad de representación, culpabilidad y otros aplicables en el proceso

penal a las personas naturales deben ser concebidos de forma diferentes cuando de juzgar las acciones de entes jurídicos organizados se trate, pues ellos fueron diseñados para juzgar acciones de personas naturales, por ello aquello que podrían ser causas de justificación, de exclusión de modificación de responsabilidad penal y de incapacidad de representación no serían más que indicativos de precisamente, ese defecto de organización que el autor alude, en las funciones de elección y vigilancia de las personas que con cualquier rol dentro del ente organizado delinquen; en definitiva tal teoría es abordada y desarrollada, como se indicó por ser una de las de mayor aceptación en el ámbito internacional. También se analizan el concepto de acción, los principios de legalidad, de proporcionalidad y de lesividad del bien jurídico, los que, en aplicación a las acciones ejecutadas por entes colectivos constitutivas de delito, específicamente empresas o sociedades, también representan problemas dogmáticos de necesario análisis y reformulación, pues ellos obedecen a la forma tradicional de juzgamiento de acciones humanas individualmente consideradas, de allí su relevancia. Se realiza el análisis de que no existe en el Código Penal un capítulo sistematizado que regule penas para las sociedades mercantiles cuando éstas incurrir en hechos delictivos, de igual forma hay inexistencia de una sistematización en el mismo cuerpo normativo, referente a la aplicación de medidas de seguridad, lo cual deja únicamente la posibilidad de sancionar a la persona natural que actuó en calidad de administrador representante o dependiente de la sociedad, circunstancia que puede fomentar la impunidad ante la insignificancia para la sociedad de la sanción a la persona natural. En cuanto a las medidas cautelares de contenido patrimonial que podrían asegurar el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada de hechos punibles atribuidos a las empresas o sociedades, se aborda la carencia de aspectos relevantes tales como que las mismas no pueden ser decretadas de oficio en los casos mencionados y la necesidad de una reforma que permita excluir de la rigurosidad de que ella sea por cuenta y riesgo de quien la solicita y de la obligación de rendir caución económica, para ello el art 342 Pr. Pn. nos remite al Código Procesal Civil y Mercantil para su adopción y por ende son aplicables los arts. 434, 436, 446 Pr. C. y M.; ello no obstante la posibilidad de exoneración de caución económica considerada en el art. 448 del mismo texto legal antes mencionado; lo que

constituye un problema adicional a superar por los ofendidos o víctimas de hechos delictivos. Se realiza también análisis de la ineficiencia de ejercicio de la acción civil por parte de los operadores del sistema de justicia, lo que conduce a la impunidad en este rubro en los casos de protagonismo por las sociedades en la comisión de hechos delictivos. Luego existe ausencia de regulación de la obligatoriedad para las sociedades mercantiles de contratar seguros de riesgos frente a terceros cuando sus actividades revistan ciertas características especiales que los impliquen y de forma general que garanticen el pago de responsabilidad civil a los afectados en caso de cometerse hechos delictivos y se afecten sus derechos protegidos por las normas jurídicas. De igual manera se indica y analiza el aspecto del peregrinaje procesal, al cual se obliga a las personas cuando con el uso de la facultad prevista en el art. 399 del Código Procesal Penal se permite a los jueces, imponer la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos en abstracto cuando sea imposible determinar su cuantía, enviando al ofendido o víctima a que tramite su determinación ante un juez de lo Civil y Mercantil en el proceso judicial pertinente de esa competencia, lo que requiere una reforma en el sentido de que se imponga o absuelva según corresponda en la competencia penal, que es la más idónea para tal fin. En la medida de la importancia para el objeto de análisis y estudio del presente trabajo también se aborda la doctrina del levantamiento del velo societario, la cual supone que en casos de necesidad y cuando se puede estimar razonablemente que una sociedad mercantil utiliza su personería jurídica, su estructura organizativa, la forma de su organización y otros aspectos que no son de conocimiento para el público en general, tales como sus inversores, otras sociedades o empresas con las que realiza sus actividades mercantiles, sus transacciones en dinero o bienes, etc. con fines defraudatorios para con terceros, podrá penetrarse la información que inicialmente puede ser confidencial, para evitar el cometimiento de hechos delictivos y daños a terceros, valiéndose de tales características societarias, como parte del poder investigativo y punitivo del Estado, lo cual es de especial importancia frente a tales fenómenos criminógenos, de allí la posibilidad de afectación al ámbito de funcionamiento de las sociedades con la respectiva orden judicial cuando ello lo amerite.

Se efectúa también en el presente capítulo la conclusión de la necesidad de regulación de las medidas de seguridad, las que revisten especial importancia para el presente trabajo, por cuanto no existe regulación como tal en el Código Penal y que basado en el riesgo que pueden representar las actividades de las sociedades mercantiles para los bienes jurídicos tutelados para las personas, se justifican, frente a factores como la inoperancia de las penas o a lo insignificante de las mismas por el derecho administrativo sancionador, cuando de aquellas de carácter patrimonial se traten, como por ejemplo las multas, con ello puede asegurarse la prevención del riesgo frente a terceros, aun y cuando penas en sí mismas no se impongan y el restablecimiento de las sociedades a su forma de operar en condiciones normales, de allí su importancia. Es entonces en el mismo orden, que se aborda el tema de las penas posibles a regular para las sociedades mercantiles cuando con sus acciones cometan hechos delictivos que afecten a terceros y de las medidas de seguridad posiblemente a aplicar, por supuesto a futuro y mediante reformas legales, pues en el estado actual de la legislación no existen en el código penal; en la misma dinámica tendría que regularse la suspensión de las medidas de seguridad y finalización o suspensión de las penas, pues lógicamente no pueden ser de carácter permanente su aplicación y vigencia estará justificada en factores específicos, aspectos también considerados. Se realiza en el presente capítulo a partir de las deficiencias detectadas para el ejercicio de la acción civil y para su cumplimiento las sugerencias de regulación legal, entre ellas la formulación de un capítulo sistematizado en el código penal que incluya las penas y medidas de seguridad, la obligación que las sociedades mercantiles contraten seguros de riesgos contra terceros cuando por sus actividades se considere que tales riesgos son considerables; la reforma respecto de la necesidad de que las medidas cautelares de contenido patrimonial sean de carácter obligatorio imponerlas cuando las sociedades mercantiles hayan incurrido en hechos delictivos para asegurar la responsabilidad civil frente a terceros y en el mismo orden que se exonere a los ofendidos o víctimas de la obligación de rendir caución en estos casos. Se realiza la sugerencia de reforma del art 399 del Código Procesal Penal, en el sentido de que los jueces o tribunales con competencia en materia penal deban imponer o absolver de la responsabilidad civil a las personas o sociedades

mercantiles responsables por hechos punibles, evitando la imposición en abstracto pues ello conduce actualmente al peregrinaje de los afectados por el delito ante jueces de competencia civil para su fijación, los que se estima no son idóneos al respecto.

CAPÍTULO IV.

ACCIONES DEL ESTADO DE EL SALVADOR ANTE LAS PROBLEMÁTICAS SURGIDAS DE LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS COMETIDOS POR LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS A TRAVÉS DE SUS ORGANISMOS DE REPRESENTACIÓN.

4.1. ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO PARA PREVENIR Y REPRIMIR EL ACCIONAR DELICTIVO DE LOS ORGANISMOS DE REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

4.1.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

La preocupación derivada de los riesgos que implica la intervención de agentes económicos como las personas jurídicas en la actividad económica del Estado Como es natural, en la medida en que este tipo de acontecimientos tiene la capacidad de generar tal impacto en la vida económica y social de los países, el derecho ya sea privado o público, no debe rehuir de su tratamiento, ni tampoco constituirse en un obstáculo para su desarrollo, lo cual finalmente debe realizarse en función de la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

Desde esta perspectiva, resulta evidente la incapacidad del derecho penal tradicional para adaptarse a las nuevas prácticas delictivas con la celeridad requerida, la cual es más significativa en los sistemas de derecho interno como el de El Salvador por la tradicionalidad rigidez de sus fuentes y su lenta capacidad para dar respuestas punitivas a nuevas formas de criminalidad de la empresa.

La participación de las personas jurídicas en la actividad comercial tanto, dentro del El Salvador, como en el extranjero han adquirido una especial relevancia por el incremento en la delincuencia que se realiza en el contexto del funcionamiento de esas personas jurídicas; por lo que se vuelve necesaria la intervención del Estado, en la actividad económica del País para prevenir y reprimir la delincuencia empresarial o corporativa. Con esta reacción del Estado de El Salvador de intervenir en la actividad económica para protegerla de conductas delictivas que pongan en riesgo el normal funcionamiento del Orden Económico regulado a partir del Artículo 101 de la Constitución de la República, lo cual es materia de Derecho Penal Económico dentro del cual se cambia la trascendencia del bien jurídico protegido pasando de una tutela individual a una tutela social, dentro de la que dicho bien jurídico tutelado es el buen funcionamiento del Orden Económico, lo cual resulta comprensible porque el accionar delictivo de las personas jurídicas no deben mantenerse al margen de cualquier regulación normativa y que de hecho, pues como ya se dijo, las primeras incursiones sobre el particular se plantearán exclusivamente en términos de derecho penal común, lo cual resulta evidente que como consecuencia de la globalización de las actividades comerciales de las personas jurídicas actualmente se hace necesario que merezca una particular consideración, más allá del ámbito puramente privado, en razón de la trascendencia de los daños que produce su accionar delictivo que sobrepasa la afectación de intereses individuales hasta llegar a la afectación de intereses fundamentales de convivencia social porque la sociedad ha percibido la real afectación de objetos jurídicos, tales como el derecho a la Seguridad Informática, intimidad, la fe pública, el patrimonio económico, el orden económico-social, etc., no sólo porque las altas tecnologías de la información se han convertido en un instrumento fundamental y generalizado como cauce de las relaciones sociales, sino porque aparejado a su desarrollo las personas jurídicas han dado ingreso a nuevas formas de criminalidad, altamente nocivas

en sus resultados y de muy difícil detección y prevención, de forma tal, que su ocurrencia y tratamiento mal puede limitarse a una perspectiva eminentemente particular o privada.

4.1.2. EL ORDEN ECONÓMICO Y LOS ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN

4.1.2.1. DEFINICIÓN DE ORDEN ECONÓMICO

El Orden Económico puede definirse como aquel conjunto de principios y normas constitucionales que organizan la actividad económica de un país y facultan al Estado para regularla e intervenir para corregir las distorsiones o aspectos que afecten su normal funcionamiento en armonía con los principios sobre la materia regulados en la Constitución de la República de El Salvador.

Es así como en El Salvador surge el denominado, para unos, “Derecho Constitucional Económico” y, para otros, la “Constitución Económica”, que puede definirse como el conjunto de preceptos de rango constitucional sobre la ordenación de la vida económica.²⁹²

Esta parte del Derecho Constitucional Salvadoreño de lo da en llamarse “La constitución Económica de El Salvador” encuentra su principal fundamento en el Título V de la Constitución, el cual contiene las normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica²⁹³

En esta línea de pensamiento, el orden económico y el ejercicio del poder penal del Estado en el ámbito de la actividad económica son dos nociones vinculadas la una a la otra. Por un lado, el orden económico incorpora una serie de principios a los cuales debe sujetarse el Estado cuando ejerce su función ordenadora en la actividad económica mediante el ejercicio de su

²⁹² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. Inc. 2-92*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 26-VIII-1999)

²⁹³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. Inc. 9-2010*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 10-IV-2013)

poder sancionador y por la otra la determinación de que en aquellos casos en que el Estado interviene en la actividad económica previniendo y reprimiendo aquellas conductas delictivas que afecten su normal funcionamiento, dicha intervención solo estará justificada si dicha intervención tiene por finalidad garantizar o preservar el interés social a que hace referencia el Artículo 102 inciso 2° de la Constitución de la República.

4.1.2.2. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL ORDEN ECONÓMICO.

Dentro del Orden Económico están integrados como elementos orientadores de la intervención del Estado en la actividad económica, los siguientes principios:

A) LIBERTAD ECONÓMICA.

En cuanto a la libertad económica, se debe afirmar que es una manifestación más del derecho general de libertad, entendido como la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos (libertad negativa) así como la real posibilidad de las personas de orientar su voluntad hacia un objetivo, es decir, la facultad de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado, lo cual constituye una Libertad positiva para el ejercicio de la actividad económica.²⁹⁴

A partir de lo anterior, si bien el Estado debe garantizar el pleno y efectivo ejercicio de la libertad económica, esto no implica que la misma pueda ser absoluta e ilimitada, dado que el Estado pueda intervenir en el mercado, por medio de la amplia gama de alternativas normativas (límites, regulaciones, ejercicio de facultad sancionadora, etc.) que la Constitución y el orden jurídico

²⁹⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Ref. Inc. 17-95*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 14-XII-95)

permitan, a fin de asegurar su ejercicio armónico y congruente con la libertad de los demás y con el interés y el bienestar de la comunidad.

Sobre esta base se debe afirmar, que si bien es cierto, toda persona jurídica tiene derecho a crear una actividad económica lícita que le proporcione un flujo de efectivo con el cual financiar sus necesidades comerciales y que sus socios obtengan ganancias, todas aquellas acciones delictivas los organismos de representación de las personas jurídicas en el contexto de la actividades económica que realizan es ilícita porque el dinero que se obtenga de dichas actividades procede de la comisión de delitos que han provocado daños a terceros que ameritan la reclamación de su reparación o indemnización, razón por la cual el Estado debe corregir para esa circunstancia que afecta el normal funcionamiento de la actividad económica.

B) LIBERTAD DE EMPRESA.

La libertad de empresa (art. 102 Cn.) tiene como finalidad la protección de la empresa, es decir, la forma de organización productiva que propicia las condiciones para el intercambio o circulación de bienes o servicios en el mercado, cuyo límite radica en el interés social. Entonces, la libertad de empresa es una manifestación de la libertad económica e implica, la libertad de los ciudadanos de afectar o destinar bienes a la realización de actividades económicas, con el objeto de producir e intercambiar bienes y servicios, conforme a las pautas y modelos de organización típicos del mundo económico contemporáneo, y de obtener un beneficio o ganancia.²⁹⁵

Desde esa perspectiva, la libertad de empresa se manifiesta en: (i) la libertad de los particulares de crear empresas, es decir, de elegir y emprender las actividades económicas lícitas que deseen y de adquirir, utilizar, destinar o afectar los bienes y servicios necesarios para el real y efectivo ejercicio de esa

²⁹⁵ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Ref. Amp. 206-2008*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 3-V-2011)

actividad; (ii) la libertad de realizar la gestión de la empresa, por ejemplo el establecimiento de los objetivos propios de la empresa, su planificación, dirección, organización y administración–; y (iii) la libertad de cesar el ejercicio de dicha actividad.

El Estado tiene obligación de “(...) garantizar la Libertad empresarial” (art. 110 inc. 2° Cn). y sobre esta base toda persona tiene derecho de emprender cualquier actividad económica lícita y el Estado tiene obligación de proteger al ciudadano emprendedor.

La práctica delictiva de utilizar las personas jurídicas como mecanismos de cobertura para cometer delitos en el ámbito de la actividad económica es una actividad que es ilícita, razón por la cual no goza de la protección del Estado y por tal razón debe prevenirla y reprimirla mediante el ejercicio de su poder punitivo.

C) SUBSIDIARIEDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ACTIVIDAD ECONOMICA.

La realidad local derivada de la realidad global, pone de manifiesto que el catálogo delincencial de los ilícitos penales cometidos en el ámbito del funcionamiento de las personas jurídicas por medio de sus organismos de representación y administración, lejos de disminuir o desaparecer tienden a crecer en consideración a que buena parte de las actividades de la vida moderna tienden a verificarse a través de medios de personas jurídicas.

De esta forma, las oportunidades y los medios para delinquir de las personas jurídicas se han multiplicado sustancialmente, sin que pueda reducirse la criminalidad de la empresa a un sector específico, ni limitar el perfil de este tipo de delincuencia a las características tradicionalmente conocidas.

A partir de lo anterior, si bien el Estado debe garantizar el pleno y efectivo ejercicio de la libertad económica y la libertad de empresa esto no implica que la misma pueda ser absoluta e ilimitada, dado que el Estado pueda intervenir en el mercado, por medio de la amplia gama de alternativas normativas - límites, regulaciones, etc.- que la Constitución y el orden jurídico permitan, a fin de asegurar su ejercicio armónico y congruente con la libertad de los demás y con el interés y el bienestar de la comunidad.

Es en este contexto donde resulta aplicable el denominado Principio de Subsidiaridad de la Intervención del Estado en la Actividad Económica como un mecanismo excepcional al cual se debe recurrir para eliminar los riesgos de afectación a bienes jurídicos supraindividuales como consecuencia de la realización de prácticas delictivas por parte de las personas jurídicas por medio de sus organismos de representación y administración, delincuencia que el funcionamiento del mercado por sí mismo no puede prevenir, ni reprimir, razón por la cual se requiere de la intervención del Estado para realizar esa función mediante la creación de normas propias del Derecho Penal Económico, como las contenidas en el Código de Comercio, Código Civil y Códigos Penal y Procesal penal, teniendo siempre presente que dicha intervención solo estará justificada si dicha intervención tiene por finalidad garantizar o preservar el interés social a que hace referencia el Artículo 102 inciso 2° de la Constitución de la República.

4.2. PROBLEMAS DOGMÁTICOS EN LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, DERIVADA DE HECHOS DELICTIVOS COMETIDOS POR LOS ORGANISMOS DE ADMINISTRACIÓN, DENTRO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

Para arribar a los problemas dogmáticos en la aplicación de la responsabilidad civil, derivada de hechos delictivos cometidos por los organismos de administración de las sociedades anónimas debemos referirnos a algunas circunstancias fundamentales a considerar y así tenemos que, en términos generales puede afirmarse que las personas jurídicas constituyen una creación del derecho, como respuesta a los nuevos retos de organización que trae consigo el desarrollo de la vida social y económica moderna; en ese contexto al igual que las personas naturales, la persona jurídica es sujeto de derechos y obligaciones y al desempeñarse acorde a su finalidad social, pueden surgir conflictos con terceros. En el ámbito civil esto puede generar la imputación al ente moral de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual. Según corresponda a la naturaleza de los hechos por el ente colectivo protagonizados.²⁹⁶

El tema de la responsabilidad civil de las personas jurídicas genera controversias²⁹⁷, como es lógico, pues se trata de una materia que encierra una compleja problemática en tanto la persona jurídica, como ente abstracto que es, necesita de personas físicas a través de las cuales puede realizar las actividades que forman parte de su finalidad social. De esta manera la actuación material de este tipo especial de sujeto de derechos es realizada por

²⁹⁶ Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre: Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas por actos de sus administradores o dependientes” Castillo Freyre, consultado el 12 de mayo de 2022

<http://www.castillofreyre.com/index.html>.

²⁹⁷ *Ibíd.*

las personas naturales que la conforman o se relacionan con ella, ya sea como socios, administradores o simples dependientes.

Por lo anterior, en materia de responsabilidad civil es preciso distinguir tres niveles:

- 1) La responsabilidad civil de los administradores de las personas jurídicas.
- 2) La responsabilidad civil de los miembros de la persona jurídica frente al sujeto corporativo y a terceros.
- 3) La responsabilidad civil de las personas jurídicas derivada del obrar de sus administradores o sus representantes y de sus dependientes. Aquí debe tenerse en cuenta los actos o negocios de gestión y los actos ilícitos.²⁹⁸

Entonces, es necesario aclarar tal y como la mayoría lo concluye, que un rasgo esencial del sujeto corporativo es que su esfera jurídica es autónoma e independiente de la esfera jurídica de las personas que lo conforman. Nadie pone en duda que desde el momento en que nace la persona jurídica surgen dos centros de imputaciones: el del ente moral y de las personas naturales que las integran, vistas de manera individual. No obstante establecer la diferencia entre estos dos centros de imputaciones no es siempre tarea fácil para los operadores de derecho.

Lo anterior sumado a la gran variedad de sistemas que dividen el pensamiento moderno tanto en lo que se refiere a la responsabilidad civil y sus fundamentos, como respecto a la naturaleza de estos entes jurídicos, ha llevado a plantear

²⁹⁸ Juan Espinoza Espinoza, "Capacidad y Responsabilidad civil de la persona jurídica" *Revista Jurídica del Perú*, n. 17, año XLVIII, octubre-diciembre, (1998) 196.

diversas soluciones en torno a la responsabilidad civil de la persona jurídica respecto de los hechos de sus administradores o dependientes.

Según el punto de partida que se adopte se puede llegar a soluciones distintas con diversas consecuencias prácticas de gran relevancia en un mundo como el nuestro, donde el tráfico comercial y el desarrollo económico en general hacen inevitable que surjan víctimas que requieren ser indemnizadas²⁹⁹. Así por ejemplo para un sector de la doctrina las personas jurídicas son inimputables y, por tanto, no pueden ser responsabilizadas de ningún ilícito, puesto que no existen en la realidad, por lo que la responsabilidad recae en los autores directos del hecho que causó el daño que debe ser reparado. Por otro lado, hay teorías que, basadas en diversos argumentos aceptan la responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica, pero sin ponerse de acuerdo en si se trata de responsabilidad directa o de una responsabilidad refleja con relación a sus administradores o dependientes.

4.2.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA.

La responsabilidad civil contractual no genera mayores problemas para su análisis, en tanto poseen la condición de personas jurídicas pueden celebrar toda clase de actos jurídicos y por consiguiente adquirir derechos y asumir obligaciones por medio del ejercicio de las actividades acorde a su finalidad social; si celebrado el contrato, la persona jurídica incumple o cumple tardía, defectuosa o parcialmente la prestación a la que se había obligado ante su acreedor, por causa a ella imputables, puede ser obligada a cumplir por medios coercibles, más la correspondiente indemnización por los daños adicionales que con ello cause, art. 1427 del Código Civil.³⁰⁰

²⁹⁹ *Ibíd.*

³⁰⁰ Código Civil. (El Salvador, 23 de agosto de 1859) art. 1427

Lo anterior se fundamenta en que establecida la personería jurídica del ente moral como indispensable para su actuación en el campo de las relaciones jurídicas en las que se desempeñará, sería ilógico que no asumiera también su responsabilidad contractual. No imputarle esta responsabilidad por los daños que cause al incumplir los contratos que celebre implicaría otorgarle un privilegio inexplicable que perjudicaría el tráfico comercial, pues nadie contrataría con las personas jurídicas si pudieran evadir el cumplimiento del contrato sin responsabilidad alguna. Para que se configure la responsabilidad de la persona jurídica es necesario que el contrato haya sido válidamente celebrado, por lo demás el ente moral queda obligado si el representante actúa dentro de los límites de sus facultades y respetando los estatutos de la sociedad.³⁰¹

Entonces podemos indicar lo siguiente:

- 1) El contrato vincula a la persona jurídica en tanto fue celebrado en su nombre y de acuerdo a las facultades que ella misma le otorgó a su representante, por ello es la persona jurídica y no la persona física que lo representó, la que se encuentra obligada frente a su contratante. Si incumple lo estipulado en el acto jurídico debe asumir las obligaciones que de ello se deriven.
- 2) Existen también razones de equidad y de necesidad práctica de la vida social: los terceros, al relacionarse con la persona jurídica toman en cuenta la solvencia de ésta, no de las personas físicas que la representan.

³⁰¹ *Ibíd.*

4.2.2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA.

Un sector de la doctrina, sostiene que el fundamento de que la persona jurídica asuma las consecuencias de los actos ilícitos de sus órganos o dependientes, cuando estos actúan fuera de los límites de las facultades que le han sido conferidas, se resume en la teoría de la apariencia.

“La protección de la confianza y la necesidad de seguridad jurídica en las relaciones jurídicas, llevan a que, en el orden jurídico, como aplicación del principio general de buena fe, se institucionalice la denominada teoría de la apariencia, como medio de protección al tercero de buena fe.”³⁰²

Según esta teoría las personas jurídicas, además de responder por lo actuado por sus órganos dentro del límite de sus facultades, también responden por lo que es aparente como tal. El fundamento de la responsabilidad en ese caso consistiría en que más allá de que exista o no culpa, se deben asumir las consecuencias de la apariencia creada cuando se indujo en error excusable al tercero³⁰³.

Juan Espinoza, asume una posición distinta: “En materia de responsabilidad extracontractual resulta un principio fundamental, el de la irresponsabilidad directa de la persona jurídica.” Este tipo especial de sujeto de derecho responde de manera indirecta. El fundamento de esta responsabilidad no reside en una culpa in eligiendo o in vigilando de la persona jurídica con respecto a sus representantes, por cuanto, “la negligencia de la persona jurídica en la elección o en la vigilancia de sus órganos, no es más que la

³⁰² “Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre. Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas por actos de sus administradores o dependientes.”

<http://www.castillofreyre.com/index.html>.

³⁰³ *Ibíd.*

negligencia de algunas personas físicas, en el desempeño de sus atribuciones institucionales.”³⁰⁴ Es por ello que se perfila con mayor consistencia que la responsabilidad de la persona jurídica es de carácter objetivo, siendo el factor de atribución, el riesgo creado por ellas a raíz de su actuación: “quien genera riesgos con el desarrollo de su finalidad, debe equiparativamente asumirlos.” Sin embargo, es importante delimitar si el representante (u órgano) ha actuado en el ejercicio (o con ocasión) de sus funciones con el resultado que se genere, como lo habíamos anticipado, en vía solidaria, es decir una responsabilidad directa del agente y una responsabilidad indirecta de la persona jurídica.

Lógicamente podemos asumir que, la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas se basa en la idea del riesgo creado con su actividad. De la misma manera que la persona jurídica asume los beneficios de su actividad debe asumir las pérdidas. El riesgo del daño causado por el sujeto corporativo, es una de las posibilidades de pérdida que le corresponde como correlativo a las probabilidades de ganancia.

Basados en la teoría organicista, que otorga la posibilidad de que la persona jurídica responda de manera directa por los actos cometidos por sus órganos cuando éstos no excedieron sus funciones o facultades y actuaron de conformidad con los estatutos de la sociedad y con la ley, podemos asumir que la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus representantes o dependientes no siempre es refleja, sino más bien directa.³⁰⁵

Lo anterior, puede asumirse a consecuencia del razonamiento de que ningún estatuto o ley puede facultar para cometer actos ilícitos civiles, delitos o faltas, por lo que es perfectamente posible que, ejerciendo su giro ordinario se cause

³⁰⁴ Espinoza Espinoza, “Capacidad y Responsabilidad civil de la persona jurídica”, 198

³⁰⁵ Esta responsabilidad directa se funda en la tesis de que el órgano es el depositario de la voluntad de la persona jurídica. cuando actúa el órgano es como si estuviera actuando el propio sujeto corporativo, por lo que las consecuencias derivadas de ese actuar deben ser vistas como propias

daño a un tercero.³⁰⁶ Habrá en cambio, responsabilidad por hecho ajeno en la medida que aquella sea consecuencia del actuar de los representantes y de sus dependientes.

El ordenamiento jurídico Salvadoreño regula en el Código Penal, la responsabilidad civil subsidiaria especial, misma que parte de la premisa básica de que una persona natural puede, actuando como directivo, representante legal o administrador de una persona jurídica incurrir en la comisión por acción u omisión de un hecho punible constitutivo de delito o falta y por ello deberá responder personalmente aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales cualidades se dieran en la persona en cuyo nombre se actuó, lo que lógicamente está amparado en la figura del “actuar por otro,” previsto en el art. 38 del Código Penal,³⁰⁷ que además indica en el inciso 2° que en todo caso la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial, siendo este tipo de responsabilidad, cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes del hecho punible cometido por el imputado, es una persona jurídica, o en su caso, de trate del Estado o cualquiera de sus entes autónomos.

En el caso de que las personas jurídicas deban responder, resultan obligados subsidiariamente:

- 1) Las personas Jurídicas dueñas de empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores,

³⁰⁶ Pedro N. Zelaya Etchegaray, “Sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en el Código Civil Chileno” *Revista Chilena de Derecho* n. 3, Volumen 13, septiembre-diciembre (1986): 536

³⁰⁷ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 38

dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral;

2) Las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles; y

3) Los que señalen las leyes especiales.

En el caso de que la responsabilidad civil subsidiaria especial corresponda al Estado, éste es responsable por los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios o empleados con motivo del desempeño de sus cargos y de la misma manera deben responder las instituciones públicas autónomas y las municipalidades cuando así expresamente lo ordene la ley.³⁰⁸

Además, debe tomarse en cuenta dos circunstancias elementales para que las personas jurídicas respondan civilmente por los daños y perjuicios que causen a terceros, por las actuaciones de sus organismos de representación o dependientes, una de ellas es que toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo será también civilmente, si del hecho se derivan daños o perjuicios, ya sean estos de carácter moral o material;³⁰⁹ y la segunda es que cuando la comisión de un hecho punible se atribuyere a una persona jurídica, tendrán la calidad de imputados las personas que acordaron o ejecutaron el hecho punible, conforme lo regula el art. 80 del Código Procesal Penal.³¹⁰

Con todo ello, en caso de que la persona jurídica fuere responsable indirecto y responda civilmente por los hechos punibles cometidos por sus administradores o dependientes, tanto en la modalidad de responsabilidad

³⁰⁸ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 121

³⁰⁹ *Ibíd.* Art. 116

³¹⁰ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2011) Art. 80

solidaria o subsidiaria, queda a salvo el derecho de repetición contra el autor del ilícito, conforme a lo dispuesto en el artículo 124 del Código Penal.³¹¹

4.2.3. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Puede válidamente sostenerse que históricamente, el derecho penal se construyó sobre la base de la persona individual, es decir se ha construido en torno al ser humano como titular de derechos fundamentales, a partir de ello se comienza a razonar y concluir que el Estado debe ser respetuoso de los derechos fundamentales y a la vez garante de los mismos a través de distintas instituciones, siendo una de ellas el derecho penal, a esto se le puede denominar Estado de Derecho.³¹² Entonces resulta lógico que para cumplir con las finalidades de prevención general, especial y de reafirmación de las normas jurídicas, el derecho penal ha de realizar intromisiones en los derechos fundamentales y por ello es necesario que se encuentre limitado, de allí surge la denominación de “límites al ius puniendi del Estado,” el legislador Salvadoreño lo denominó en el capítulo I del Código Penal, “garantías penales mínimas”, que deben ser observadas en la aplicación de la ley penal, así, lo indica el art. 6 del Código Penal, “los principios fundamentales del presente capítulo, serán aplicables siempre. Las normas generales de este Código serán aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales, salvo que estas contengan disposiciones diferentes.”

Lo anterior legitima un derecho penal democrático, en el que todo el andamiaje punitivo del Estado queda limitado, dentro de esos límites se encuentran los

³¹¹ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo, 124

³¹² Max Weber, *Economía y Sociedad*, 10a reimpresión (España: Editorial J. Winckelmann, 1993), 707, “El Estado de Derecho se basa en la división de poderes que integra el gobierno y que los mismos ejerzan el poder conforme a derecho”

principios de legalidad, de lesividad, de proporcionalidad y de responsabilidad o culpabilidad.³¹³

Dentro de esos límites se encuentra, el denominado principio de culpabilidad. “la consecuencia principal de este principio es que nadie puede ser condenado a una pena sin que haya podido motivarse en la norma, para decidir libremente entre cumplirla o quebrantarla, lo que supone la existencia de una conexión subjetiva entre el autor y el hecho (no es admisible la responsabilidad objetiva), y su libertad de actuar al momento de la comisión, (no se puede castigar al que no tuvo libertad para motivarse en la norma, sea porque no pudo conocerla, por inmadurez, enfermedad u error, sea porque conociéndola se vio compelido a no respetarla.)

En otras palabras, es necesario que el autor haya tenido libertad para actuar de un modo diferente al que lo exteriorizó,³¹⁴ lo anterior es lo que constituye la esencia del principio de culpabilidad. Otro de los presupuestos del principio de culpabilidad es la capacidad de motivarse en la norma por parte del sujeto, a efecto de formar el juicio de reproche: “Hay culpabilidad cuando al autor le era exigible motivarse en la norma, evitando la comisión del ilícito penal. Hay culpabilidad, entonces, cuando puede formarse un juicio de reproche jurídico-penal (sobre la base de los principios que irradian de la constitución) por no haberse motivado en el mandato normativo. La doctrina y jurisprudencia de los derechos penales emparentados con el sistema continental Europeo, consideran que el principio de culpabilidad está consagrado en los textos

³¹³ Cámara Primera De Lo Penal de La Primera Sección del Centro, *sentencia definitiva, referencia 170-2012*, (El Salvador: Corte Suprema de justicia, 2013) “a partir de dicho principio ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es fruto de una decisión, por tanto, no puede ser castigado y ni siquiera prohibido, sino es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad necesarias en una persona capaz de comprender y querer producir un resultado dañoso.”

³¹⁴ Mariano Silvestroni, *Teoría Constitucional del Delito, primera edición* (Argentina: Editores del puerto, 2004), 167

constitucionales. Se sostiene que se deriva de la dignidad de la persona humana reconocida constitucionalmente o que se trata de uno de los tantos derechos implícitos o innominados.³¹⁵

El principio de culpabilidad, es considerado como único presupuesto de la pena y esto es así por lo siguiente: “En términos generales puede decirse, entonces, que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Así mismo en el momento de la individualización de la pena el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcional al hecho cometido. Consecuentemente, serán incompatibles con el principio de culpabilidad el *versare in re ilícita*, la fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado (responsabilidad objetiva y delitos cualificados por el resultado), la negación a la relevancia del error de tipo, al de prohibición y al error sobre la punibilidad a la aplicación de penas a quienes no hayan podido comprender las exigencias del derecho o comportarse de acuerdo con ellas y a quienes hayan obrado bajo condiciones en las que la ley no exigen su cumplimiento. En el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad excluye toda pena que supere con su gravedad la del hecho.”³¹⁶

En similar sentido se ha pronunciado la Sala de Lo Penal de la Corte Suprema de Justicia: “Ante lo denunciado, debe acotarse que esta Sala en relación a la aplicación del art. 4 Pn., ha considerado como premisas que la prohibición de cualquier forma de responsabilidad objetiva, obliga a analizar el juicio de

³¹⁵ Mariano Silvestroni, *Teoría Constitucional del Delito*, 168

³¹⁶ Enrique Bacigalupo, *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, (Argentina: editorial Hammurabi S.R.L., 1999) 140

culpabilidad efectuado, es decir la infracción de una norma jurídico penal de la cual el imputado tenía la capacidad mental de comprender y saber el carácter antijurídico de su actuar, en razón de estar en plena libertad para determinar su propio comportamiento y que una vez determinada en la fundamentación de la sentencia la imputación subjetiva, también debe considerarse si se realizó el juicio de imputabilidad objetiva, en cuanto a que el actuar del imputado creó un riesgo jurídicamente desaprobado, dando como resultado un hecho penalmente relevante y atribuible a su acción.”³¹⁷

“En tal sentido, tomando en cuenta que el fundamento del principio de culpabilidad radica, justamente, en la capacidad del sujeto de elegir, actividad que depende también de lo que él pudo comprender para realizar esa elección, el análisis jurídico del reproche debe tener presente esas condiciones personales por las cuales se pudo optar y seleccionar una determinada conducta.”³¹⁸

Esa misma postura ha asumido la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: “Por otra parte, el principio de culpabilidad, constituye un axioma indiscutible en el derecho penal moderno y uno de los pilares fundamentales en el derecho sancionatorio en general. Además de ello la doctrina penal dominante lo considera un límite a tomar en cuenta en cualquier formulación político-criminal. En ese orden, este Tribunal, en decisiones como la inc. 52-2003 ya citada, afirmó en el considerando que: “sólo las acciones externas, que producen efectos lesivos e imputables a la culpabilidad de una persona- y no a su apariencia, actitud o características antropológicas, expresables con términos indeterminables objetivamente-, son verificables ante el juez de manera precisa y prescribibles taxativamente por el legislador

³¹⁷ Sala de Lo Penal, *Sentencia Definitiva, Referencia: 114C2018*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia,2018.)

³¹⁸ Sala de Lo Penal, *Sentencia Definitiva, Referencia: 89C2017*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia,2017.)

como elementos constitutivos de delito en el sentido exigido por la Constitución. Igualmente, la imputación subjetiva significa tomar en consideración las condiciones psíquicas del autor y determinar en qué grado le es atribuible el hecho cometido.”³¹⁹

En El Salvador el principio de culpabilidad, está reconocido en el art 12 de la Constitución,³²⁰ que establece: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. La persona detenida debe ser informada de forma inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia, en los términos que la ley establezca. Las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así las obtuviere y empleare incurrirá en responsabilidad penal.”³²¹

Pero además tal principio ha sido considerado en tratados internacionales que, ratificados por El Salvador, constituyen leyes de la República³²², en ese contexto el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 o mejor identificado como pacto de San José, reconoce el principio de culpabilidad en el art. 2. “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su

³¹⁹ Sala de Lo Constitucional, *Sentencia Definitiva, Referencia:22-2007AC*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia,2015).

³²⁰ Constitución de la República. (Asamblea Constituyente, diciembre 1983) art. 12

³²¹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 52-2023/56-2023/57* (Corte Suprema de Justicia,2004). “Así también para que una persona pueda ser considerada como culpable de un hecho doloso o culposo, éste ha de ser atribuible a su autor, como producto de una motivación racional normal.”

³²² Constitución de la República. (Asamblea Constituyente, diciembre 1983) art. 144

culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas...”³²³

Con todo lo anterior, es indudable que es parte fundamental de nuestro sistema penal, el principio de culpabilidad, pues constituye un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, pues sin él sería imposible frenar arbitrariedades, siendo éste el último peldaño a superar previo a obtener una pena, es necesario que se agoten sus exigencias a fin de poder evaluar la voluntad del sujeto activo del delito, de llevar a cabo todas las exigencias objetivas del tipo atribuido con conciencia plena de su absoluta ilicitud, valorando entonces el desvalor de acción en franca relación de causalidad con el resultado lesivo al bien jurídico protegido por la norma sustantiva y obviamente al daño causado, de allí la relevancia del aludido principio.

4.2.4. CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

En un esfuerzo por simplificar el tema, pues el mismo es de amplio análisis, se puede sostener en cuanto a la culpabilidad de las personas jurídicas, en síntesis, hay al menos tres puntos de partida.³²⁴ Primero, estimar que nos es preciso mantener la exigencia de culpabilidad cuando el infractor es una persona jurídica. Segundo: acudir a la culpabilidad por representación, es decir, a la persona jurídica se le imputaría la culpabilidad de la persona física realmente actuante. Tercero: cabe elaborar una forma de culpabilidad específica para las empresas o entes colectivos.

Teoría negadora de la culpabilidad de las personas jurídicas.

Corresponde aclarar que no se va a hacer referencia a las tesis negadoras de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, sino a aquellas que

³²³ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, 1969), art. 8.2.

³²⁴ Richard Hernán Salinas Mora. “Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas. Análisis de Derecho Comparado” (Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, curso 2016/2017.)

rechazan que la culpabilidad sea una categoría necesaria en el caso de los delitos cometidos por tales entes. Entonces, también debe aclararse que existe una posición casi generalizada por la doctrina en el sentido de que, en el derecho de las contravenciones se exige culpabilidad, reconociendo capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, como consecuencia lógica también se puede hablar de una culpabilidad de aquellas en Derecho Penal, en la medida en que no hay diferencias entre una y otra rama del derecho.³²⁵

Otra cosa muy diferente es qué se debe entender por culpabilidad cuando de personas jurídicas se trata, no puede compartirse la teoría negadora de la necesidad de mantener la exigencia de culpabilidad en las personas jurídicas, tanto de lege data, como de lege ferenda, existiendo sólidas razones para ello. En primer lugar, debe considerarse que rechazar la exigencia de culpabilidad en las personas jurídicas puede implicar una inaceptable afección al principio de proporcionalidad³²⁶. En efecto si se prescinde de la culpabilidad de las personas jurídicas, las sanciones frente a éstas se deben fundamentar exclusivamente sobre bases preventivas, se trataría de disuadir de la comisión de determinados comportamientos. Al no existir límite de la culpabilidad, cabe la imposición de sanciones muy elevadas, desproporcionadas, para conseguir los fines perseguidos, sean estos de poca importancia o legítimos. En segundo lugar, la tesis aquí criticada, puede plantear problemas desde el punto de vista del principio de igualdad, en la medida en que se sostenga, que el juicio de culpabilidad tiene entre otras funciones la de individualizar la responsabilidad del autor, esto es, la de considerar los factores individuales del delito.

³²⁵ Joachim Hirsch, *La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Asociaciones de Personas*, 1110

³²⁶ Bern Schünemann. De tal posibilidad son conscientes quienes sostienen la necesidad de prescindir de la culpabilidad, pues insisten en el sometimiento al principio de proporcionalidad. Köln, Berlin, München, 1979, 241

De esta forma se atiende en este momento a la desigualdad de los sujetos entre sí, incorporándose al Derecho Penal el pensamiento de que no solo debe tratarse lo igual como igual, sino lo desigual como desigual.³²⁷ Prescindir de la culpabilidad de las personas jurídicas, en el Derecho Penal, lleva a tratar igual a quien no hay nada que censurarle que a quien si se le puede reprochar algo, por ejemplo, un déficit organizativo. Por último debe optarse por construcciones que permitan, en la medida de lo posible, mantener la mayor homogeneidad dentro del sistema punitivo estableciendo el más elevado nivel de garantías posibles, considerando la alta capacidad del derecho penal para incidir en los derechos de las personas, incluyendo aquí los de las personas jurídicas, de lo contrario se incurriría en una responsabilidad por el riesgo que tiene su fundamento en el ámbito del derecho civil, pero que carece de sentido en un derecho de carácter punitivo.

El punto de vista sostenido en el sentido de la necesidad de aceptar que al imponer sanciones a las personas jurídicas se debe partir de la culpabilidad de éstas y no prescindir de ese elemento, se encuentra en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Éste afirma que, para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas, no se suprime el elemento subjetivo de la culpa, sino que, simplemente, ese principio se aplica de manera distinta a como se hace respecto a las personas físicas, así sostiene que en cuanto a las personas jurídicas el principio de culpabilidad se ha de aplicar de manera diferente que a las personas físicas: “Esta construcción diferente de la imputabilidad de la autoría a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que corresponden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido

³²⁷ Ángel Torio López, El concepto individual de Culpabilidad, 300. Partiendo de un concepto diferente, la idea se encuentra también presente en Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte, General, 5a Edición*, 20, 50, 5

estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que infringe y de la necesidad de que dicha protección sea eficaz.” (SSTC 246/1991 de 19 de diciembre F.J. 2^o, y 129/2003, del 30 de junio, EJ, 8^o)³²⁸. Entonces conforme al criterio del Tribunal Constitucional, las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad, debiéndose precisar en qué consiste esa capacidad de culpabilidad.

4.2.5. LA CULPABILIDAD COMO DEFECTO DE ORGANIZACIÓN.

Bajo las anteriores circunstancias y entendiendo que desde luego la atribución de culpabilidad a las personas jurídicas es un problema dogmático a superar, probablemente la construcción más adecuada en el estado actual de la ciencia jurídica es, con ciertos matices,³²⁹ la desarrollada por TIEDEMANN. Como es conocido, debe hablarse de culpabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización, lo que entiende el citado autor, guarda relación con el fenómeno de las “acciones liberae en causa”, donde se sanciona por la falta de cuidado, no cuando acaece el hecho, sino en un momento anterior.

Por lo anterior, la culpabilidad implicaría un juicio de reproche que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de medidas que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa.³³⁰ Como en el caso de las personas físicas, la culpabilidad de las entidades colectivas implicaría un juicio complejo, toda vez que en él se deben considerar una multiplicidad de elementos diversos. Por ejemplo, la culpabilidad será particularmente patente, aunque no

³²⁸ Concretamente con la presunción de culpabilidad que se desprende de la construcción de este autor

³²⁹ Carlos Gómez Jara- Diez, “La Culpabilidad Penal de La Empresa” (Tesis Doctoral UAM, Marcial Pons, 2005) 82 y s.s. Por otra parte, como resulta evidente, se trata de un juicio de carácter eminentemente valorativo, véase Markus Brender, Die Neuregelung der verbandstatterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, Freiburg, 1989,112.

³³⁰ *Ibid.*

sólo, en las hipótesis en las que el hecho protagonizado por la persona jurídica no se deba a la actuación particular de un sujeto enmarcado en aquella, sino a un cúmulo de incorrectas operaciones individuales de personas físicas insertas en la estructura propia del ente colectivo de que se trate.³³¹ Así mismo, entendemos que sistemáticamente es aquí donde deben considerarse algunos de los rasgos de las personas físicas realmente actuantes u omitentes, como la presencia o ausencia de causas de disculpa, de inimputabilidad o error de prohibición; a diferencia de lo que ocurre con el delito tradicional, la constatación de cualquiera de los elementos citados automáticamente no determinará la exclusión de la responsabilidad del ente, puesto que, precisamente, puede constituir un síntoma de una deficiente organización.

El criterio de TIEDEMANN ha tenido un amplísimo eco internacional³³² la construcción expresada presenta algunas notables virtudes, entre ellas podemos destacar dos. Por una parte, permite mantener la culpabilidad como un juicio individualizador de la responsabilidad. Por otra parte, se trata de un diseño que mantiene el carácter material del juicio de culpabilidad. En cuanto a lo primero, la idea de defecto de organización es coherente con la idea ya citada de que el juicio de culpabilidad se debería proceder a considerar y ello es válido para personas físicas y jurídicas, los factores individuales de la infracción, ignorados en el juicio de antijuridicidad, atendiendo al pensamiento de que no sólo debe tratarse lo igual como igual, sino lo desigual como desigual.

Los problemas no se solucionan por completo con la adopción de un determinado modelo de culpabilidad. En las elaboraciones habituales destinadas a las personas físicas, también se configura como un juicio

³³¹ Nieto Martín, *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas: Un modelo legislativo*, 162-163

³³² José Miguel Zugaldía Espinar, "Capacidad de Acción y Capacidad de Culpabilidad de las Personas Jurídicas", 624

completo integrado por una pluralidad de elementos: la conciencia de antijuridicidad, la imputabilidad, la ausencia de causas de exclusión de responsabilidad penal, etc. Sin embargo, lo característico de la práctica total de tales elementos, es que están diseñados pensando en personas naturales, no en entes colectivos; por ello debe plantearse si su presencia o ausencia tiene alguna clase de influencia en la culpabilidad de la persona jurídica. Así se ha sostenido que dentro de la categoría culpabilidad característica de las personas jurídicas es preciso eliminar todos aquellos elementos pensados para un sujeto con características físicas.³³³ Aceptando tal punto de partida, debe estarse a las circunstancias del caso concreto, de forma que la falta de culpabilidad de la persona física que actúa en nombre de la jurídica puede en ocasiones excluir la responsabilidad de ésta última o al contrario ser un síntoma de defecto organizativo.

Para la situación antes aludida, podemos invocar la hipótesis de error de prohibición en la persona física actuante, cuando se traduzca en una actuación de la sociedad, si tal persona física sin conocimientos jurídicos adopta decisiones que afectan a la persona jurídica, bajo un error de prohibición, estaremos ante un síntoma de ese defecto de organización, en la medida en que se pudo haber contratado a una persona suficientemente cualificada.³³⁴ Sin embargo, cabe la posibilidad de aceptar que la complejidad de la normativa aplicable al caso resulta objetiva, por lo que es posible entender que hay un error de prohibición vencible o invencible que afectó a la persona jurídica.

Por el contrario, si quien actúa o deja de hacerlo en el caso de las omisiones, lo hace bajo un trastorno mental transitorio, estado de necesidad o miedo impulsado por miedo insuperable, probablemente se pueda concluir que la

³³³ Bacigalupo Saggese, *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas*, 216

³³⁴ Günter Jakobs, *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (Madrid: Traducción de Cuello Contreras y J. L. González de Murillo) 29-73

infracción cometida no es consecuencia de un defecto de organización; el anterior razonamiento puede aclararse con un ejemplo, pensemos en el directivo que enloqueciendo repentinamente transmite una orden a un operario, de llevar a cabo un vertido contaminante, advirtiendo el trabajador que ha sido autorizado por el correspondiente organismo de cuenca. Otra cosa sería que el Consejo de Administración de la persona jurídica designase como director gerente de la empresa a un sujeto cuyos patentes de desequilibrio psíquico hiciesen previsible la adopción de medidas que pudieran ser peligrosas o lesivas de bienes- jurídico penalmente protegidos. Sin lugar a dudas en estos casos es necesario un acto valorativo por parte del juzgador, como ocurre en la culpabilidad característica de las personas físicas, que pondere las circunstancias del caso concreto.

Con base a lo anterior y tomando en consideración los problemas dogmáticos que pueden presentarse cuando de las Sociedades Anónimas se trata, que actuando a través de sus organismos de representación incurren en hechos delictivos, pueden hacerse diversidad de planteamientos de los mismos, como diversidad de ellos ocurrirán conforme a la casuística y a la necesidad de atención y solución en atención a derechos de rango constitucional, tales como la seguridad jurídica, la eficacia del acceso a la justicia para los gobernados, del principio de legalidad, de resolución ante los problemas que se suscitan en el quehacer social y del principio de legalidad mismo, lo cual abordaremos de la siguiente manera: ciertamente el art. 6 del Código Penal establece como premisa fundamental, que los principios fundamentales del presente capítulo se aplicarán siempre y además que las normas generales de este Código serán aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales, salvo que estas contengan disposiciones diferentes.³³⁵

³³⁵ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 6

Dentro de los principios aplicables para el juzgamiento de hechos delictivos, tanto en delitos comunes cometidos por personas naturales, como por entes colectivos jurídicamente organizados y específicamente sociedades anónimas, son aplicables los de legalidad, de lesividad del bien jurídico, de proporcionalidad y de responsabilidad o culpabilidad, con la excepción que para estos últimos debe como se dijo en apartados anteriores, hacerse una interpretación diferente respecto del principio de culpabilidad, en el sentido de aplicar el defecto de organización, pues las mismas, como también se ha dicho en el presente trabajo, no son personas físicas dotadas de capacidad de acción, como si lo es una persona natural, son entes morales o ficticios, creados por el derecho para fines o propósitos lícitos, que llevan inmerso el principal, ánimo de lucro, pero siempre dentro de una adecuada convivencia social, con obediencia de las reglas del mercado y de las normas jurídicas que regulan su funcionamiento; sin lugar a dudas todo anterior está relacionado con un principio básico que podría causar problemas al momento del encausamiento de las personas naturales que ejercen funciones de representación judicial, extrajudicial y uso de la firma social de las sociedades anónimas, que generalmente el presidente de la junta directiva o el director único, según corresponda a la particularidad de la sociedad anónima de que se trate,³³⁶ y es el principio de responsabilidad previsto en el art. 4 del Código Penal y que consiste en que: “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar, la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que ésta unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto.

³³⁶ Código de Comercio. (Asamblea Legislativa, mayo 1970) Art. 260.

La culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión.”³³⁷

Dicha disposición sin lugar a dudas obedece a una corriente jurídica finalista, pero que en definitiva constituye ley de la República y por tanto aplicable, por ende al hacerlo frente a acciones u omisiones protagonizadas por las sociedades anónimas a través de sus organismos de representación para el juzgamiento de hechos delictivos por ellos protagonizados, podría aducirse el traslado de la responsabilidad de quien ejecutó el acto material, hacia el ente jurídico, que son obviamente dos personas diferentes, una persona natural y otra, persona jurídica; y ello constituir a primera vista de análisis, responsabilidad objetiva; sin embargo de acuerdo a las corrientes doctrinarias planteadas, resulta lógico concluir que no es precisamente ello lo que deberá conducir a la deducción de responsabilidad penal por el evento delictivo acaecido, ni mucho menos de la responsabilidad civil, lo cual es el principal interés del razonamiento del presente trabajo; y ello es así aplicando las corrientes organicistas, por las que se puede concluir que lo ejecutado por los organismos de representación de una sociedad anónima, se entiende ejecutado por ella, desde luego las mismas funcionan a través de personas naturales de quien se valen para lograr sus propósitos comerciales o lucrativos, pero además se explica por el defecto de organización, sea este en el ámbito culpa en la elección de sus organismos de representación o por la culpa en la vigilancia de como ellos actúan en sus actividades ordinarias y conforme a los roles para los cuales han sido elegidos; lo que como hemos visto son aceptadas por la gran mayoría de los sectores doctrinarios de las diferentes latitudes del planeta y en especial de aquellos en los que el sistema penal continental es el que opera, con el que se identifica sin lugar a dudas El Salvador, de allí que tal forma de concluir también puede ser aceptada en

³³⁷ *Ibíd.* Art. 4

nuestro medio para los propósitos de encausamiento penal y deducción de responsabilidades por el hecho punible. A lo anterior, debe agregarse que es entendible que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, como si lo tienen las personas naturales, pero también es comprensible que las mismas se valen de personas naturales para el cumplimiento de sus finalidades sociales y otras actividades que tienen que ver con las mismas, que de igual manera poseen a través de sus organismos de representación diversas facultades propias de su naturaleza jurídica y finalidad, dentro de las que se enmarcan suscribir contratos, contraer obligaciones, pagarlas, cumplirlas como también incumplirlas, de lo que se deduce que si son capaces de todo ello, también lo serán de incumplir normas en el ámbito jurídico penal y por ende en esa modalidad deben responder en términos legales, incluyendo no sólo el cumplimiento de penas que serán generalmente de tipo pecuniarias y otras que afectan su funcionamiento ordinario, sino también en el ámbito de la reparación civil del daño causado; ello aun y cuando también se pueda concluir que los entes morales o sociedades anónimas tienen incapacidad de cumplir penas, en el sentido estricto y aflictivo de lo que en términos humanos ello significa; sin embargo las penas son de otra índole como puntualizaremos más adelante.

La Normativización De La Conducta Corporativa y La Responsabilidad Objetiva.

La tipicidad de los delitos cometidos por personas jurídicas se encuentra fuertemente condicionada por dos factores: los tipos penales están mayoritariamente diseñados pensando en la conducta de personas naturales, obviamente las personas jurídicas no tienen existencia física. La conjunción de ambas ideas permite que entendamos que la afirmación de la tipicidad penal de las entidades colectivas requiere de un juicio de atribución de responsabilidad derivado de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico

por medio de la realización de una acción típica descrita en la ley, ésta inevitablemente deberá haber sido llevada a cabo por una persona física. Tal juicio corre paralelo al de imputación objetiva en el Derecho Penal tradicional.

Lógicamente las personas jurídicas constituyen entes abstractos, creaciones del derecho de carácter instrumental, el citado juicio de atribución de responsabilidad ha de tener un carácter normativo valorativo, el cual no es susceptible de ser precisado matemáticamente. Resulta razonable concluir que, deben utilizarse ciertas pautas para reducir discrecionalidad en el juzgamiento de este tipo de hechos. En general, para la afirmación de la tipicidad de una actuación social, deberían verificarse al menos, dos extremos, el primero que la actuación de una o más personas físicas, lo que en la doctrina Alemana viene llamando hecho de conexión; el segundo, que tal actuación sólo tenga un sentido social, se enmarque dentro de los objetivos de la organización.

Entonces es una construcción importante, conforme a lo anterior, una de las características del juicio de tipicidad de los delitos cometidos por personas jurídicas, radica en un defecto organizativo de éstas. Pese al indudable sólido sustento de tales puntos de vista, la tipicidad en el caso de delitos cometidos por personas jurídicas consiste en la realización de un hecho objetivamente típico por parte de un sujeto físico, el cual se imputa a la organización, no en la existencia de un defecto de organización que por sí mismo no explica tal imputación. Lo decisivo es que el hecho en cuestión sea lesivo o peligroso para los bienes jurídicos, aparezca externamente como un hecho de empresa, con independencia de que proceda o no de un defecto organizativo, el cual, por otra parte, resulta muy difícil de conectar causalmente con el resultado lesivo, toda vez que no es un hecho, sino un dato de naturaleza valorativa. Dicho con otras palabras, el defecto de auto -organización no es la conducta relevante penal o administrativamente típica, pues sino, por ejemplo, la

verificación de un vertido, la realización de un construcción ilegal o en el marco del derecho administrativo sancionador, las maniobras contrarias a la competencia imputable al ente por tener sentido sólo en conexión con ésta, tal defecto, en nuestra opinión, sí que resulta relevante, pero en el juicio de culpabilidad, como aglutinador material de una pluralidad de elementos que permiten individualizar la responsabilidad de la entidad.

A la construcción aquí apuntada no cabe censurarle las dificultades para encontrar un hecho propio de la persona jurídica diferenciado del de la persona física. Lo injusto característico de las personas jurídicas resulta ser de naturaleza compleja, deriva de la conjunción, de la sinergia de la actuación de la persona física con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica efectivamente utilizados e implica necesariamente la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Se trata de una situación muy próxima, si bien no idéntica, a la característica de la coautoría.³³⁸

4.2.6. EN CUANTO AL CONCEPTO DE ACCIÓN:

Para un importante sector de la literatura científica las personas jurídicas carecen de capacidad de acción. Frente a tal criterio se alzan otras múltiples alternativas, para unos resulta indiferente el concepto de acción que se mantenga en el derecho penal de las personas físicas, pues siempre es trasladable a este otro contexto, para otros debe procederse a reformular el concepto tradicional en este otro ámbito, hay quien ha sostenido que independientemente de la definición que se defienda, la capacidad de acción de las personas jurídicas: “bien entendiendo que la acción de los órganos de la misma constituye en realidad una acción de la propia persona jurídica o bien entendiendo que aunque la acción solo puede ser propia del individuo que la

³³⁸ Richard Hernán Salinas Mora. “Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas. Análisis de Derecho Comparado” (Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2016/2017.) 137-140.

ha realizado, una acción realizada en nombre de la persona jurídica debe ser considerada como acción propia de la misma.³³⁹

En El Salvador, se hace referencia en el art. 19 del Código Penal a la circunstancia de que los hechos punibles pueden ser realizados por acción u omisión,³⁴⁰ de forma que es fácilmente comprensible que tal concepto se utilizaría también para las acciones ejecutadas por las personas jurídicas a través de sus representantes.

Así las cosas, cabe abordar la definición de acción como base de la propia definición de delito, en cuanto ya se ha señalado la imposibilidad lógica de prescindir de tal elemento, en la medida en que constituye el sustrato, el punto de referencia obligado, el “genus proximum”, al que se deben conectar el resto de características típicas; así las cosas, se ha considerado la acción como “manifestación de la personalidad”, lo que, entendemos, en el caso de los hechos protagonizados por personas físicas implica una exteriorización de la realidad interior del individuo, de su forma de ser. Tal concepto establece al menos un común denominador en toda clase de delito o infracción administrativa, dispone de una base mínima a la que referir las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En definitiva, permite salvaguardar las funciones que debe cumplir el concepto de acción, al tiempo que proporciona una pauta que posibilite determinar cuándo hay base suficiente para proseguir el análisis relativo a la presencia o ausencia de los restantes elementos que definen el delito. Evidentemente con ello no se solucionan matemáticamente los problemas, en la medida en que estamos ante un concepto normativo, en el que el aspecto valorativo es decisivo para el examen de la acción.

³³⁹ Richard Hernán Salinas Mora. “Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas. Análisis de Derecho Comparado”, 133-137

³⁴⁰ Ibid.

Podemos estimar que la amplitud de la definición de acción propuesta permite captar tanto las conductas de las físicas como de las jurídicas. Al respecto debe considerarse que al adjetivo “humano”, aunque en principio parece rechazar la posibilidad de que las personas jurídicas posean capacidad de acción, al final deja abierta la cuestión, lo que no se estima aceptable es sostener que en el caso de las contravenciones es posible imponer una sanción, lo que es inevitable tanto desde la perspectiva del derecho Español, como Alemán incluso sin concurrir una acción; y ello porque no resulta razonable sostener, por una parte, que el ilícito penal y administrativo posean idéntica naturaleza y, por otra, entender que presentan una estructura diferente. En resumen, debe requerirse una manifestación de la personalidad del ente colectivo, un hecho que implique una exteriorización de su forma interna de organizarse.

La cuestión de la capacidad de acción de las personas jurídicas puede tener trascendencia práctica en determinadas hipótesis. La ausencia de responsabilidad debe sustentarse sobre la base de la ausencia de acción de la persona jurídica, en la medida en que el hecho no es una manifestación de la personalidad de la empresa, sino la consecuencia de un fenómeno ajeno a su organización y por completo incontrolable. En definitiva, deben encuadrarse en este concepto sistemático los supuestos que, en ocasiones las leyes sancionadoras administrativas califican de fuerza mayor y que la doctrina administrativa viene caracterizando precisamente por la presencia de dos notas, la irresistibilidad y su carácter externo.³⁴¹

³⁴¹ Richard Hernán Salinas Mora. “Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas. Análisis de Derecho Comparado”, 135-137

4.2.7. EN CUANTO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Previsto en el art 1 del Código Penal³⁴² y que consiste en que, “Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito de forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.”

Además, establece: “No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal.”

El principio antes relacionado no requiere de mayor análisis, por cuanto es un principio básico en cualquier sistema penal, relacionado directamente con la tipicidad del hecho al momento de consideración procesal y juzgamiento, sin embargo, en el ámbito que nos ocupa, puede generar algún problema y es que si entendemos el defecto de organización aludido, surgirá la opinión de algún jurista, en el sentido de que la mayoría de delitos especiales que pueden ser cometidos por personas jurídicas a través de sus organismos de representación, desde la perspectiva del actuar por otro, están diseñados de forma dolosa o en otras palabras sus descripciones típicas corresponden a delitos dolosos y muy pocas de ellas, contienen modalidades culposas, lo que representaría un problema al momento del encausamiento de las personas que incurran en acciones u omisiones que se concreten en delito y tal limitante está prevista en congruencia con el aludido principio en el inciso tercero del art. 18 del Código Penal, que establece: “Los hechos culposos sólo serán sancionados cuando la ley penal lo establezca de manera expresa”³⁴³ para comprenderlo veamos algunos ejemplos de delitos cuya descripción típica corresponde a delitos dolosos:

³⁴² Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 1.

³⁴³ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 18

- 1) Apropiación o Retención de Cuotas Laborales, art. 245 del Código Penal.
- 2) Apropiación Indevida de Retenciones o Percepciones Tributarias, art. 250 del Código Penal.
- 3) Defraudación a la Economía Pública, art. 240 -A del Código Penal.
- 4) Tráfico de Productos Químicos y Sustancias Nocivas art. 272 del Código Penal.
- 5) Responsabilidad Penal, art. 191- B, en relación con el delito de Difamación art. 178 del Código Penal.
- 6) Infracción de Medidas de Seguridad e Higiene, art. 278 del Código Penal. etc.

Podrían citarse muchos más delitos en la situación aludida, pero sólo se pretende ejemplificar para el asunto en análisis, de manera que lo anterior no constituye un impedimento para obtener la responsabilidad civil del accionar irregular que haya causado daños a terceros; aquí cabe aclarar que la culpa a lo que hemos hecho alusión se refiere a la culpa por defecto de organización, específicamente culpa en la elección de los representantes legales de la sociedad o culpa por la falta de vigilancia en su forma de proceder, en la expectativa de que las personas esperan que dichas personas con funciones de toma de decisión dentro de la estructura social, se comporten acorde al adecuado convivir humano y las situaciones que las normas les regulan e imponen; entonces no es la culpa, como parte de los requisitos subjetivos del tipo, de manera que, la reforma no es indispensable, pues el análisis debe encausarse de la forma expresada, es decir como un dispositivo amplificador de los tipos y por lo tanto en sede de tipicidad.

4.2.8. EN CUANTO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

El referido principio se deduce del mismo texto del principio de necesidad, previsto en el art. 5 del Código Penal, que indica: “Las penas y medidas de

seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y de forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.

En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal, ni por tiempo superior al que le hubiere correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido. A tal efecto el tribunal establecerá en la sentencia, razonablemente, el límite máximo de duración.”³⁴⁴

4.2.9. EN CUANTO AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO:

Está en el art. 3 del Código Penal, que indica: “No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal.”³⁴⁵

Lógicamente el referido principio también constituye un límite al “ius puniendi” del Estado de El Salvador, por cuanto resulta indispensable realizar los juicios de ponderación adecuados para imponer penas o medidas de seguridad en una correlación entre la acción del sujeto activo del delito para cada caso en particular y la puesta en peligro o riesgo del bien jurídico protegido por la norma sustantiva aplicable a la situación fáctica de la que lógicamente ya se ha realizado el juicio de adecuación típica, de forma que, si la acción no afectó el bien jurídico, ni lo puso en riesgo, el hecho no es susceptible de ser sancionado y ello resulta aplicable a cualquier evento delictivo sometido a conocimiento del órgano jurisdiccional, por lo cual aquellos eventos protagonizados por las sociedades anónimas a través de sus organismos de

³⁴⁴ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 5

³⁴⁵ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 3

representación no son la excepción, de lo contrario los sucesos o eventos serían inocuos.

Para comprender como funciona el defecto de organización para la configuración de los delitos en los que pueden incurrir las personas jurídicas, a través de sus organismos de representación, en específico de las Sociedades Anónimas y en aplicación a los principios antes aludidos debemos referirnos a la regulación en el Código Penal, Procesal Penal, en el Código de Comercio y ejemplificando; este método resulta más efectivo para la comprensión que la simple teorización de la dogmática y los problemas que ello representa, lo que también nos ayudará a comprender la imposición de la responsabilidad civil, tema principal del presente trabajo:

En un establecimiento ubicado en la ciudad de San Salvador, perteneciente a la sociedad: “Plásticos y Más, S.A. de C.V.” el día 25 de marzo de 2022, un trabajador de nombre Carlos Hernández, enferma al grado de no poder continuar con la jornada laboral ordinaria y solicita permiso para retirarse a realizar consulta y los respectivos chequeos médicos, al comparecer al Instituto Salvadoreño del Seguro Social, le informan que no le pueden atender de sus padecimientos, pues su patrono, la referida sociedad, se encontraba en mora del pago de las cotizaciones con la referida institución.” En ese contexto interpone la respectiva denuncia en contra de su patrono en la Fiscalía General de la República y ésta después de las respectivas indagaciones, llega a la conclusión de que el patrono, la Sociedad “Plásticos y Más S.A. de C.V.” , ha efectuado los descuentos, correspondientes a las cotizaciones de las cuotas de seguridad y previsión social del trabajador antes mencionado y 20 más, pues así lo revelan las planillas y la respectiva contabilidad, pero no los ha remitido a las instituciones correspondientes, Instituto Salvadoreño del Seguro Social, A.F. P. y otras que por ley, perciben y administran esos fondos. Esa omisión ha ocurrido por el período de un año,

debido a lo anterior deduce se ha apropiado de los mismos en su beneficio y por ello concluye el ente fiscal, que el patrono ha incurrido en el delito de APROPIACIÓN O RETENCIÓN DE CUOTAS LABORALES, previsto y sancionado en el art. 245 del Código Penal en perjuicio de los derechos laborales de los trabajadores de la referida empresa.

Bajo el anterior contexto, inicia el procedimiento en contra del representante legal de la empresa, quien funge como director presidente para el período en que se llevó a cabo la acción, señor Joaquín Aguilar.

Conforme a ello, debemos considerar lo siguiente, el delito en relación establece:

CAPITULO IV: DE LOS DELITOS RELATIVOS A LOS DERECHOS LABORALES Y DE ASOCIACIÓN.

APROPIACIÓN O RETENCIÓN DE CUOTAS LABORALES.

“Art. 245.- El patrono, empleador, pagador institucional o cualquier otra persona responsable de la retención, que se apropiare o que retuviere ilegalmente fondos, contribuciones, cotizaciones, cuotas de amortización de préstamos de los trabajadores o cuentas destinadas legalmente al Estado, instituciones de crédito o bancarias, intermediarios financieros bancarios o no bancarios o instituciones de asistencia social, seguridad social o sindical; o no los ingrese en tales instituciones en el plazo y monto determinado en la ley, en el contrato correspondiente o en la orden de descuento, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Para la fijación de la sanción, el juez tomará en cuenta el número de cuotas retenidas y la cuantía de las mismas.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará en una tercera parte más de la pena máxima señalada, cuando el empleador o agente de retención responsable se apropiare de cuotas alimenticias.

La reparación civil del daño por la comisión de este delito, no podrá ser inferior al monto de las cuotas dejadas de enterar, con sus respectivos intereses legales.”³⁴⁶

Es claro que, a tenor de la descripción de tipo aplicado, art. 245 del Código Penal, denominado: Apropiación o Retención de Cuotas Laborales, el representante legal de la sociedad cuyo ejemplo nos ocupa, debe responder del acto de que su representada efectuó reteniendo las cuotas de dinero correspondientes a las de seguridad y previsión social de la víctima Carlos Hernández y 20 más, pues las planillas, los registros contables y las entrevistas de trabajadores, además de las cotizaciones hechas efectivas en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social lo revelaron, ello a través de la investigación fiscal.

Obviamente, estamos también ante un tipo penal abierto, puesto que se complementa para su configuración e interpretación, con la ley del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, la ley de creación de las AFP Y los respectivos reglamentos aplicables a la referida situación.

Con tal actividad ilícita la sociedad involucrada no sólo afectó el normal desarrollo de los deberes de las Instituciones que prestan los servicios de salud y previsión social, sino también y lo más importante, los derechos laborales de los trabajadores involucrados, al no poder hacer uso de los referidos servicios.

³⁴⁶ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículo 245

Claramente también estamos en un caso de actuar por otro, previsto en el art. 38 del Código Penal, pues la persona jurídica, sociedad anónima, es un ente abstracto que actúa a través de su representante legal, persona natural, quien conforme a su decisión se supone obra de la forma especificada. En el delito del ejemplo en análisis se cumple con el requisito que la persona jurídica, actúa a través de su representante legal.

Además, con la circunstancia de que el obligado por ministerio de ley, es el patrono a pagar los salarios por los servicios prestados por sus trabajadores y a realizar las aportaciones para que, de ese salario se efectúen los descuentos y estos sean enterados a las instituciones que los administran para seguridad y previsión social, nos encontramos ante tipo especial propio, que requiere condiciones particulares a reunir para ser sujeto activo del mismo, que generalmente no corresponden a la persona que actúa en nombre de otra, pero sí a su representada, en este caso la sociedad ya mencionada en el ejemplo, conforme a la descripción típica del art. 245 del Código Penal, pues se indica en su inicio: “El patrono, empleador, pagador institucional o cualquier otra persona...” Y sigue indicando la disposición: “...aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo...”;

Entonces, el patrono del trabajador lógicamente es la sociedad, pero será el representante legal de la misma, quien deberá responder por la acción de retener las cuotas laborales por parte de su representada respecto de los trabajadores afectados, aún y cuando él no es quien debe reunir las condiciones especiales que el tipo requiere para ser sujeto activo de él; y ello debe ocurrir para iniciar la acción penal correspondiente conforme a la facultad de representación judicial y extrajudicial y uso de la firma social que corresponde al director único o al presidente de la junta directiva, según fuere

la particularidad como funcione en la aludida sociedad conforme a lo dispuesto en el art. 160 del Código de Comercio.

Además, la sociedad deberá responder en la modalidad de responsabilidad civil subsidiaria especial, generada por las acciones atribuidas, a tenor de lo dispuesto en los artículos el inciso 2° del art. 38 del Código Penal, 118 y 121 Número 2 del Código Penal.³⁴⁷

El principio de culpabilidad no es afectado por cuanto en el caso de análisis, al aplicar la figura de la actuación en nombre de otro, se permite hacer la interpretación mayoritariamente aceptada por la comunidad jurídica, en el sentido de que la sociedad es la responsable de los hechos cometidos, desde la óptica de que operan no sólo las teorías organicistas, por las que, lo actuado por los órganos de representación en este caso, se entiende ejecutados por ente jurídico a quien representan, sino también por defecto de organización, por culpa en el deber de vigilancia, respecto de cómo estas proceden, de acuerdo al cargo y funciones que dentro de la estructura organizativa de la sociedad le corresponden, con lo que se pone es riesgo bienes jurídicos tutelados por la norma sustantiva y además se falta al deber de garante, que la sociedad misma tiene frente al conglomerado social y sus mismos trabajadores, que esperan de ella, siendo esto que la sociedad mercantil y sus organismos de representación, procedan conforme a la correcta y adecuada convivencia humana y cumplan con los deberes que la normativa correspondiente les impone.

A tales criterios debe agregarse la falta de motivos de justificación para proceder como se hizo, de forma ilícita, la capacidad de representación, la presencia de las condiciones de imputabilidad, la ausencia de error de

³⁴⁷ Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997) artículos 38, 118, 121

prohibición, etc. Por lo cual se cumpliría con el principio de culpabilidad con las especiales características mencionadas al tratarse de una persona jurídica.

Respecto del principio de lesividad del Bien jurídico: al retener el patrono las cuotas de seguridad y previsión social del trabajador y no enterarlas a los entes administradores de los servicios antes especificados y por ello fue imposible al trabajador, recibir dichos servicios, sufragados mediante esas cuotas; se afectó sus derechos laborales en el ámbito del mantenimiento o restauración de su salud y respecto de los otros 20 trabajadores del ejemplo, también los ha puesto en riesgo, pues en el caso de requerirlos, el resultado sería similar, por ello se cumple el principio de lesividad del bien jurídico previsto en el art. 3 del Código Penal.³⁴⁸

Lógicamente de acuerdo a las teorías que hemos explicado, en el caso de análisis, ha habido una manifestación de la personalidad del ente colectivo, un hecho que implica una exteriorización de su forma interna de organizarse y ello se concretiza a través de la conducta de retener las referidas cuotas y no enterarlas a los entes a quienes debió hacerse.

En cuanto el principio de legalidad: debe decirse que la omisión efectuada por el patrono, en el caso de análisis, encaja perfectamente en los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal aplicado, esto último por la acción exteriorizada por la sociedad a través de la persona natural que los ejecutó y por ello también se cumple con el principio de legalidad, art. 1 del Código Penal.³⁴⁹

4.2.10 EN CUANTO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

El mismo deberá cumplirse al imponerse la pena para que guarde la debida relación con la gravedad del hecho cometido y si en determinado momento se

³⁴⁸ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997) artículo 3

³⁴⁹ Ibid. artículo 1

impusieren medidas cautelares de tipo personales, deberán guardar la respectiva proporción con la expectativa de pena que se espera obtener, haciendo los adecuados juicios de ponderación para tal circunstancia, el funcionario judicial que conociere.

Que no teniendo conocimiento si fue una decisión propia o contaba con la autorización de junta directiva de la sociedad, ésta última siempre puede ser responsabilizada por el hecho punible y debía responder civilmente por los daños causados a los trabajadores por las acciones aludidas; deberá también resarcirle el daño causado, por supuesto no debe olvidarse que, tratándose de una sociedad anónima, es decir una sociedad de capital, según el art. 18 del Código de Comercio,³⁵⁰ la sociedad responderá con su propio patrimonio ante los daños causados. Es por ello que, a través de la figura del actuar por otro, se logra superar lo que en el pasado constituían lagunas de punibilidad, ante la imposibilidad de atribuir la acción y sus consecuencias a las sociedades mercantiles, pues la acción se suponía propia del representante legal.

Por otra parte, es importante mencionar que el Código civil, en el art. 1308,³⁵¹ reconoce como una de las fuentes de las obligaciones a los delitos y las faltas, la referida disposición desde luego se integra con el art. 114 del Código Penal,³⁵² establece que la ejecución de un hecho descrito en la ley como delito o falta, origina acción civil en los términos establecidos en el mismo Código.

Que lógicamente en este caso se aplicará para su análisis, el defecto de organización como ya se había afirmado, por culpa en la elección o deficiencia en la vigilancia en el desempeño en este caso del representante legal de la sociedad, a efecto de responsabilizar a la sociedad misma, por los daños causados por aquel, pues es el ente jurídico el que está obligado a mantener

³⁵⁰ Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa, mayo 1970) Art. 315

³⁵¹ Código Civil. (El Salvador, 23 de agosto de 1859) art.1308.

³⁵² Código Penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997) artículo 114.

la vigilancia de la actuación de sus organismos de representación, con ello se logra superar la prohibición de responsabilidad objetiva, pues como también ya hemos analizado si las sociedades mercantiles en este caso anónimas, tienen capacidad de suscribir contratos, contraer obligaciones, también tienen capacidad de infringirlos y por ende de cometer delitos a través de sus organismos de representación, en ese orden se garantiza la eficacia de la norma al utilizar la figura del “actuar por otro” y asumir que la responsabilidad penal y civil puede imponerse, reafirmando la eficacia de la norma jurídica.

El art. 2065 del Código Civil,³⁵³ nos permite asumir, la obligación de indemnización por los daños causados, por así establecerlo: El que ha cometido un delito, cuasidelito o falta es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el hecho cometido.

En el caso del hecho en análisis, las consecuencias civiles del delito serán al momento de dictarse la sentencia definitiva correspondiente, la indemnización a las víctimas por los perjuicios causados por los daños materiales o morales, en este caso se incluiría el daño causado en los rubros del daño emergente, por el acto de no enterar las cotizaciones a las instituciones de previsión y seguridad social posiblemente evitando con tal acción el acceso a los servicios de salud, posiblemente agravando los padecimientos o enfermedades y generando la necesidad del pago de posteriores tratamientos de salud y medicamentos y el lucro cesante, que podría ser debido al no tratamiento, eso provocaría incapacidades laborales, en cuyo caso el patrono también debería asumir esos pagos de incapacidad, pues fueron provocados por sus acciones, ello conforme a los aspectos daño emergente y lucro cesante, previsto en el art 1427 del Código Civil;³⁵⁴

³⁵³ Código Civil. (El Salvador, 23 de agosto de 1859) Art.2065

³⁵⁴ Código Civil. (El Salvador, 23 de agosto de 1859) Art.1427

La responsabilidad civil antes aludida, obviamente corresponde al orden de la subsidiariedad especial para la sociedad anónima cuya representación ejercía al momento de los hechos el imputado, persona natural, conforme al art. 121 inciso 2° Número 2 del Código Procesal Penal.³⁵⁵

Pero ello también tiene excepciones, una de ellas es que sí la Junta General Ordinaria, no ha realizado el nombramiento de sus administradores, a más tardar dentro del plazo de seis meses de vencido el período de funciones de los anteriores administradores, ello hace incurrir a los socios o accionistas en responsabilidad personal, solidaria e ilimitada por las obligaciones que la sociedad contraiga con estos, de conformidad con el art. 265 del Código de Comercio.³⁵⁶

Lo anterior constituye también una excepción a la regla de que, en las sociedades de capitales, tales como la que nos ocupa, sociedad anónima, los accionistas limitarán su responsabilidad al valor de sus acciones. Dicha regla la establece el art. 127 del Código de Comercio.³⁵⁷ Pero ello es en el caso que ocurriere.

Entonces, debe incluirse en el aspecto resarcimiento del daño, la restauración en lo posible del estado de salud del trabajador, pues la misma probablemente fue afectada al no recibir el tratamiento adecuado a sus padecimientos, lo que corresponde al orden lógico de lo que los hechos omisivos del patrono generados por el delito.

Con todo ello, hay que recordar como ya hemos definido en el presente trabajo que, el representante legal, debe actuar dentro del giro o actividad comercial de su representada; que el beneficio por el evento delictivo se haya producido

³⁵⁵ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2011) Art. 121

³⁵⁶ Código de Comercio. (Asamblea Legislativa de El Salvador, mayo 1970) Art. 265.

³⁵⁷ Ibid. Art.127

en su representada, en el caso de análisis, el dinero descontado de los trabajadores, fue retenido por la sociedad e ingresó lógicamente a su haber patrimonial, además no debe haber una decisión autónoma del representante legal, pues si se extralimita en sus funciones y tomare decisiones independientes, responderá con su propio patrimonio y no el de la sociedad, lo mismo ocurre si el provecho económico es ingresado al patrimonio del representante, en esos casos es él quien debe responder, pero ello lógicamente será aclarado en cada caso en particular.

Es posible afirmar, desde la óptica del derecho sustantivo y procesal, ejercer la acción penal y la civil derivada de aquella, potencialmente está reconocido en la norma, pero es importante también traer a cuenta, lo que ocurre en términos prácticos en El Salvador, respecto de la efectividad del ejercicio de la responsabilidad civil derivada de hechos punibles cometidos por organismos de representación de las sociedades anónimas desde la perspectiva del actuar por otro abordándolo a continuación.

4.3. DEFICIENCIAS EN LA REGULACIÓN LEGAL PARA LA APLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE HECHOS DELICTIVOS PROTAGONIZADOS POR SOCIEDADES ANÓNIMAS:

Al examen del Código Penal de El Salvador y de la legislación, debe decirse que se ha comprobado la existencia de sanciones a las sociedades mercantiles diseñadas de forma dispersa, en diferentes cuerpos normativos, como la ley de la superintendencia de sociedades mercantiles y otras; dichas sanciones consisten en suspensión de operaciones por cierto período de tiempo, multas e informes a la Fiscalía General de la República, etc.; pero todo ello como parte del derecho administrativo sancionador, que lógicamente es parte del poder punitivo del Estado, pero no de forma sistematizada, en un

capítulo del Código Penal, ni como penas cuando a través de sus representantes cometan delito.

De igual forma, no existe un capítulo sistematizado de medidas de seguridad aplicables a las sociedades mercantiles cuando éstas, por sus acciones representen riesgos o peligrosidad al resto del conglomerado social, lo cual impide el control en esos ámbitos y que lógicamente estarían en función de la prevención y de la restauración de sus normales actividades de acuerdo a su giro comercial y a evitar esos riesgos.

En cuanto a las medidas cautelares patrimoniales, que podrían asegurar el cumplimiento de la responsabilidad civil, en el caso de que se hayan cometido hechos punibles, por las sociedades mercantiles a través de sus organismos de representación, en la práctica ocurre el fenómeno que el art. 342 del Código Procesal Penal³⁵⁸ nos remite para la imposición de medidas cautelares patrimoniales a lo regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, arts. 434 y 446. el que establece como premisa básica, que es por cuenta y riesgo de la persona que solicita la aplicación de dichas medidas su promoción y además la prestación de caución económica, ello representa actualmente, una carga adicional al daño ya causado por las sociedades con su actuar delictivo y por ende una revictimización de las personas afectadas, que en definitiva lejos de constituir una tutela legal efectiva de sus derechos, constituye un obstáculo para obtener satisfactoriamente el resarcimiento por los daños causados por la comisión de delitos y un peregrinaje por las acciones pertinentes para tales fines.

De igual manera, debe indicarse que del examen de la regulación de las medidas cautelares de tipo patrimonial, se concluye que las mismas son a iniciativa de quien las solicita, no existiendo posibilidad alguna de ordenarlas

³⁵⁸ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, enero de 2011) Art. 342

oficiosamente, una vez iniciado un procedimiento penal en el que un ente colectivo, específicamente sociedad anónima, sea responsable por la comisión de hechos delictivos, lo que no permite asegurar el pago de la responsabilidad civil, ello tiene especial importancia en casos como los que estamos considerando, puesto que el sistema de reserva legal regulado para las sociedades anónimas conforme a los artículos 123, 124 y 295 del Código de Comercio,³⁵⁹ generalmente no resulta suficiente para los referidos fines, aunque en teoría es una de las finalidades de su diseño normativo, pero términos prácticos ocurre que cuando las sociedades delinquen, también son propensas a evadir ese tipo de responsabilidades, de allí la necesidad del carácter obligatorio de las medidas cautelares de tipo patrimonial en estos casos.

Por otra parte, al hacer un recorrido histórico de la regulación de la figura del actuar por otro, en los Códigos penales de vigencia en 1973, 1998 se estableció que en el primero no existía regulación como tal, la misma apareció en el de 1998, y la forma de proceder para el ejercicio de la acción civil en el Código Procesal Penal de 1998, limitándolo a un simple pronunciamiento; fue hasta el Código Procesal Penal cuya vigencia comenzó el 1 de enero de 2011, que ya se incluyeron reglas específicas para tal rubro de la acción, como una verdadera acción paralela a la acción penal, que en integración con el art. 276 del Código Procesal Civil y mercantil,³⁶⁰ estableciendo el legislador requisitos similares a los de una demanda civil, lo que permite claridad, ejercicio de defensa, discusión de medios de prueba y que también en ella operen los principios de inmediación, oralidad, concentración y contradicción propios del proceso penal, de forma que, se cumpla también con las reglas del

³⁵⁹ Código de Comercio. (Asamblea Legislativa de El Salvador, mayo 1970) Arts. 123, 124, 295.

³⁶⁰ Código Procesal Civil y Mercantil, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2010), Art. 276

procedimiento, acorde al art. 11 de la Constitución;³⁶¹ sin embargo y a pesar de lo satisfactorio y razonable de esa forma de ejercer la acción civil, debe decirse que ha representado un verdadero obstáculo en la práctica en los diversos tribunales de la república, que la forma de ejercer la acción civil, cuyo análisis nos ha ocupado en este trabajo, es deficiente por parte de jueces, abogados en el libre ejercicio profesional en función de querellantes, fiscales y en general de las personas que pueden constituirse partes en sentido procesal, ello seguramente obedece a falta de conocimiento a partir del cambio generado por el Código Procesal Penal vigente o a diversos factores, pero que se contribuiría en gran medida a solucionarlo implementando capacitaciones periódicas a los operadores del sistema de justicia de El Salvador.

Constituye otra limitante al ejercicio de la acción civil y la obtención del respectivo pago de la misma, el no contar con seguros sobre las actividades desarrolladas por las sociedades mercantiles de acuerdo a su giro comercial, en el entendido que a pesar de la libertad económica fomentada por El Salvador, conforme a los artículos 1 y 101 de la Constitución,³⁶² como todo derecho, el mismo tiene sus límites y función social a la cual debe responder; y en ese orden cuando esas actividades se vuelven altamente riesgosas, debería por mandato legal, obligarse a contratar el referido tipo de seguro que garantice posibles daños a terceros.

Como parte del poder punitivo del Estado a través de los jueces y al momento de dictar sentencia, el inciso tercero del art. 399 del Código Procesal Penal³⁶³ permite imponer la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo en abstracto, a fin de que se establezca en los juzgados con competencia civil el monto o liquidación de la cuantía, cuando no fuere posible establecer los

³⁶¹ Constitución de la República. (Asamblea Constituyente, diciembre1983.) Art. 11

³⁶² Constitución de la República. (Asamblea Constituyente, diciembre1983.) Art. 1 y 101

³⁶³ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, enero de 2011) Art. 399.

montos de las cuestiones reclamadas a consecuencia del delito en competencia de los tribunales penales. Ello genera el peregrinaje de las víctimas hacia la competencia civil y además le obliga a transitar ante un juez cuya especialidad no es la idónea para comprender las consecuencias civiles del delito y su correspondiente imposición, con lo cual el Estado las desprotege por la poca efectividad del ejercicio de la acción civil; en la práctica son muy pocos los casos en los que se procede de esa manera.

Con todo ello debe indicarse el ejercicio de la acción civil y la consiguiente imposición de la misma en el momento histórico actual de El Salvador, es deficiente, no es efectiva, por diversos factores, la mayoría de ellos antes enunciados y otros que pudieren ocurrir, por lo que debe prestarse atención a los posibles métodos o mecanismos propuestos, a fin de que se logre satisfacer las afectaciones a las víctimas, desde luego la consecuencia resarcitoria o retributiva de la acción civil aunque no restaura las condiciones de vida de las personas, previas al delitos al que fueron sometidas, sí puede colaborar a su mejoría, en la medida en que, en muchas oportunidades la ejecución delictiva deja secuelas que perduran en el tiempo, en la psiquis de las personas e inciden hasta en su comportamiento social; lo anterior sin menospreciar el aspecto económico que otros delitos afectan y que también debe ser resarcido; todo ello, podría ser significativo para que tales consecuencias también disminuyan, en lo posible; de allí que la importancia del tema al momento histórico y que en la práctica judicial ha sido descuidada, faltándose con tales circunstancias, no sólo al derecho de la tutela legal efectiva, sino también a fin primordial del Estado de consideración de que su origen y fin está en la persona humana. Importante es mencionar que, puesto que el presente trabajo de investigación ha sido dogmático, no se han utilizado métodos de recopilación de datos e información de forma estadística, en ese orden las afirmaciones de la ineficacia del ejercicio de la acción civil y su

imposición se ha realizado a partir de la simple observación del fenómeno, en la práctica judicial.

Debe señalarse también que, en la práctica judicial, el ejercicio de la acción civil y su imposición derivado de hechos punibles, no ha tenido un desarrollo satisfactorio y que menos lo ha sido, cuando ella ha sido ejercida a consecuencia de la ejecución de hechos delictivos protagonizados por sociedades mercantiles, a través de sus organismos de representación; lo que como se dijo, puede deberse a múltiples factores, pero sobre lo que es necesario prestar atención y rectificar, a pesar de que es una realidad que la práctica en los tribunales y la jurisprudencia nos irá enriqueciendo al respecto.

4.4. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO.

Uno de los elementos de suma importancia en el derecho societario, lo constituye sin lugar a dudas, la limitación de las responsabilidades de los socios o accionistas, ello constituye una ventaja e incentivo para que cualquier persona con ánimo de emprender negocios y unirse a otras para fundar sociedades, considerándolo ventajoso para poder llevar a cabo sus negocios, a través de una persona jurídica, autónoma y diferenciada, en lugar de tener que hacerlos en su propio nombre, de manera que, sea la persona jurídica fundada, la que quede afecta a las eventuales pérdidas o responsabilidades.

El precedente probablemente de mayor importancia de la doctrina del levantamiento del velo, ocurrió en Inglaterra, en donde la culpa o el mérito se le atribuye a un artesano del cuero en Londres, Aron Salomón, quien constituyó con sus familiares más cercanos una sociedad mercantil a la que vendió su entonces próspero negocio. Posteriormente su negocio entró en declive y uno de sus acreedores Edmund Broderip, intentó que fuera Aron Salomón (persona física), y no, A. Salomon & Company Limited, (persona

jurídica), quien le pagase lo que se le debía; aunque tanto en primera como en segunda instancia se falló a favor de la pretensión del acreedor, ésta fue rechazada en última instancia por la “House of Lords”, que sentenció que persona física y jurídica eran dos entidades distintas. Esta sentencia de 1897, se considera tradicionalmente como el primer referente de la clara diferenciación jurídica entre socios y sociedades.

Aunque en su época fue muy controvertida, la célebre sentencia *Salomón Vrs. Salomón*, se fundaba en una distinción que nuestro derecho mantiene respecto a las sociedades de capital: en las anónimas y en las de responsabilidad limitada, los socios “no responderán personalmente de las deudas sociales”, reservándose sólo una responsabilidad personal para el socio colectivo de la sociedad comanditaria. Es totalmente lícito articular la actividad mercantil a través de una sociedad, de modo que el patrimonio personal quede a salvo del eventual devenir de la misma; sin embargo, esta separación de patrimonios no debe ser utilizado de forma fraudulenta, llegando a lo que se conoce como abuso de la personalidad jurídica. La licitud de la constitución de sociedades no debe utilizarse con mala fe o abuso del derecho, para constituir entidades fantasmas, que pueden constituir meras tapaderas unas de otras, o en otra modalidad defraudatoria, lo que se conoce en nuestro medio como sociedades de papel, que sólo existen en documentos y con los registros Estatales adecuados, pero que son utilizadas para encubrir actos ilícitos de otras y que pueden funcionar como lo denominan algunos a modo de cortafuegos, que impiden al acreedor la satisfacción de sus créditos o la averiguación de las actividades de otras sociedades.

La jurisprudencia Europea y en particular la Española, ha tenido que construir sus propios mecanismos para combatir los eventuales abusos en la utilización de la personalidad jurídica, valiéndose para ello, de “la doctrina del levantamiento del velo,” doctrina que se utilizó en España por primera vez en

una Sentencia del Tribunal Supremo del 28 de mayo de 1984 y se ha venido utilizando desde entonces con la siguiente finalidad: “Se trata, en todo caso, de evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento defraudatorio o con un fin fraudulento,” entendiendo que concurre este uso inadecuado cuando la finalidad de la sociedad no es la que a priori, le resulta propia (el ejercicio de actividades mercantiles), sino la mera elusión de responsabilidades personales, como el pago.

En su reciente Sentencia 271/2011, la Audiencia Provincial de Barcelona se hace eco de la consolidada línea que al respecto ha venido siguiendo el Supremo para indicar cuando es conveniente, acudir al levantamiento del velo: “en ciertos casos y circunstancias es permisible penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la ley les concede personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o formal legal, se pueda perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude.”

Esta doctrina persigue castigar a quienes, desde una posición de dominio en una sociedad de capital, realizan actuaciones abusivas y contrarias al ordenamiento jurídico con fines fraudulentos, que perjudican intereses públicos o privados, en respuesta a estas situaciones actualmente se admite que los tribunales puedan atravesar la estructura formal de la sociedad y “levantar su velo” penetrando en el interior de la entidad para revelar su verdadera estructura e intereses. De esta manera pueden conocerse quienes son las personas y bienes que integran la sociedad, para en su caso perseguir a los mismos por las actuaciones fraudulentas en que hayan incurrido.³⁶⁴

³⁶⁴ Serrano, González de Murillo, *Levantamiento del Velo y Delito Fiscal*, (Navarra: Aranzandi, 1996)

A pesar de la evidente utilidad que en muchos casos tendrá la doctrina del levantamiento del velo, su uso está sometido a criterios de cautela, proporcionalidad y subsidiariedad. Resulta del todo lógico que sea así, por cuanto supone en realidad un quebrantamiento de las normas básicas del derecho societario, dejándolo desprovisto de algunos de los pilares básicos, como son la limitación de la responsabilidad de los socios y la plena autonomía patrimonial de las personas jurídicas.

No bastaría, por tanto, con la existencia de una sociedad mercantil, ni tampoco con algunos elementos que a priori pudieran resultar controvertidos (la existencia de un grupo de sociedades, la unipersonalidad de alguna de ellas, etc.); la constitución de varias sociedades que integren un mismo grupo, por ejemplo, no es en sí misma un abuso de derecho. Todo ello es perfectamente lícito y, por tanto, solo cabe apelar al levantamiento del velo cuando se aprecie una intención fraudulenta, un uso abusivo de todas esas herramientas, válidas y legítimas, que nuestro ordenamiento jurídico pone a disposición de los emprendedores. Sino se aprecia que exista fraude alguno, los tribunales rechazan y así debe seguir aconteciendo, que se aplique esta doctrina. Por el contrario, será perfectamente aplicable cuando concurren los requisitos para apreciar ese posible fraude, requisitos que el Tribunal Supremo Español, enumera en su Sentencia 83/2011 de la siguiente manera:

- A) Control de varias sociedades por una misma persona;
- B) Operaciones vinculadas entre dichas sociedades; y
- C) Carencia de justificación económica y jurídica de dichas operaciones.

Cuando se aprecia este tipo de situaciones, en que las operaciones intragrupo no obedecen a ninguna otra finalidad que la defraudatoria, desviando por ejemplo los fondos de la sociedad que tiene deudas hacia otra que no las tiene, con evidente perjuicio para los acreedores de la primera, los tribunales aplican

la doctrina del levantamiento del velo, dejando sin efecto esos negocios aparentes que han constituido el abuso y descubriendo la forma en que han operado, lógicamente con fines ilícitos, lo que representa el protagonismo que el Estado debe asumir con las personas para garantizar no sólo el pleno funcionamiento del Estado de Derecho y la reafirmación de las normas jurídicas, sino también el funcionamiento de la libertad de empresa pero con los límites adecuados al interés superior de todo el conglomerado social.

Entonces podemos afirmar de acuerdo a la doctrina del levantamiento del velo que, en El Salvador, en principio, las sociedades anónimas, como sociedades de capital que son, están revestidas de ciertas características para su funcionamiento que no son del conocimiento de todo el conglomerado social, tales como las personas naturales o jurídicas que las conforman, pues se identifican dentro de su giro comercial, con el uso de una razón social o denominación, que las identifica y diferencia de otras ya existentes; por eso debe acudir en caso de necesidad o de una acción legal, al registro de comercio para lograr conocer la referida información; de igual manera se procederá, para verificar a quien es la persona que corresponde el uso de la firma social y representación legal; quienes conforman el conglomerado total de sus accionistas, el período para el que ha sido elegida la junta directiva, así como el representante legal; ello sólo por citar algunos ejemplos de la información que no trasciende a las demás personas que se interrelacionan con dichas sociedades; por esas circunstancias y siendo que además salvo las excepciones legales, las sociedades anónimas responderán con su propio patrimonio ante los compromisos sociales que se generen de sus actividades y giro comercial habitual y de las situaciones que surjan a consecuencia del cometimiento de hechos delictivos por sus organismos de representación o dependientes, resulta lógico que se pueda actuar y proceder a penetrar la reserva de toda la información de la sociedad, por su misma naturaleza de ser

sociedades de capital; lo que desde luego constituyen formas en las que el Estado incentiva la inversión y generación de riqueza, tal principio, lógicamente se constituye en un derecho, pero que no es absoluto, como todo derecho, pues el mismo puede ser afectado en circunstancias particulares que lo ameriten, por el cometimiento de un hecho ilícito, aprovechándose de tales circunstancias, en razón de un interés colectivo que prevalece sobre el particular de la sociedad de conservar esa reserva de su información; cuando por actividades sospechosas de movimiento o transferencia de capital de una sociedad a otra, de identidad de personas que las representan o conforman, entre otras, la situación lo amerite y por supuesto mediante la debida autorización judicial, de allí que para descubrir aspectos relevantes como el movimiento de capital, dinero en efectivo o bienes, a efecto de evadir sus responsabilidades patrimoniales o inclusive responsabilidad civil derivada de hechos se podrá utilizar la referida figura, lo cual es jurídicamente viable y justificable.

4.5. LA PROBABLE REGULACIÓN DE LA PELIGROSIDAD EMPRESARIAL.

En el ámbito del derecho penal económico, mucho se ha discutido sobre el problema dogmático, entre muchos por cierto, de las sanciones a las sociedades o empresas que dentro de sus ámbitos de desenvolvimiento, cometen delitos a través de las personas que ejercen su representación o inclusive de sus trabajadores o dependientes, lo que lógicamente tiene consecuencias legales para las mismas, entre ellas el sometimiento a los procedimientos penales pertinentes y dentro de los que probablemente ocurran la imposición de penas para los actuantes, pero no de penas para las sociedades mismas, desde el punto de vista de la privación de libertad, las que se pueden aplicar únicamente a las personas naturales, por lo que las penas

para las personas jurídicas, serán de otra índole o naturaleza y sus consecuencias, debido a sus carácter de entes morales, ficticios o creaciones del derecho. En igual importancia y trascendencia se discute la imposición de medidas de seguridad ante el aspecto peligrosidad que puede representar el actuar empresarial. Entonces, utilizando una feliz expresión de Ferrajoli,³⁶⁵ aplicada a nuestra temática, la forma jurídica de ambas sanciones es una técnica institucional aplicada por el Estado para instrumentar la violencia programada ante el acto socialmente desviado de la persona jurídica. Sin duda que es un mal en cuanto repercute drásticamente sobre el patrimonio y el propio funcionamiento del ente colectivo, pero este mal está desprovisto de toda consideración ética o psicológica; es simplemente un recurso para mantener el control que el Estado considera necesario dentro de la contraposición constante entre el interés de subsistir de la persona jurídica y el interés del Estado de regular su conducta. En este sentido, en nada se diferencia de las sanciones a las que recurre el derecho administrativo o el derecho civil, pero con la nota específica de que en el sistema “ad hoc” es la resultante de un juicio de reprobación fundado en la ausencia de responsabilidad social; aquí con más acierto que nunca la expresión “consecuencias jurídicas” como principio genérico dentro del cual se cobijan todas las reacciones que provoca el desconocimiento del orden normativo.

Problema distinto es en la diferenciación, dentro del marco específico, entre penas y medidas de seguridad; ¿cuáles con las notas que justifican la distinción si ambas son una técnica institucional? En el derecho penal convencional la medida de seguridad está relacionada con la categoría de peligrosidad; no obstante, las variantes técnicas que exhibe la bibliografía acerca de su significación, se reconoce en general, respecto de la

³⁶⁵ David Baigún, *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas*, Ensayo de un nuevo modelo teórico. (Ediciones de Palma, Buenos Aires, 2000) 258-259.

peligrosidad, que el Estado avanza en su injerencia cuando resulta inoperante la medida de la culpabilidad; la peligrosidad del autor es de tal dimensión que sólo la medida de seguridad puede trabar la posibilidad de otros ataques al bien jurídico. El fin de las medidas es de tipo preventivo,³⁶⁶ básicamente, la prevención especial, no sólo porque sirve a los objetivos propios de seguridad, sino también porque responde a la necesidad de resocialización. Al mismo tiempo extiende su protagonismo a la prevención general, aunque como finalidad secundaria, pues su aplicación genera un efecto intimidatorio en el seno de la población (el ejemplo tan conocido de la privación del registro del conductor.)

Debemos indicar que el aspecto de resocialización en el área de las personas jurídicas es pura ficción; en cambio sí podemos retener como válido el concepto que se refiere estrictamente a la seguridad, aunque con las connotaciones específicas propias del funcionamiento de las corporaciones o sociedades. En primer lugar, la peligrosidad nada tiene que ver con las características de las personas humanas que las integran; sí con la capacidad del ente de repetir una actuación delictiva, capacidad que no sólo debe ser contemplada desde lo interno- organización y funcionamiento de la emergencia concreta y conducta societaria dirigida al lucro-, sino también con el impacto que se produce en el entramado social, es decir en el sistema en el que actúa, este último sesgo es de vital importancia para entender el sentido de la peligrosidad, ya que la potencial lesión de los bienes jurídicos varía en su gravedad conforme sea el comportamiento realizado; no idéntica la incidencia de una defraudación tributaria que la proveniente de una liberación de energía atómica, aunque ambas reciben igualmente reprobación social. El concepto de peligrosidad de una persona jurídica resulta de la composición de los factores en el marco interno y los que gravitan en el ámbito externo, del

³⁶⁶ David Baigún, *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas*, 258-259

análisis de su interrelación, y aunque alguno de ellos pueda gravitar más que otro en una situación concreta- circunstancia que operará sobre la elección de la medida-, lo que importa es que nunca podrá ser construida desde un punto de vista unilateral, es decir, desde uno de los síntomas de su actuación. Por eso es preferible utilizar el “concepto de riesgo” y no el de peligrosidad que, como se ha visto evoca siempre a la conducta de un ser humano.

En segundo lugar, en cuanto al significado del término “seguridad”, éste debe quedar muy claro, este vocablo es sinónimo de control, de injerencia del Estado sobre la actividad siguiente al acto delictivo de la empresa y, como concurrente lógico de las limitaciones que se le impondrán en su manejo operacional, con ello el Estado pretende la irrepetibilidad de su conducta, mediante un filtro en el aparato dispositivo que si bien no impide su capacidad de decisión pero sí le somete a una especie de curatela, es el avance del Estado pero mediante la intervención de los jueces que la regularán.

De lo anterior se desprende que en nuestro esquema la pena pone el acento de impacto que se produce en el patrimonio de la persona jurídica, en tanto la medida de seguridad atiende al control dentro de la situación de riesgo en la que realiza su actividad y es natural que así sea porque lo que se pretende con la medida de seguridad entre otros fines principales, es que la persona jurídica retorne rápidamente al estado de normalidad; dicho de otra manera, la medida de seguridad aunque afecte igualmente los intereses, implica una mayor posibilidad de recuperación; de esta manera se corresponde con la situación de riesgo a la que hicimos alusión. La naturaleza similar de las penas y medidas de seguridad repercute, en definitiva, sobre las consecuencias, pero no se condicionan; las dos requieren obviamente la existencia de juicio sobre la responsabilidad social; si se produce la exención de la pena, ello no obsta para que se dicte la medida de seguridad, pero bien puede decidirse la imposición de la medida de seguridad sin que antes se haya impuesto la pena.

Cabe entonces, otra reflexión complementaria existe una clara diferencia entre la sanción administrativa y la medida de seguridad, en nuestro esquema esta última siempre exige la elaboración de un juicio, es decir, el análisis de los componentes, la atribuibilidad y la exigibilidad de otra conducta.

También debe aclararse que el principio de proporcionalidad emerge claramente como un denominador común de las penas y las medidas de seguridad, puesto que el baremo de la intensidad del daño causado al bien jurídico, como plataforma de este principio, está en el juicio sobre la responsabilidad social. Digresión parecida ocurre respecto de la intercambiabilidad de las sanciones; si la pena y medida de seguridad exhiben idéntica naturaleza, el juicio final puede decidirse por una u otra sin recurrir a la acumulación.³⁶⁷

4.5.1. CLASES DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

LAS PENAS:

En cuanto a las clases de penas de acuerdo a su gravedad, debe decirse que la pena es un impacto en el patrimonio de la persona jurídica y que su graduación de be ser congruente con mayor o menor lesión al bien jurídico sin dejar de recordar que se trata de una mensuración relativa pues en algunas ocasiones, una pena de menor gravedad puede influir de modo más relevante que otra de mayor dimensión según la actividad de la empresa, su modalidad de funcionamiento y el área en que actúa, así tenemos las siguientes penas:

- A) Cancelación de la personería jurídica.
- B) La multa.
- C) Suspensión total o parcial de actividades.
- D) La Pérdida de beneficios estatales.

³⁶⁷ David Baigún, *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas*, 260-270

E) Prestaciones Obligatorias.

4.5.2. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD:

Las medidas de seguridad también se hayan adecuadas, naturalmente, a las modalidades de la acción institucional, los antecedentes conocidos registran lineamientos diversos: se incluyen las medidas de seguridad en un capítulo especial (anteproyecto de Guatemala) o se las incorpora directamente como una de las penas (Código Francés).

El establecimiento de una vigilancia judicial de la actividad de la persona jurídica, constituye la medida de mayor trascendencia, pudiéndose optar por la creación de un consejo de vigilancia especial, designado por el tribunal, por la designación de un mandatario ad hoc o dejar la modalidad en específico a la elección del juez; en cualquiera de los tres casos la tarea encomendada requiere de la información periódica al tribunal sobre la conducta de la persona jurídica. Obviamente dentro de los principales objetivos de las medidas de seguridad estarán la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y acreedores (Código español, art. 129 inc. e), ya que integran el fin corrector de la disfuncionalidad.

De menor envergadura es el establecimiento de una auditoría periódica, pues el auditor no convive con los órganos de la empresa, en este tipo de auditoría también debe cumplirse con el requisito de la información del funcionamiento de la persona jurídica.

En tercer lugar, el tribunal puede determinar la obligación por parte de la persona jurídica, de presentar los estados contables en plazos más abreviados que los referidos por la normativa aplicable a las sociedades, aquí el control se realiza a través de los resultados y de la acción funcional.

Por último, congruente con el contenido de la sanción que ya hemos explicado de la fórmula de prohibición de determinadas actividades funcionales y operacionales, el tribunal puede establecer la necesidad de autorización judicial, para el ejercicio de las atribuciones societarias.

Las medidas de seguridad antes enunciadas deberán operar como es lógico con una duración limitada; cumplido el plazo se deberá examinar el resultado antes de la decisión de su levantamiento. Sólo en ocasiones excepcionales y cuando la conducta de la persona así lo indique podrá el tribunal prorrogar por otro período la vigencia de las medidas de seguridad.³⁶⁸

4.5.3. SUSPENSIÓN DE LA PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD. SUSTITUCIÓN.

Problema común a las penas y medidas de seguridad es la posibilidad de decidir la suspensión de la sanción tomando en cuenta el resultado obtenido con su aplicación. Respecto de la pena no cabe reparo alguno en aceptar, en caso de suspensión parcial de actividades, prohibición de determinadas actividades funcionales y operaciones o multa fraccionada, que el juez a partir de los resultados verificados, deje sin efecto la resolución condenatoria, si la corrección de la disfuncionabilidad se ha producido, es natural y totalmente procedente que la persona jurídica recobre la plenitud de sus facultades de funcionamiento, que no es otra cosa que el encuadramiento al principio de proporcionalidad ya mencionado.

Resulta lógico entonces, que esta consecuencia se debe extender a las medidas de seguridad, sólo que en este supuesto el juez puede escoger otra opción, sustituir la medida por otra más adecuada al fin corrector, cuando ello

³⁶⁸ David Baigún, *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas*, 270-271

es procedente conforma al propio proceso de ejecución; la intercambiabilidad de las sanciones aparece ahora no en el momento de la sentencia, sino en una etapa posterior.³⁶⁹

4.6. OTROS ASPECTOS A CONSIDERAR, SUGERENCIAS DE REGULACIÓN LEGAL.

Al referirnos al tema de la comisión de hechos delictivos por las sociedades Anónimas a través de sus organismos de representación, existen circunstancias a las que debe atenderse desde el punto de vista de la política criminal del Estado y conforme a criterios de necesidad, utilidad y desde luego de justicia, pues debemos traer a cuenta que aunque los delitos de orden socio-económico como los protagonizados por los entes colectivos antes aludidos, en muchas oportunidades no generan la atención que deberían y sus efectos por diversas razones no son abordados, en palabras de Winfried Hassemer: el Asesinato, el Robo, el Secuestro y en general, todos los delitos violentos con claras connotaciones delincuente- víctima, son las formas delictivas que más fascinan a la gente y sobre las que merece la pena informar, de la Estafa o la Falsedad documental, que sólo producen daños patrimoniales, apenas se habla.³⁷⁰ de igual forma de los delitos corporativos o causados por sociedades o empresas mercantiles pertenecientes a aquellas, tampoco se les presta la debida atención a nivel jurisdiccional, ni mediático, a pesar de que puedan causar graves distorsiones del orden socio- económico,

³⁶⁹ El autor David Baigún, excluye del sistema el beneficio de la rehabilitación, de larga tradición en el derecho penal convencional, la rehabilitación es lógica sólo cuando existe la inhabilitación, pena extraña a nuestro esquema. La inhabilitación se relaciona con la privación de un empleo o cargo o derechos determinados; sólo en el tercer caso podría ser acogida, pero como hemos observado, la privación de derechos determinados está comprendida en la prohibición de realizar determinadas actividades funcionales y operacionales, sanción que, se ha visto, puede ser favorecida con la suspensión.

³⁷⁰ Winfried Hassemer, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Traducción por Francisco Muñoz Conde, (Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989) 31

a las reglas del mercado y en el funcionamiento del Estado mismo, que mediante algunas manifestaciones delictivas afectan los ingresos que debe percibir o se disminuyen en relación a la real correspondencia de las actividades de aquella, de forma que, no deben ser indiferentes a su tratamiento normativo, es por ello que resulta indispensable la formulación por vía de reforma y en consecuencia de incorporación legal al texto del Código Penal y lo correspondiente en el Procesal Penal, de penas para tales entes colectivos; de Medidas de seguridad, basados en el riesgo que generan las sociedades, que bajo ciertos aspectos o parámetros debería ser calificada por el Estado a través de sus organismos contralores o vigilantes de sus actividades ordinarias e impuestas por el órgano jurisdiccional, a fin de que de conducirse hacia la comisión de hechos delictivos o de condiciones riesgosas de funcionamiento, se utilicen con el objetivo de evitar daños de mayor significancia en los bienes jurídicos tutelados por las normas jurídicas; conforme a tal propósito se realiza la siguiente enumeración de propuestas de regulación legal:

- 1) La formulación de un capítulo sistematizado en el Código Penal de las penas y medidas de seguridad a las que serían sometidas las sociedades anónimas cuando incurren en delitos a través de sus organismos de representación, en vista de que lógicamente no corresponde a ellas, por su misma naturaleza jurídica de entes ficticios creados por el derecho, el cumplimiento de penas en el sentido estricto de lo que significa para una persona natural; y puesto que actualmente existen sanciones en el ámbito del derecho administrativo sancionador, las mismas no existen las mismas de forma sistematizada en el Código Penal, lo que impide un adecuado control por la autoridad judicial y el restablecimiento por tal actividad judicial, a la normalidad de las mismas, cuando ello ocurra; de igual manera respecto de las medidas

de seguridad cuando la sociedad represente un riesgo para terceros, dicha reforma permitiría impedir consecuencias mayores a partir de la determinación de ese riesgo.

2) La obligación para las sociedades anónimas de contratar seguros de riesgos contra daños a terceros, cuando sus actividades ordinarias de acuerdo a su giro comercial puedan representar riesgos de daños a terceros, por ejemplo: actividades como el manejo de sustancias peligrosas para la salud de las personas, materiales contaminantes, etc. Actividades de inversiones de dinero de alta significancia en el mercado, etc.

3) Relevar de la obligación de promover por cuenta y riesgo de la persona solicita medidas cautelares de índole patrimonial en el proceso penal correspondiente, al que se refieren los arts. 342 del Código Procesal Penal; 431 y 432, 434, 436 y 446 del Código Procesal Civil y Mercantil, en vista de que por ellas se pretende asegurar el pago de los daños y perjuicios causados en concepto de responsabilidad civil a consecuencia de la comisión de hechos delictivos protagonizados por las sociedades mercantiles en específico de las sociedades anónimas; de igual manera en casos de hechos delictivos protagonizados por sociedades mercantiles y en los que se afecte derechos de terceros se exonere a los ofendidos o víctimas de rendir caución económica, no obstante la posibilidad indicada en el art 448 del Código Procesal Civil y Mercantil, pues actualmente tal posibilidad es facultativa para el juez. Ello debido a que tal circunstancia representa actualmente una carga adicional al daño ya causado por las sociedades con su actuar delictivo y por ende una revictimización de las personas afectadas que, en definitiva, lejos de constituir una tutela legal efectiva de sus derechos, constituye un obstáculo para obtener satisfactoriamente el

resarcimiento por los daños causados y un peregrinaje por las acciones pertinentes para tales fines.

4) En el mismo orden anterior, respecto de las medidas cautelares de índole patrimonial, deberá reformarse en el sentido de que cuando acontecimientos de trascendencia jurídico -penal, en el ámbito del derecho penal económico ocurran, protagonizados por sociedades mercantiles, se proceda de forma obligatoria a utilizar las mismas, para los fines de asegurar el pago de la responsabilidad civil en el ámbito derivada de los hechos.

5) Reformar el inciso tercero del art. 399 del Código Procesal Penal que permite imponer la responsabilidad civil derivada de un hecho punible en abstracto, a fin de que se establezca en los juzgados con competencia civil el monto o liquidación de la cuantía, cuando no fuere posible establecer los montos de las cuestiones reclamadas a consecuencia del delito en competencia de los tribunales penales. Dicha reforma tendría como objetivo fundamental la obligación de imponer tal responsabilidad civil en el ámbito penal o en su caso y de no poderse establecer la misma, se absuelva; lo anterior en vista de que la facultad otorgada por la aludida disposición genera el peregrinaje de las víctimas hacia la competencia civil y además le obliga a transitar ante un juez cuya especialidad no es la idónea para comprender las consecuencias civiles del delito y su correspondiente imposición, con lo que, el Estado las desprotege, por la poca efectividad que ello tiene actualmente, ya que en muy escasas oportunidades ello es ejercido por las víctimas cuando ha sido impuesta en abstracto.

CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA Y DERECHO COMPARADO.

Resumen: el presente capítulo aborda los aspectos jurisprudenciales desarrollados respecto de la figura del actuar por otro, los elementos configurativos de culpabilidad, los criterios adoptados por la legislación nacional, los parámetros que se toman en consideración para deducir la responsabilidad de los representantes de la sociedad, así como las consecuencias de que una sociedad este involucrada para el cometimiento de hechos delictivos, de igual manera se hace ver que nuestro sistema penal respecto de la figura del actuar por otro y la determinación de sanciones a las sociedades no cuenta con un panorama del todo claro ya que difícilmente se ha capacitado a los jueces de las república litigantes e intervinientes respecto de este tema en particular, por ello para dilucidar una imagen más clara nos hemos adentrado en legislación Española, Argentina y Chilena, en las cuales se ha tomado en cuenta nuevos parámetros legislativo, cuentan con preceptos normativos diferentes los cuales dan apertura a una correcta determinación de la responsabilidad y se da un correcto funcionamiento del aparato estatal.

CAPÍTULO V

JURISPRUDENCIA Y DERECHO COMPARADO.

El surgimiento de la figura del actuar por otro se remonta a una Génesis del derecho penal europeo precisamente en el derecho Alemán donde a raíz de una punibilidad se hizo patente por primera vez en la jurisprudencia del mencionado país, en la sentencia del tribunal superior Prusiano del 9 de noviembre del año 1874, que decidía un caso de bancarrota. Se trataba del procesamiento de un miembro del concejo de administración de una sociedad cooperativa que había suspendido sus pagos por haber llevado los libros de comercio de la persona jurídica de manera desordenada, el problema de la imputación de responsabilidad penal que se presentaba era que la conducta típica bancarrota, solo podía ser realizada por el deudor y dicha cualidad especial recaía sobre la sociedad o persona jurídica, no así sobre su órgano de administración. Con posterioridad un tribunal de primera instancia forzó claramente el termino deudor para incluir también al miembro del Concejo de Administración de la cooperativa, el tribunal Supremo Prusiano decidió absolver al acusado con el fundamento que el delito de bancarrota solo puede cometerlo el deudor que haya suspendido sus pagos, y este obviamente no era el caso del administrador de la Cooperativa.

En principio la decisión del Tribunal Supremo Prusiano, parece apegada a una de las garantías penales mínimas, derivada del principio de legalidad, en su aspecto propio de las ciencias penales que es la exigencia de adaptarse a cada momento histórico donde les toca regir; la solución del Tribunal se mostró totalmente insatisfactoria desde el punto de vista político criminal, es decir de la persecución y efectiva sanción por la realización de conductas antijurídicas, se presenta un vacío de manera intolerable de punibilidad, puesto que no podía sancionarse a la sociedad cooperativa, por carecer de capacidad

delictiva y tampoco al miembro del Concejo de Administración, por no reunir la calidad especial exigida por el tipo penal.

La anterior situación de impunidad en los tribunales llevó a que posteriormente el legislador Alemán estableciera mecanismos para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad ya que hasta cierto punto se incitaba a los empresarios a cometer hechos delictivos en perjuicio de sus acreedores, en vista que serían exentos de responsabilidad penal por el principio de legalidad.

Es así que con ocasión de la promulgación de la ordenanza concursal Alemana del 10 de febrero de 1877, incluyó en esta ley especial no sólo la tipificación de los delitos concursales, sino también una cláusula que ampliaba el círculo de destinatarios de algunos de los tipos penales contenidos en esta ley a los administradores de sociedades.

A pesar del proceso de reforma indicado, la solución anterior no colmaba los vacíos de punibilidad en el tema de la responsabilidad penal o órganos o representantes de personas jurídicas por delitos especiales, rápidamente presentó defectos, en principio las dificultades se salvaba para algunos de los delitos concursales, el vacío de punibilidad se mantenía en otros delitos concursales a los que la cláusula de extensión de punibilidad no alcanzaba; el legislador Alemán se limitó únicamente a los delitos concursales, sin embargo no pensó en ese momento en que sólo había solucionado una pequeña parte de un verdadero problema.

Frente a la deficiente solución legislativa, la doctrina penal Alemana buscó fundamentar una solución satisfactoria al problema desde dos perspectivas: de lege data mediante una interpretación de los tipos penales vigentes que permitiesen incluir de destinatarios de la norma de los delitos especiales también a los órganos y representantes. La primera propuesta desarrollada

por dos sectores de la doctrina Alemana, si bien con presupuestos metodológicos diferentes.

Inicialmente se debe considerar los criterios adoptados por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de la determinación de la responsabilidad penal de las personas ante lo cual ha emitido fallo casacional de sentencia definitiva bajo referencia: 114C2018, refiriendo en síntesis lo siguiente:

“Ante lo denunciado, debe acotarse que esta sala en relación a la aplicación del artículo 4 del Código Penal, ha considerado como premisas que la prohibición de cualquier forma de responsabilidad objetiva, obliga a analizar el juicio de culpabilidad efectuado, es decir la infracción de una norma jurídico penal de la cual el imputado tenía la capacidad mental de comprender y saber el carácter antijurídico de su actuar, en razón de estar en plena libertad para determinar su propio comportamiento y que una vez determinada en la fundamentación de la sentencia la imputación subjetiva, también debe considerarse si se realizó el juicio de imputabilidad objetiva, en cuanto a que el actuar del imputado creó el riesgo jurídicamente desaprobado, dando como resultado un hecho penalmente relevante y atribuible a su acción.

Respecto de las personas jurídicas en el cometimiento de delitos empresariales la cámara segunda de lo penal de la primera Sección del Centro, sentencia definitiva, bajo referencia 188-2018 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018)

“ ...Sin embargo cuando se trata de una persona jurídica, mejor denominada como empresa, es importante resaltar que – no puede ser atribuido de forma automática, ni indirectamente, aquella persona que representa legalmente a la empresa, de haber omitido declarar o haber declarado a base de valores o documentos falsos o inexistentes, pues es necesario comprobar que se

configura el componente subjetivo de la acción, que es el dolo, es decir que se tiene que verificar que el sujeto activo ha sido el encargado de ordenar directamente que no se presenta la declaración o que se presentara la declaración o que se presentará tomando en cuenta los argumentos desarrollados anteriormente”

La delegada aduce que el tema resulta relevante, porque en la forma como ocurrieron los hechos es obligatorio analizar la situación del procesado BUITRAGO GONZÁLEZ, en atención a que detrás de su comportamiento estuvo un tercero – alias “Romaña” – aspecto que conlleva a verificar si la relación entre éste y el inculcado tiene incidencia en la responsabilidad de este último. Una primera aproximación, afirma, puede consistir en considerar que, sí varias personas concurren a la realización de una conducta punible, pero no todas efectúan la acción descrita en el tipo, es posible atribuir a todas, el delito como propio. Una de esas formas, es la hipótesis de actuar por otro, que supone la posibilidad de que quien no realiza materialmente la acción pueda llegar a responder como su autor si guarda cierta relación con el verdadero ejecutor material y como la responsabilidad penal se funda en la propia culpabilidad, no en la de otro, surgen dificultades para concebir que un agente que no realiza la conducta típica (según la doctrina conocida como el “hombre de atrás”) pueda responder por alguna forma de autoría respecto de la ejecución material de quien actúa de manera dolosa y sobre quien recaen todos los elementos que permiten deducir responsabilidad penal.

Indica que, en los eventos de concurrencia de personas a la ejecución del delito, se han ensayado varios criterios para determinar cuándo se puede predicar la calidad de autor o partícipe del agente. Uno de ellos, corresponde a la teoría del dominio del hecho, de Klaus Roxin, que básicamente distingue dos maneras de dominar el hecho: i) El dominio de la acción que ejerce el propio ejecutor material o autoría única inmediata, y ii) El dominio de la

voluntad del otro, que a la vez contiene cuatro hipótesis: a) mediante coacción, b) aprovechando el error en que actúa el ejecutor material, c) la superioridad psíquica sobre inimputables y menores y cuando actúa con el auxilio del poder superior de un aparato organizado que tiene a su disposición, dominando así el curso del suceso. En las tres primeras hipótesis, quien domina el hecho es el hombre de atrás porque el coaccionado, el que actúa en error, el menor y el inimputable, son verdaderos instrumentos de aquél. No ocurre lo mismo cuando quien domina el hecho lo hace a través de un aparato organizado de poder, porque en tal caso, el ejecutor material actúa con voluntad, también domina el hecho, es un instrumento doloso, mientras que quien se sirve del aparato organizado de poder es el autor detrás del autor. Esta manera de dominar el hecho a través del dominio de la voluntad del ejecutor material, tiene tres características relevantes: a) Es irrelevante que el autor inmediato actúe con voluntad propia o que desista del comportamiento, porque en todo caso se cumplirá gracias a que el instrumento doloso es fungible, puede ser reemplazado por otro que ejecute el mandato. Así, el aparato organizado de poder funciona automáticamente porque la realización del delito está asegurada. b) Aunque el hombre de atrás es un individuo anónimo y sustituible, el ejecutor material actúa con libertad y responsabilidad, de modo que asume el hecho como autor de propia mano. c) Como se trata de un aparato organizado de poder, carece de relevancia la lejanía o cercanía entre el ejecutor material y el autor mediato, o que la orden de cometer el delito se profiera al ejecutor material directamente o a través de sucesivas órdenes de individuos situados en diferentes niveles de la jerarquía de la organización.

Esta Sala considera atinente, el mencionar que la razón que llevó a los legisladores a incorporar la figura jurídica del "Actuar por Otro" en el Código Penal, fue eliminar los espacios de impunidad en los que el actuante bajo el cobijo de la gestión ajena cometía o participaba en un hecho delictivo

(Dependiendo del rol que le correspondería al suplido en el evento criminal), que no le era reprochable penalmente por haber cometido el acto en nombre de otro; de manera que en virtud de la cláusula en cita, el actuante responde personalmente por la acción u omisión típica que desplegó en el evento criminal, aunque no esté revestido de las condiciones, cualidades o relaciones del suplido, necesarias para tenerle como sujeto activo del delito.³⁷¹

Retomando el hilo de los motivos interpuestos, la Fiscalía General de la República, fundamentando su postura, así: "...Las conclusiones a la que arribó el Tribunal Mayoritario, para absolver, causa agravio a la representación fiscal, pues no permite tener por cumplida la expectativa del Estado, de tener por restablecido el orden jurídico, que ha resultado lesionado, al momento de no exteriorizar las conductas esperadas, por parte de los acusados, ya que al no aplicar de manera correcta los artículos 38 del Código Penal y 8 inciso 2° del Código Procesal Penal derogado, terminan absolviendo de manera indebida a los acusados..." (Sic.) Fs. 3945. "...Los acusados al aceptar la delegación, por medio del contrato que los unió con Baterías de El Salvador, asumieron una posición de garante..." . Fs. 3946 Fte. "...El a quo debió subsumir estos hechos al elemento amplificador del tipo, relativo a la actuación por otro, contenida en el artículo 38 del Código Penal, pero lejos de entender perfectamente esa norma, la interpretan mal, pues afirman que la actuación por otro únicamente se aplica en el caso de la alta dirección de una sociedad que puede ser la junta directiva o el administrador único..." (Sic.) Págs. 16 y 17 del Recurso. La querrela impetrante matiza su desavenencia en estos términos: "...Las acreditaciones precedentes obligaban en la construcción de logicidad a

³⁷¹ Sala de los Penal, Sentencia definitiva, Ref. 22CAS2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016)

determinar las personas individuales que produjeron la contaminación, no obstante las anteriores acreditaciones, se obvió el tema de la delegación y la Teoría de la Posición de Garante que implica la aceptación de responsabilidades, manejo de recursos, información y toma de decisiones que requerían conocimientos profesionales especiales y experiencia en las áreas específicas en que se desempeñaron los imputados dentro de BAES, para lo cual fueron contratados...". (Sic.) Pág. 12 del Recurso. La Sala considera que el Motivo debe ser estimado, conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos subsiguientes. Las razones que manifiesta el tribunal sentenciador sobre la temática a estudio es la siguiente: "...XII- DE LA TITULARIDAD DE LA AUTORIA MATERIAL DE LA CONDUCTA OMISIVA..." "...Se incluye en el cuadro fáctico (...) la extensión (...) de la coautoría (...) omisiva (...) a los procesados (...) ARTURO M. C., HUGO REYNALDO T. D., y JOSÉ EDGARDO B. M., atribuyéndoles haber omitido realizar las actividades ordenadas por la autoridad ambiental para corregir las operaciones productivas de la planta recicladora de baterías, en la que estos desempeñaban sus cargos, el primero en calidad el Gerente de Función, y los restantes en calidad de Jefe de Gestión Ambiental y Gerente de Gestión Ambiental respectivamente (...), lo que les sitúa en posición de garantes de las fuentes de riesgo, en (...) las actividades productivas de la planta recicladora de baterías ..." Pág. 1118 de la Sentencia. "...Bajo los parámetros probatorios, (...) la realización o no de las actividades correctivas ordenadas del proceso productivo desarrollado (...) se mantuvo en el ámbito funcional de la Junta Directiva (...) facultad que (...) nunca delegó (...) a los procesados HUGO REYNALDO T. D., Y JOSÉ EDGARDO B. M., pese a participar del rol de garantes del proyecto ambiental (...) no puede afirmarse que estuvieran en la capacidad de realizar la acción debida, así como tampoco la de realizar un aporte objetivo en la no realización de la misma (...), de ahí, la carencia (...) del dominio funcional de la conducta omisiva...". Fs. 3916 Fte. "...Respecto del

procesado "Arturo M. C.", se puede predicar de igual manera la falta de capacidad para realizar las actividades correctivas ordenadas por la autoridad ambiental, PRIMERO por carecer de presupuesto para realizar las misma (...) SEGUNDO: (...) el GERENTE DE FUNDICIÓN carece de la capacidad de realizar la acción que evite el impacto ambiental (...) condiciones éstas que lo excluyen de la calidad de coautor de la conducta omisiva que ha sido demostrada en los directivos y administrados de la persona jurídica titular del proyecto ambiental ...". Fs. 3916 Fte. Para dilucidar la problemática que se observa en la motivación sentencia, debe recapitularse sobre los temas propuestos inicialmente; es decir, que el hecho tenido por acreditado por el tribunal sentenciador y que enmarcó en el delito de Contaminación Ambiental Agravada, es un delito especial impropio. Dentro de los fundamentos sentenciales, el A quo ha sido claro en determinar que existió la infracción penal conforme al evento histórico que ha tenido por acaecido y que es autor del ilícito la persona jurídica responsable de velar por que sus actividades no pusieran en grave peligro al medio ambiente. También ha sido enfático al sostener que los incoados en el presente caso no ostentan la calidad de coautores, por no contar con la capacidad ni los recursos para realizar la acción requerida o brindar un aporte objetivo en la no realización de la misma; además que la delegación que les había otorgado la Junta Directiva era imperfecta, ya que no contaban con poder de decisión. A ese respecto, la Sala observa que el A quo, no ha valorado la prueba de forma integral, lo cual ha repercutido en forma decisiva en la fundamentación jurídica del caso, principalmente la prueba pericial, inspecciones del Ministerio de Salud y las auditorias del MARN, así como las testimoniales que las corroboran. Sin embargo, aun asumiendo el cuadro fáctico tenido por acreditado por el A quo, y aceptando que a los acusados no se les puede aplicar la cláusula de "actuar por otro", por no haber estado revestidos de las condiciones propias del delegante como para tomar las decisiones que se traducen en la

contaminación ambiental delictiva agravada; en el fallo cuestionado también se asevera que los implicados tenían posición de garante frente a las fuentes de riesgo en razón de los cargos que desempeñaban dentro de la empresa. Frente a este discurso y los argumentos expuestos en los motivos invocados, se puede afirmar que, en efecto, la controversia planteada por los inconformes es que según su apreciación sí es aplicable a los acusados la figura del "actuar por otro" y, el A quo implícitamente la niega; por lo que, esta Sala para resolver el tópico lo analiza paulatinamente de la manera siguiente: Tanto impugnantes como el tribunal sentenciador convergen en que los acusados ostentaban la posición de garante frente a las fuentes de riesgo; sin embargo, el punto estriba en que el A quo sostiene que éstos no tenían co -dominio funcional del hecho por delegación imperfecta. El escenario delictivo atribuido a los acusados, queda delimitado en que estaban en la obligación de actuar y no lo hicieron; es decir, que omitieron el comportamiento exigido por el cargo asumido dentro de la fábrica. La posición de garante implica en la omisión impropia (Comisión por omisión) que el sujeto activo del delito se encuentra compelido (por un deber jurídico concreto) a obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. En otras palabras, el A quo ha sostenido que los acusados, por ostentar los cargos reseñados, estaban, conforme sus atribuciones, en el deber de realizar las gestiones pertinentes para impedir un daño penalmente relevante al medio ambiente, pero que sus potestades no alcanzaban para evitar que se realizará la contaminación ambiental, ya que esa decisión era exclusiva de la Junta Directiva de la persona jurídica, excluyéndoles como coautores. Retomando las ideas precedentes, en el fallo cuestionado se reflejan dos ideas claras: 1) Los incoados tenían posición de garante, 2) Sólo la junta directiva tenía la potestad de ordenar que se realizaran las actividades pertinentes para evitar la contaminación ambiental; A partir de estas premisas, el A quo deduce que los imputados Hugo Reynaldo T. D., José Edgardo B. M., y Arturo M. C., por no tener la capacidad de decisión respecto

a las actividades pertinentes para evitar la contaminación ambiental no se les puede imputar coautoría por el delito de Contaminación Ambiental Agravada y, en consecuencia, les absuelve. Al dar lectura nuevamente a las líneas que preceden se observa un vacío en el andamiaje argumentativo del juzgador (Salto al vacío) para llegar a la absolución, al obviar los deberes que por sus cargos tenían los incoados antes relacionados como garantes del medio ambiente y demás bienes jurídicos tutelados y consecuentemente, si las acciones u omisiones de ellos estaban o no al margen de la ley y, en su lugar, esbozan erradamente que ellos no tenían capacidad de decisión por corresponder dicha facultada a la junta directiva. Para la faena propuesta es indispensable incluir hipotéticamente los deberes a los que estaban sujetos los incoados. Conforme la sentencia objeto de control casacional las funciones de los incoados son: "El procesado Hugo Reynaldo T. D., fungió como Sub Gerente de Gestión Ambiental (...) tiene como responsabilidad de supervisión directa: la disposición final de los desechos y el análisis de laboratorio; como función y perfil de resultado: velar por la adecuación del plan ambiental; y como funciones específicas: 1.- elaborar presupuestos de gastos para proyectos (...) 2.- Coordinar la ejecución de las actividades proyectadas en el plan de adecuación ambiental (...), supervisando obras como techado de zonas y mejoras de sistema de tratamientos de aguas o realizando cambios a procedimientos de trabajo para cumplir con los requerimientos exigidos por el MARN; 3.- tramitar permiso anual de funcionamiento de la Planta de Baterías ante el Ministerio de Salud, solicitando inspecciones y auditorías a través de la unidad de salud y dando cumplimiento a las observaciones emitidas para la obtención del permiso, consta que el cargo tiene responsabilidad por contactos con el Jefe de Infraestructura y Mantenimiento con el propósito de la implementación de los proyectos de adecuación ambiental y que los mismos se han de verificar varias veces por semana". Fs. 39414, párrafo segundo, Fte.

Incardinando la idea precedente, a los ilícitos realizados en comisión por omisión; el Inciso 1° del Art. 20 Pn., establece dos condiciones para que al omitente le sea aplicable la ficción jurídica, 1) El deber objetivo de obrar y; 2) Que la omisión sea equivalente a la producción del resultado; referente al primer de esos requisitos, el inciso 2° del Art. 20 Pn., ilustra a quien incumbe el deber jurídico de obrar, así: I) El que tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, por ejemplo: padres-hijos, II) Aquel que por su conducta precedente creó el riesgo, verbigracia: Quien tiene un perro agresivo está en la obligación de evitar que ataque y; III) El que asumió la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuere afrontado, como el salvavidas respecto de los vacacionistas en la playa. En lo que respecta a la segunda condicionante; es decir, que la omisión sea equivalente a la producción del resultado, se traduce en que la pasividad dolosa o culposa del sujeto activo sea equiparable a la actuación activa respecto de la consecuencia de su rol; dicho de otra forma, la inactividad posee una relevancia específica y determinante en la sucesión de hechos que se traducen al final en la producción de un escenario subsumible en una infracción penal, al grado que de hacer una inclusión mental hipotética de la conducta esperada el evento.

Ahora bien, como se ha indicado, para que el omite le sea aplicable la ficción jurídica de comisión por omisión, se deben de dar dos condiciones: 1) El deber objetivo de obrar, respecto de lo que se valora que el deber jurídico de obrar, le corresponde entre otros, al que tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, respecto de lo que se valora que los encartados tenían una relación contractual laboral con la Sociedad Baterías de El Salvador, S.A de C.V.; y como se ha indicado, tenían funciones específicas en el tema ambiental, ya que la fábrica en su proceso de producción y reciclaje de baterías ácido plomo, manejaba diversos materiales peligrosos, entre ellos el plomo, que

es un metal pesado, que podría generar como en efecto lo fue, un grave peligro, incluso un resultado dañoso al medio ambiente y que no sólo conocían porque ocuparon puestos eminentemente técnicos, sino porque los encartados “TD” y “MC”, formaron parte del equipo técnico de la Sociedad que colaboró con la empresa Tecnología del Ambiente, que realizó el diagnóstico ambiental y de donde surgieron las obligaciones y acciones o medidas, que se impusieron en el permiso ambiental, y las que en su mayoría fueron incumplidas.

De lo que sin lugar a dudas el Tribunal colige que, existía un deber jurídico de obrar por los encartados, aún como se matizará más adelante degradado, en tanto que, como también se alegó y probó en el juicio, los encartados no formaban parte de la Junta Directiva, ni de la Gerencia General o Dirección Ejecutiva, pero sí ocuparon puestos de jefaturas y gerencias, que no tenían autonomía presupuestaria, por la misma organización jerárquica de la empresa, pero por esas obligaciones que los cargos les imponían no podían quedarse impávidos ante sendos señalamientos en las Auditorías Ambientales realizadas a la planta industrial de Baterías de El Salvador, S.A. de C.V., y por ello, conforme a sus obligaciones debían de gestionar todo lo que fuere necesario para dar cumplimiento a las obligaciones y acciones o medidas impuestas en el permiso ambiental, lo que evidentemente no hicieron en tanto que las mismas en su gran mayoría no fueron cumplidas, no obstante en el programa y cronograma señalarse claramente a quiénes correspondía realizarlas y en qué tiempos las mismas se debían ejecutar.

Jurisprudencia española:

Audiencia Nacional (Sección 4ª, Sala de lo Penal), Auto num. 260/2014 de 17 diciembre:

La Audiencia Nacional confirma la imputación de una sociedad mercantil estatal, considerando que la exclusión de la responsabilidad penal a que se refiere el 31bis.5 versaría únicamente respecto al Estado y resto de instituciones y organismos públicos y no sobre las sociedades mercantiles estatales. En este último caso, la exclusión no procede de manera inmediata, sino que debe condicionarse la misma a la naturaleza de su actividad, analizando el efectivo y real ejercicio de una política pública o la prestación de un servicio de interés económico general.

“El Tribunal considera que la exclusión del ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a que se refiere el artículo 31bis CP, es en todo caso, para el Estado y resto de instituciones y organismos públicos del Estado, sobre los que se hizo sintéticamente el recorrido que se recoge en el razonamiento jurídico tercero, a diferencia de lo que acontece para con las sociedades mercantiles estatales, cuya exclusión se condiciona a ese efectivo y real ejercicio de una política pública o la prestación de un servicio de interés económico general que, en nombre del sector público empresarial del Estado, (vinculado a la ejecución de una política pública o la prestación de un servicio económico general) se despliega.”

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3a), Sentencia num. 742/2014, de 17 de diciembre:

La Audiencia de Madrid condena a una persona jurídica por un delito de estafa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 251 bis.2 C.P, declarando la responsabilidad penal al haberse demostrado los hechos cometidos y su participación directa, material y voluntaria en concepto de autor. Cabe destacar que el delito fue perpetrado por el administrador único de la empresa, derivándose así la responsabilidad penal de la persona jurídica por acción de su administrador, en los términos previstos en el artículo 31bis.1.

“CUARTO

Los hechos declarados probados son constitutivos respecto de la entidad Grupo Boca de Restauración Integral S.L. un delito de estafa previsto y penado en el art. 251 bis – 2º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y que castiga a la persona jurídica que conforme a lo dispuesto en el art. 31bis, sea responsable de los delitos cometidos en esta Sección.

QUINTO

Del citado delito son responsables en concepto de autores el acusado Hilario y la entidad Grupo Boca de Restauración Integral S.L, por su participación directa, material y voluntaria en los hechos conforme establecen los arts. 27, 28 y 31 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)

Audiencia Nacional (Sección 1ª, Sala de lo Penal), Sentencia num. 2/2015 de 23 enero:

Interesante sentencia que confirma la imposibilidad de declarar responsables penalmente aquellas sociedades aún no constituidas formalmente o, en puridad, carentes de personalidad jurídica (que viene dada por su inscripción en el registro público correspondiente), disponiendo que:

“Lo cierto es que, a efectos penales como es el caso, nos encontramos ante una sociedad irregular carente de personalidad jurídica y por lo tanto excluida del sistema de responsabilidad penal que para las personas jurídicas establece el artículo 31 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (RCL 2010, 1658), siendo aplicable en su caso, las denominadas «consecuencias accesorias» contenidas en el artículo 129 del Código Penal, expresamente previstas para ese tipo de entidades jurídicas. La nota distintiva de este tipo de sociedades es su incapacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes y para actuar culpablemente, ya que salvo a efectos fiscales, no existen como tales formalmente, por lo que mal se podía haber otorgado poder

alguno legalmente válido en favor de Juan Alberto para el alquiler de la nave de Sabadell o para cualquier otra operación, ya que no existía persona física o jurídica alguna investida de las facultades legales para ello. Es más incluso a efectos penales, una sociedad irregular carece de patrimonio propio y en consecuencia, ni se le puede disolver, ya que no existe como tal, ni se le puede imponer una sanción pecuniaria ya que carece de patrimonio autónomo; y todo ello, sin perjuicio de las obligaciones que los socios pudieran haber asumido en nombre de la sociedad frente a terceros, que les sería exigible en su caso en vía mercantil.”

Que las sociedades no inscritas en el Registro Mercantil carecen de personalidad jurídica y por tanto, quedan excluidas del régimen de responsabilidad penal previsto por el C.P. estaría claro, siendo más cuestionable que todo acto o negocio jurídico en que participara careciera de efectos en el tráfico económico. En cualquier caso, el dato es la ausencia de responsabilidad penal que impediría incluso la imposición por esa vía de sanción pecuniaria alguna -por carecer de patrimonio propio y autónomo al de, eventualmente, sus socios o copartícipes- o decretar su disolución.

Sentencia C-320/98 RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONA JURIDICA. Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquéllas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones - que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad - se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no

encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE PERSONA JURIDICA, dado que a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso, la Corte considera que la expresión "objetiva" que aparece en el último inciso del artículo 26 del proyecto es inexecutable. No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad. Justamente, la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la "responsabilidad objetiva", la cual en cambio sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia G. J., tomo XCIX, n.º 2256 a 2259, pp. 88-100, MP: José J. Gómez R., junio 30 de 1962. Providencias posteriores a la del 30 de junio de 1962 muestran que la tesis de la responsabilidad directa se aplicó de manera uniforme en el país. Ejemplo de ello es la sentencia del 28 de octubre de 1975, en la cual la Corte Suprema ratificó que las personas jurídicas responden directamente por la conducta dañosa en la que incurren sus agentes mientras están en ejercicio de sus funciones o en ocasión de éstas, sin importar la posición jerárquica que éstos ostenten dentro de la organización, ya que se comprende que la entidad obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos se entienden como los suyos propios¹⁷. La mencionada sentencia de 1975 hace una recapitulación y sistematización de la evolución de la responsabilidad civil de las personas jurídicas a través de los años en la cual

precisa algunos elementos de la tesis de la responsabilidad indirecta, cuya mención es importante para el propósito de este texto¹⁸. Además, especificó que el ente moral era solidariamente responsable con el agente productor del daño, por lo tanto, la víctima estaba facultada para cobrar la indemnización tanto a la persona natural como a la jurídica ¹⁹. Bajo esta misma línea, la Corte aclaró que, si el demandante exigía la reparación a la persona jurídica, esta última tenía la posibilidad de repetir en contra del agente productor del daño, es decir, cobrarle aquello con lo que se vio obligada a resarcir a la víctima ²⁰. Años después, la Corte fue aclarando diversos elementos de la teoría de la responsabilidad directa. En un fallo del 15 de abril de 1997, la señalada corporación declaró como directamente responsable a un establecimiento bancario, por los daños que le ocasionó al demandante por un delito de estafa en el que fueron condenados dos empleados de dicha entidad en la sucursal de Rionegro (Antioquia). En este caso, la Corte aclaró a la tesis consolidada que “cuando un individuo —persona natural— incurre en delito o culpa en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas e independientemente de la denominación o jerarquía del cargo que tiene” ²¹, también se trata una auténtica culpa propia atribuible a la persona jurídica. La Corte precisó que, por mandato del artículo 2344 del Código Civil, se configura una vinculación solidaria entre la persona jurídica y el agente autor del daño, razón por la cual ambos están obligados a satisfacer in integrum las prestaciones indemnizatorias. De modo tal que, cuando el autor del perjuicio es un agente de una entidad de derecho público o privado, “no existe un desplazamiento de su responsabilidad hacia la persona jurídica, sino una ampliación o extensión de esa responsabilidad” ²². Por lo anterior, el damnificado tiene la opción de demandar a la persona moral, o conjuntamente a ésta y a la persona natural o también puede demandar exclusivamente al funcionario autor del daño.

El Derecho penal económico y de la empresa: el actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de mecanismos de imputación penal que si bien en algunos casos pueden ser de aplicación a personas físicas (actuar por otro) poseen un espacio de mayor trascendencia práctica que se centra en la actuación de los administradores de hecho y de Derecho en el ámbito de las personas jurídicas. Se trata de dos respuestas jurídicas perfectamente compatibles entre sí, pues, aunque en ocasiones están relacionadas, en realidad responden a situaciones diversas y autónomas: la determinación del destinatario de la norma penal en delitos especiales y la consecuente imposición de penas a las personas físicas que intervienen en su nombre (actuar por otro) y la consideración de los entes jurídicos como auténticos sujetos llamados a cumplir la ley penal y la aplicación, en su caso, de sanciones penales directas (responsabilidad penal de las personas jurídicas).¹ Adviértase que estas figuras no se aplican necesariamente a los mismos delitos, pues el actuar por otro se impone a cualquier delito que requiera “condiciones, cualidades o relaciones” para poder ser sujeto activo (art. 31 CP), mientras que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplica al catálogo cerrado de “supuestos previstos en este Código” (art. 31 bis CP). Sin embargo, están presentes en la mayor parte de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. La aparición de la persona jurídica en el ámbito penal se ha extendido en los últimos años fuera del espacio propio del mundo anglosajón, donde ya gozaba de una larga tradición, abarcando ahora prácticamente la totalidad de Europa y del resto del mundo. Los motivos de este cambio pueden encontrarse en la globalización y la unificación internacional de normas jurídicas que han pasado de regular aspectos puntuales de la economía a definir los requisitos específicos.

En España, la reciente Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado “sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del

Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015” ha marcado las líneas de la acusación penal en esta materia, con especial incidencia en relación con el “compliance”, generando múltiples opiniones que inciden en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en general, y lógicamente poseen gran trascendencia en el ámbito penal tributario. Estas directrices han avivado el debate académico con enormes consecuencias prácticas, ya que las empresas se plantean seriamente cuáles deben ser sus líneas de actuación diligente para prevenir e impedir la comisión de delitos por los que puedan ser directamente responsabilizadas. Y generan incógnitas de gran magnitud, como determinar a quién le incumbe la carga de la prueba en materia del “compliance.” Profundizando el debate, la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, ha entrado de lleno en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sentando importantes bases jurisprudenciales que deberían contribuir a clarificar esta materia, lo que en realidad no ha acontecido hasta el momento.

Así se ha resuelto por parte de esta Cámara en casos concretos, v. gr. El resuelto bajo referencia P-141-SD-2012-CPPV, en el que se dijo: “...En el caso en examen, definitivamente los hechos sucedieron antes que el imputado M (...) tomara posesión del cargo de Director Presidente de la Cooperativa, (...); en ese sentido, no es posible la aplicación del Art. 38 del Código Penal, ya que si bien es cierto que las personas jurídicas, responden a través de sus representantes legales, la responsabilidad penal es personal, tal como lo ha dicho la Defensa Técnica del imputado, por lo que deberá responder quien haya realizado los actos ejecutivos, en nombre y representación de la persona jurídica, pero en el espacio y tiempo en que se realizaron esos actos, por lo que no es posible entonces, imputar una responsabilidad al señor M (...), cuando él aún no fungía en ese cargo.

Véase que, en el marco del proceso penal, tratándose de un hecho delictivo se atribuya persona jurídica, pueden perseguirse a las personas naturales que hayan acordado o, en su caso, que hayan ejecutado el hecho punible. Lo cual se muestra en concordancia con que establece el Art. 38 Pn., en cuanto prescribe que: "...El que actúe como directivo, representante legal, o administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare..."³⁷²

Refiriéndonos a los delitos de omisión la sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, respecto de ello ha manifestado en providencia de las nueve horas y veintiocho minutos del día once de septiembre de dos mil trece, se pronunció en la casación 10C2013, que: "Los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado

limitado a "no hacer", se castiga no la omisión en sí, sino el resultado que se produce como fruto de esa omisión. ---- La comisión por omisión requiere de los siguientes aspectos fundamentales:

1) (...) Que el sujeto no haya hecho lo que se espera de él, (...) éste debe estar en posición de garante (...) las fuentes de las que pueda surgir esta posición, la ley, el contrato y la previa condición de un riesgo-. 2) Que ese no hacer equivalga a un hacer (...) 3) Que, si el sujeto en posición de garante hubiese realizado la acción esperada, se hubiera evitado el resultado...".

³⁷² Cámara de la Tercera Sección del Centro, San Vicente, 2019

Esta Sala considera atinente, el mencionar que la razón que llevó a los legisladores a incorporar la figura jurídica del "Actuar por Otro" en el Código Penal, fue eliminar los espacios de impunidad en los que el actuante bajo el cobijo de la gestión ajena cometía o participaba en un hecho delictivo (Dependiendo del rol que le correspondería al suplido en el evento criminal), que no le era reprochable penalmente por haber cometido el acto en nombre de otro; de manera que en virtud de la cláusula en cita, el actuante responde personalmente por la acción u omisión típica que desplegó en el evento criminal, aunque no esté revestido de las condiciones, cualidades o relaciones del suplido, necesarias para tenerle como sujeto activo del delito.

Retomando el hilo de los motivos interpuestos, la Fiscalía General de la República, fundamentando su postura, así:

"...Las conclusiones a la que arribó el Tribunal Mayoritario, para absolver, causa agravio a la representación fiscal, pues no permite tener por cumplida la expectativa del Estado, de tener por restablecido el orden jurídico, que ha resultado lesionado, al momento de no exteriorizar las conductas esperadas, por parte de los acusados, ya que al no aplicar de manera correcta los artículos 38 del Código Penal y 80 inciso 2º del Código Procesal Penal derogado, terminan absolviendo de manera indebida a los acusados..." (Sic.) Fs. 3945.

"...Los acusados al aceptar la delegación, por medio del contrato que los unió con Baterías de El Salvador, asumieron una posición de garante..." Fs. 3946 Fte. "...El a quo debió subsumir estos hechos al elemento amplificador del tipo, relativo a la actuación por otro, contenida en el artículo 38 del Código Penal, pero lejos de entender perfectamente esa norma, la interpretan mal, pues afirman que la actuación por otro únicamente se aplica en el caso de la alta dirección de una sociedad que puede ser la junta directiva o el administrador único..." (Sic.) P.. 16 y 17 del Recurso.

precedentes obligaban en la construcción de logicidad a determinar las personas individuales que produjeron la contaminación, no obstante las anteriores acreditaciones, se obvió el tema de la delegación y la Teoría de la Posición de Garante que implica la aceptación de responsabilidades, manejo de recursos, información y toma de decisiones que requerían conocimientos profesionales especiales y experiencia en las áreas específicas en que se desempeñaron los imputados dentro de BAES, para lo cual fueron contratados...". (Sic.) P... 12 del Recurso.³⁷³

³⁷³ Sala de lo Penal, Sentencia definitiva, Ref. 22CAS2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016)

CAPÍTULO VI:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones; 6.2 Objetivos De La Investigación; 6.3 Recomendaciones; 6.3.1 La Asamblea Legislativa; 6.3.2 Al Órgano Judicial, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República y Consejo Nacional De La Judicatura.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

6.1. CONCLUSIONES.

Luego del desarrollo de la investigación dogmática, que implicó el presente trabajo investigativo y realizar los análisis correspondientes, respecto de la temática que consistió en: “La Responsabilidad Civil Derivada De La Comisión de Delitos Cometidos por Organismos de Administración, en las Sociedades Anónimas, Desde La Perspectiva del Actuar Por Otro” se arriba a las siguientes conclusiones:

- l) Se abordó el origen histórico de la teoría “del actuar por otro”, la que se determinó tuvo su nacimiento en el continente Europeo, pero la misma no surgió como tal, de forma determinada, sino a través de los enfoques jurídicos del derecho penal económico, que emergía como una necesidad apremiante, ante el desarrollo de la industrialización, así las cosas fue en Francia con proudhon, a mediados del siglo diecinueve quien empleó la voz, “droit economique”, para designar un derecho superestatal, igualitario, regulador de la vida interna de la totalidad económica. Posteriormente fue el Italiano Angelo Levi, en 1886, publica en Roma su obra: “IL Diritto Economico”, quien se refirió al derecho

penal económico como materia de regulación Estatal; sin embargo fue el Alemán Von Lisst, el primero que visualizó y predijo que, a finales del siglo XIX, se llegaría a reconocer responsabilidad penal de las personas Jurídicas. Siendo esos los primeros síntomas de la necesidad de regular el derecho penal económico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando las personas naturales que las integran cometen delitos. Puede entonces decirse con toda propiedad, que es Alemania la nación con el mayor desarrollo científico en dicha materia y constituye el antecedente más importante de ello, la resolución emitida del Tribunal Supremo Prusiano del 9 de noviembre de 1874, fue la que permitió la evolución y el progreso de los análisis correspondientes tanto a nivel de dogmático, como por la distinta jurisprudencia, así en el Código penal Alemán, por la reforma de 1975; esta tendencia doctrinaria se trasladaría posteriormente a España, como una posición razonable de solución a los diferentes casos que se presentaban ante los tribunales Españoles, acaeciendo la reforma de 1983, que incorporó en la parte general del Código Español la figura del “actuar por otro”, la que fue bien acogida por los tribunales y en general por la comunidad jurídica de esa nación, debe decirse que la jurisprudencia Española ha sido inspiración para la comunidad jurídica latinoamericana.

II) Se estableció que en El Salvador la figura del actuar por otro, no existía sino hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1998, pues antes de ello, la única forma de abordar el tema del actuar por otro, era a través de la autoría mediata, lo cual constituía una construcción “forzada” en términos jurídicos, al aplicarla a las personas que actuando en nombre y representación de las personas jurídicas cometían delitos por sus representadas; es así que el Código Penal de 1998, introduce

la figura del actuar por otro, en el art. 38, permitiendo la aplicación de tal figura a fin de evitar las lagunas de impunidad que generalmente se generan con este tipo de actuar delictivo y que naturalmente tenía las mismas consecuencias respecto de la responsabilidad civil derivada de esos hechos.

III) Se realizó un recorrido por las diferentes teorías que históricamente han abordado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, llegando a la conclusión que las teorías más adecuadas para lograr la aceptación y determinación de tal forma de protagonismo delictivo, son las teorías organicistas y aquellas que están referidas al defecto de organización, lo que también es aplicable a las sociedades anónimas cuando actúan a través de sus organismos de representación.

IV) Con lo anterior también se logró determinar que los principios de culpabilidad, de legalidad, de proporcionalidad, de lesividad del bien jurídico, no son afectados si se concluye por medio de las teorías organicistas y por defecto de organización, que los hechos cometidos por sus representantes en nombre de su representada deben ser asumidos por aquellas en la consecuencia penal que ello produce, la pena, como la responsabilidad civil derivada de la misma, por la que deben responder en modalidad de responsabilidad civil especial subsidiaria.

V) Se estableció que la figura del actuar por otro, es útil y funcional para resolver los problemas de las lagunas de punibilidad que en el pasado generaban los delitos cometidos por sociedades mercantiles o empresas, en el sentido de que constituyendo personas jurídicas, la imputación generaba problemas de traslado de la responsabilidad penal de lo actuado por una persona natural hacia una persona jurídica,

constituyendo ello una manifestación de responsabilidad objetiva y violación al principio de culpabilidad, así como el resto de problemas dogmáticos que ello generaba y que además cumpliendo con los requisitos de que: a) Exista una relación de representación entre la sociedad mercantil, en este caso sociedad anónima con el representante, éste actúe por cuenta de aquel, es decir su representado; b) Que las acciones sean ejecutadas en el ámbito de su giro comercial o dentro de las actividades relacionadas con ella y entonces se produzcan a consecuencia de ellas; c) Que el representante cometa un hecho de trascendencia jurídico penal, es decir sea constitutivo de delito o falta; c) Que con el referido hecho por acción u omisión se haya logrado afectar o por lo menos. poner en riesgo bienes jurídicos protegidos por las normas sustantivas que les protegen; d) Que no opere en el representante el error de prohibición, error de tipo o causas excluyentes de responsabilidad penal, así como la ausencia de capacidad de representación en su actuación, pues la misma debe ser consciente, clara y su actuar debe ser con dolo o culpa; e) Que el hecho sea posible de haber sido evitado de tener la debida diligencia por parte de la sociedad o empresa mercantil al mantener un adecuado control de las actuaciones de sus representantes; f) Que las condiciones materiales de ejecución permitan deducir que el representante ejerció las acciones constitutivas de delito y al afectar a terceros lo hizo dentro del giro comercial de su representada y al causar daños, debe resarcirlos incluyendo en ellos el lucro cesante y el daño emergente, lo cual fue definido; g) Que lo obtenido por el delito haya ingresado o haya sido recibido en beneficio de la persona jurídica; h) Y que la actuación del representante no haya obedecido a una decisión propia e independiente de sus funciones de representación respecto de su representada.

VI) Que lógicamente atendidos a la figura del actuar por otro y a su diseño normativo, esto corresponderá siempre a delitos propios de comisión que son aquellos en los que el sujeto activo debe reunir condiciones especiales para serlo y que generalmente esas condiciones corresponden a la persona jurídica, por lo cual aun y cuando la persona natural que las representa no reúna esas condiciones, la ejecución del hecho delictivo se le atribuirá, pues de acuerdo al abordaje de las teorías organicistas y el defecto de organización desarrollado en el presente trabajo, esa forma de proceder es adecuada, debiendo responder no sólo en las consecuencias penales que ello genere, sino también de la responsabilidad civil derivada de aquella.

VII) Debe indicarse que por estar regulado expresamente en el Código de Comercio de El Salvador las sociedades anónimas, por ser sociedades de capital responderán con su propio patrimonio frente a terceros por las obligaciones que adquieran y dentro de esas obligaciones se incluyen aquellas derivadas de hechos punibles previstos en las normas sustantivas y que esa responsabilidad se afrontará con el capital social; salvo que siendo un socio se extralimite de sus funciones sociales cuando ejerza actos de representación y ello cause daños a terceros, en estos casos responderán con su propio patrimonio.

VIII) Que esa Responsabilidad civil tiene su asidero en los derechos constitucionales de las personas que convirtiéndose en víctimas de un hecho punible a través de sus organismos de representación y tendrá como objetivo resarcir los daños causados por el delito, que esos daños deben incluir los aspectos del lucro cesante y el daño emergente.

IX) Se logró determinar que, pese al reconocimiento normativo de las figuras del actuar por otro, de la responsabilidad civil solidaria, subsidiaria, subsidiaria común, subsidiaria especial; a la fijación del procedimiento que podríamos denominar especial, para iniciar paralelamente la acción civil, junto con la acción penal, en la realidad actual de nuestra práctica judicial la misma carece de efectividad, pues generalmente no se logra la obtención de los perjuicios ocasionados por el delito y esa realidad ocurre también con aquellos hechos delictivos protagonizados por sociedades mercantiles, incluidas en ellas las sociedades anónimas a través de sus organismos de representación.

X) Que las medidas cautelares de tipo patrimonial en el proceso penal es remitido a la regulación del Código Procesal Civil y Mercantil para su implementación, lo que en la práctica impide asegurar el resultado de la reparación civil de los daños producidos por el delito, aun y cuando si fuere utilizada esa posibilidad procesal de manera adecuada, podría asegurar el referido resultado; a tal impedimento o dificultad debe agregarse dos circunstancias: la primera es que dichas medidas son a iniciativa de quien las solicita; y la segunda por cuenta y riesgo de ellas; lo que constituye un problema adicional a superar por las víctimas u ofendidos por el hecho delictivo.

XI) Se logró determinar que no existe obligación alguna para que las sociedades mercantiles que dentro de su giro comercial se dediquen a actividades de alto riesgo para las personas y que puedan provocar perjuicios a terceros contraten seguros de riesgos, a fin de garantizar el pago en caso de que esos riesgos se conviertan en daños en cualquiera de los bienes jurídicamente tutelados por las normas.

XII) Se logró determinar que es necesaria una reforma al inciso 3° del art. 399 del Código Procesal Penal, para que, conforme a las reglas del procedimiento, se imponga o absuelva del pago de la responsabilidad civil a las sociedades mercantiles, cuando por sus actividades o por ocasión de ellas, se cometan delitos a través de sus representantes, pues el diseño actual de la disposición aludida, permite sancionar “en abstracto,” lo que habilita continuar el ejercicio de la acción ante un juez de lo civil y mercantil para la fijación de la cuantía, pero a la vez habilita el tránsito de la acción hacia un juez cuya competencia y conocimientos, no es la idónea para dirimir el asunto relacionado y con ello se fomenta el peregrinaje de la acción civil derivada de los hechos punibles de esas formas de ejecución para las víctimas, lo que la realidad ha demostrado su ineficiencia. Al ocurrir la reforma sugerida y obligarse a imponer la sanción o absolver en competencia penal, lógicamente se habilitan los recursos ante funcionarios idóneos para dirimir esa parte del conflicto.

XIII) Se logró determinar que no existe un sistema de penas para las sociedades mercantiles y en ello se incluye a las sociedades anónimas, a fin de que sean sancionadas en caso de incurrir en delitos, a través de sus organismos de representación, causando daños efectivos en terceros, con lo cual las penas se limitan a las sanciones penales a sus representantes y a las posibles civiles que se impongan, estas últimas si podrían incidir en el patrimonio de las sociedades de ser ejercida la acción adecuadamente.

XIV) Se logró determinar que no existe un capítulo sistematizado referido a las medidas de seguridad a imponer a las sociedades mercantiles, para que cuando por sus actividades representen riesgo al

resto del conglomerado social; con ello se descuida el aspecto riesgoso de su actuar y también el retorno a sus actividades normales.

Con todo ello debe indicarse el ejercicio de la acción civil y la consiguiente imposición de la misma en el momento histórico actual de El Salvador, es deficiente, no es efectiva, por diversos factores, la mayoría de ellos antes enunciados y otros que pudieren ocurrir, por lo que debe prestarse atención a los posibles métodos o mecanismos propuestos, a fin de que ello logre satisfacer las afectaciones a las víctimas, desde luego la consecuencia resarcitoria o retributiva de la acción civil aunque no restaura las condiciones de vida de las personas, previas al delito al que fueron sometidas, sí puede colaborar a su mejoría, en la medida en que en muchas oportunidades la ejecución delictiva deja secuelas que perduran en el tiempo, en la psiquis de las personas e inciden hasta en su comportamiento social; lo cual podría ser significativo para que tales consecuencias también disminuyan, en lo posible, de allí que la importancia del tema al momento histórico y que en la práctica judicial ha sido descuidada, faltándose con ello, no sólo al derecho de la tutela legal efectiva, sino también a fin primordial del Estado de consideración de que su origen y fin está en la persona humana.

Importante es mencionar que, puesto que el presente trabajo de investigación ha sido dogmático, no se han utilizado métodos de recopilación de datos e información de forma estadística, ni su sistematización, en ese orden las afirmaciones de la ineficacia del ejercicio de la acción civil y su imposición se ha realizado a partir de la simple observación del fenómeno en la práctica judicial.

Debe señalarse también que en la práctica judicial, el ejercicio de la acción civil y su imposición derivado de hechos punibles, no ha tenido un desarrollo

satisfactorio y que menos lo ha sido, cuando ella ha sido ejercida a consecuencia de la ejecución de hechos delictivos protagonizados por sociedades mercantiles, a través de sus organismos de representación; lo que como se dijo, puede deberse a múltiples factores, pero sobre lo que es necesario prestar atención, a pesar de que es una realidad que la práctica en los tribunales y la jurisprudencia nos irá enriqueciendo al respecto.

PLANTEAMIENTO ALTERNATIVO:

Luego de concluido todo lo antes expresado, respecto de la utilización de la figura del actuar por otro, para superar las lagunas de punibilidad generadas en el pasado para los delitos cometidos en el seno de estructuras organizadas de derecho, específicamente las sociedades anónimas, debe indicarse de forma alternativa una posición diferente, consistente en la Responsabilidad Directa en el ámbito civil, de las sociedades mercantiles, cuando actúan a través de sus organismos de representación e incurren en la comisión de hechos delictivos, basado en las siguientes circunstancias:

Debe indicarse que la base de toda reclamación civil en materia de indemnización es una fuente de obligación, en este caso la comisión de un hecho delictivo cometido por un organismo de representación de una sociedad anónima, artículos 1308, 1427 del Código Civil, 265 del Código de Comercio; bajo esa perspectiva se utiliza la figura del actuar por otro, como un dispositivo amplificador de los tipos propios especiales de comisión, para trasladar la responsabilidad de quien actúa bajo el cobijo de una empresa o sociedad para cometerlos, hacia la persona jurídica, quien finalmente debe responder por los hechos delictivos; y en lo que nos interesa para el objeto del presente trabajo, en la responsabilidad civil, para con el afectado por el delito, ofendido o víctima; ello sin duda puede constituir una responsabilidad objetiva, asumiendo que se atribuye la responsabilidad de un hecho delictivo sin considerar la

dirección de la voluntad del actuante, sino únicamente el resultado material al que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto, conforme al art. 4 del Código Penal; entonces no hay una deducción subjetiva de responsabilidad.

Si asumimos conforme a lo anterior, que dentro del quehacer social, dichos entes toman decisiones por medio de sus organismos de representación y que en determinado momento, puede conducirlos a la comisión de hechos delictivos, que lógicamente generará perjuicios a terceros y de donde nacerán obligaciones de naturaleza civil, la simple no participación en la decisión tomada y la protesta contra las decisiones del referido ente colegiado no exonerará a uno de sus miembros de las responsabilidades pecuniarias que se generan en favor de terceros, y especialmente cuando de comisión delictiva se trate, pese a lo establecido por el art. 275 del Código de Comercio, para que ello tenga efecto y se le exonere de responsabilidad al directivo que como parte del ente colegiado, tendría que haber presentado previamente y antes de esa decisión, su renuncia a ser parte de ese ente e inscribirlo en el registro de comercio, como debe hacerse regularmente ese tipo de actos, para que tengan validez frente a terceros.

Al margen de esa deducción de responsabilidad a los directivos de la sociedad o de su exoneración, podría reclamarse a la sociedad responsabilidad civil directa o de tipo social, dado que las actuaciones de sus organismos de representación se entienden lógicamente efectuados por la misma y ello ocurre de forma similar a su dinámica de funcionamiento en el derecho civil, en la que, la responsabilidad si es objetiva y directa, dada su naturaleza distinta al derecho penal.

Entonces, estaremos hablando de una responsabilidad civil subsidiaria especial, tratado de forma autónoma y se llegará a imponer la responsabilidad

civil por el hecho cometido. Asumiendo que en materia civil la responsabilidad civil es directa, en materia penal puede asumirse la misma consecuencia, en el entendido que siendo directa la responsabilidad civil, se elimina el dolo o la culpa en el actuar, pues es la decisión de un ente colegiado el que llevó a ejecutar las acciones que en determinado momento son relevantes en términos jurídico penales, pues constituyen delito y por ende esas decisiones vinculan a la sociedad mercantil de forma directa, como se dijo, para que respondan civilmente de las consecuencias del actuar delictivo de quienes bajo su cobijo o cobertura actuaron y causaron perjuicios a terceros; no obstante lo anterior, resulta lógico que el hecho delictivo debe estar probado, de manera que, podría sancionarse a la persona que ejecuta el hecho delictivo en términos jurídico penales y consecuencias civiles para la sociedad a quien representó o bajo cuyo cobijo actuó.

Bajo esas circunstancias, la responsabilidad directa también nos ayuda a solucionar el problema de los administradores de hecho, que bajo la cobertura de la sociedad como ente organizado cometen delitos y generan afectación a terceros, porque sin duda la redacción del art. 38 no permite considerar dentro de la figura del actuar por otro a los administradores de hecho, a pesar de que con sus actuaciones los administradores de hecho, pueden vincular a las personas jurídicas a quienes con sus acciones representaron, de allí la necesidad de entender y poder concluir, sobre la responsabilidad civil de forma directa derivada de esas acciones por ese tipo de actuantes o protagonistas de hechos delictivos.

En conclusión: El Código Penal Salvadoreño contiene un modelo de responsabilidad civil subsidiaria especial para las personas jurídicas, que constituye un sistema mixto o heterogéneo; sin embargo y como se está formulando una forma de responsabilidad civil directa, para las sociedades mercantiles cuando sean sus organismos de representación quienes actúen y

con tales actuaciones se incurra en hechos delictivos, afectando a terceros quienes surgirán entonces en ese contexto como ofendidos o víctimas, debe dejarse claro que pese a la responsabilidad penal por la que el suceso delictivo debe estar probado y no obstante que puede ocurrir la exención de responsabilidad penal respecto de quien encontrarse en la situación de haber actuado u omitido bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó, la responsabilidad civil derivada del hecho punible protagonizada por los organismos de representación de las sociedades anónimas, en el caso de análisis sobrevive y lógicamente deberá imponerse a las referidas sociedades, tal y cual lo indica el art. 117 Número 3 del Código Penal.

Que en el diseño actual del ordenamiento jurídico Salvadoreño, existen sanciones a las sociedades mercantiles que incurren en hechos delictivos a través de sus organismos de representación, tales como: cierre temporal de los establecimientos, pago de los daños causados, prohibición de ciertas actividades por períodos específicos de tiempo, reparación del daño causado, restauración de las condiciones ambientales en casos de contaminación de esa índole y otros; lo cierto es que como ya se dijo en el presente trabajo, eso deberá regularse en un capítulo sistematizado en el Código Penal, pues existen de forma dispersa en el derecho administrativo sancionador. Congruente con la política criminal del Estado Salvadoreño podría introducirse en el Código Penal como parte de la responsabilidad civil subsidiaria especial.

6.2 RECOMENDACIONES.

6.2.1 POR VÍA DE REFORMA LEGAL A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA:

1) La formulación de un capítulo sistematizado en el Código Penal de las penas a las que serían sometidas las sociedades anónimas cuando incurren en delitos a través de sus organismos de representación, en vista de que lógicamente no corresponde a ellas, por su misma naturaleza jurídica de entes ficticios creados por el derecho, el cumplimiento de penas en el sentido estricto de lo que significa para una persona natural y puesto que actualmente existen sanciones en el ámbito del derecho administrativo sancionador, no existen las mismas de forma sistematizada en el Código Penal, lo que impide un adecuado control por la autoridad judicial y el restablecimiento por su control a la normalidad de funcionamiento de las mismas, cuando ello ocurra, estas penas podrían ser:

- 1) Cancelación de la personería jurídica.
- 2) La multa.
- 3) Suspensión total o parcial de actividades.
- 4) La Pérdida de beneficios estatales.
- 5) Prestaciones Obligatorias.

2) La formulación de un capítulo sistematizado en el Código Penal de las medidas de seguridad a las que serían sometidas las sociedades anónimas, cuando se pueda por el Estado de El Salvador, ponderar a través de sus organismos de vigilancia de las mismas que ellas representan un peligro por sus acciones al conglomerado social, entre ellas podrían encontrarse:

-El establecimiento de una vigilancia judicial de la actividad de la persona jurídica.

-El establecimiento de una auditoría periódica, pues el auditor no convive con los órganos de la empresa, en este tipo de auditoría también debe cumplirse con el requisito de la información del funcionamiento de la persona jurídica.

-En tercer lugar, el tribunal puede determinar la obligación por parte de la persona jurídica, de presentar los estados contables en plazos más abreviados que los referidos por la normativa aplicable a las sociedades, aquí el control se realiza a través de los resultados y de la acción funcional.

-La prohibición de determinadas actividades funcionales y operacionales, el tribunal puede establecer la necesidad de autorización judicial, para el ejercicio de las atribuciones sociales.

- 3) La obligación para las sociedades anónimas de contratar seguros de riesgos contra daños a terceros, cuando sus actividades ordinarias de acuerdo a su giro comercial puedan representar riesgos de daños a terceros, por ejemplo: actividades como el manejo de sustancias peligrosas para la salud de las personas, materiales contaminantes, etc. Actividades de inversiones de dinero de alta significancia en el mercado, etc. Lo anterior con el objetivo de asegurar la responsabilidad civil de los hechos protagonizados por dichas sociedades y que frecuentemente en nuestro medio quedan impunes por insolvencia económica, frente a lo que la reserva legal establecida en el Código de Comercio, resulta insuficiente para asumir las referidas obligaciones.

4) Reformar el art. 342 del Código Procesal Penal, para relevar de la obligación de promover a petición de las víctimas u ofendidos y bajo su responsabilidad las medidas cautelares de índole patrimonial en los procesos penales correspondientes, cuando el delito haya sido ejecutado por sociedades mercantiles a través de sus organismos de representación, en vista de que actualmente lo regulan de forma diferente los artículos 431 y 432 del Código Procesal Civil y Mercantil, en vista de que por ellas se pretende asegurar el pago de los daños y perjuicios causados en concepto de responsabilidad civil; a lo anterior debe agregarse que tal circunstancia representa actualmente una carga adicional al daño ya causado por las sociedades con su actuar delictivo y por ende una revictimización de las personas afectadas, que en definitiva lejos de constituir una tutela legal efectiva de sus derechos, constituye un obstáculo para obtener satisfactoriamente el resarcimiento por los daños causados y un peregrinaje por las acciones pertinentes para tales fines.

5) En el mismo orden anterior, respecto de las medidas cautelares de índole patrimonial, deberá reformarse, en el sentido de que cuando acontecimientos de trascendencia jurídico -penal, en el ámbito del derecho penal económico ocurran, protagonizados por sociedades mercantiles, se proceda de forma obligatoria y no optativa como es actualmente, a utilizar las mismas, imponiéndolas, para los fines de asegurar el pago de la responsabilidad civil en el ámbito derivada de los hechos.

6) Reformar el inciso tercero del art. 399 del Código Procesal Penal que permite imponer la responsabilidad civil en abstracto, con el objetivo de que se establezca en los juzgados con competencia civil el monto o liquidación de la cuantía, cuando no fuere posible establecer los montos

de las cuestiones reclamadas a consecuencia del delito en competencia de los tribunales penales; a fin de que se deba imponer en la competencia penal o en definitiva de no ser procedente se absuelva de la misma, lo anterior en vista de que la facultad a los juzgadores, otorgada por la aludida disposición legal, genera el peregrinaje de las víctimas hacia la competencia civil y además les obliga a transitar ante un juez cuya especialidad no es la idónea para comprender las consecuencias civiles derivadas del delito y su correspondiente imposición, con lo que el Estado les desprotege, por la poca efectividad que ello tiene actualmente.

7) Como consecuencia del planteamiento alternativo de responsabilidad directa de las sociedades mercantiles, se propone incluir en el Código Penal como consecuencias de la responsabilidad civil subsidiaria especial y por el que las sociedades mercantiles deben responder por las actuaciones de sus organismos de representación para con las personas ofendidas o víctimas de los delitos causados, los siguientes aspectos:

A) La Restitución de las cosas obtenidas como consecuencia de la realización del hecho punible o en su defecto el pago de su valor

B) La reparación del daño causado.

C) La Indemnización por los daño y perjuicios causados.

D) Las costas procesales.

6.2.2 AL ORGANO JUDICIAL, FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, PROCURADURIA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA:

Implementar programas de capacitación para Jueces, empleados judiciales con labores de colaboradores judiciales, Fiscales, Procuradores e inclusive abogados en ejercicio liberal a efecto de que adquieran conocimientos y los actualicen regularmente en materia de delitos cometidos por sociedades mercantiles, en específico sociedades anónimas, a través de sus organismos de representación, desde la perspectiva del actuar por otro y los aspectos tendientes al ejercicio e imposición de la responsabilidad civil en la referida modalidad protagónica.

Implementar programas de capacitación para los mismos operadores de la administración de justicia, con el objetivo de que conozcan y sepan ejercer la acción civil a fin de lograr su imposición en delitos de naturaleza empresarial y en delitos comunes, lo anterior debido a que se puede concluir desde la práctica de la función jurisdiccional, se ha detectado un deficiente ejercicio del referido rubro de la acción y ello a partir de la simple observancia, pues debe aclararse el presente trabajo investigativo es eminentemente dogmático, no incluyó lógicamente la recopilación de información de campo; sin embargo la referida recomendación es atinente a fin de garantizar los derechos de los gobernados, lo que es propio del Estado Salvadoreño, libre, democrático, representativo y por ende de derecho.

BIBLIOGRAFIA.

Álvarez Cora, Enrique. "Esquemas y textos para la historia del derecho Español." (España, Murcia, 2019)

Ávila, Gerardo. "Legislación Mercantil," San José, Costa Rica, Editorial Técnica Comercial, S.A, San José, Costa Rica.

Bacigalupo Enrique. "Principios Constitucionales del Derecho Penal", Argentina: editorial Hammurabi S.R.L., 1999.)

Bacigalupo, Enrique. "Principios Constitucionales del Derecho Penal", Argentina: editorial Hammurabi S.R.L., 1999.)

Bacigalupo, Enrique. "Principios Constitucionales del Derecho Penal", Argentina: editorial Hammurabi S.R.L., 1999.)

Bacigalupo Saggese, Silvina. "La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas." Editorial Bosch, 1998

Bacigalupo Zapater, Enrique. "Teorías de la pena y responsabilidad de las personas jurídicas", en "Curso de Derecho Penal Económico, Marcial Pons, 2005.

Bacigalupo Saggese, Silvina. "Curso de Derecho Penal Económico, Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas." Marcial Pons. 2005.

Alvarado Reyes, Yesid. "La Responsabilidad Penal de Las personas jurídicas, Derecho Penal contemporáneo." Revista internacional No 25, octubre-diciembre 2008.

Bacigalupo, Enrique. "Responsabilidad Penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", Revista comentarios a la legislación penal, Volumen 1º, (1985)

.Baigún, David. "La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas." (Ensayo de un nuevo modelo teórico) Ediciones de Palma, Buenos Aires, 2000.

Bajo Fernández, Miguel. "Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial", Edit. Civitas, (Madrid, 1978)

Bajo Fernández, "Tratado de Responsabilidad Penal de Las personas Jurídicas," (España: Civitas,2012)

Balcarce, Fabian I., Rafael Berrezuelo. "Criminal Compliance y personas Jurídicas" Editorial B. de F. 2016.

Barreiro, Agustín Jorge. "Reflexiones sobre la Protección Penal en La Historia del Derecho Español, siglos XIX y XX", Derecho y Justicia Penal No 1, (2005.)

Beristain, Antonio. "La Reforma del Código Penal Alemán", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, crónicas extranjeras, Tomo 22, (1969.)

Berruezo, Rafael. "Responsabilidad Penal en la Estructura de la Empresa," Segunda Edición, (Argentina: Editorial IB de F, 2, 2018.)

Bustos, Hormazabal, "Manual de Derecho Penal Parte General, Volumen II (Valladolid: Tirant lo Blanch, 1999)

Caro John, José Antonio. "El Error de Tipo en el Código Penal Peruano."

Cervantes Ahumada, Raúl. "DERECHO MERCANTIL, PRIMER CURSO." Cuarta Edición, Editorial Porrúa. México. 2007.

Cortez Díaz, Lina Mariola. "Societas Delinquere Potest, Hacia un cambio de Paradigma. Derecho Penal Contemporáneo." Revista Internacional, No 17, octubre- diciembre 2006.

Cuadrado Ruiz, María Ángeles. "La Responsabilidad Penal de Las personas jurídicas, un paso hacia adelante...¿un paso hacia atrás?" Revista Jurídica de Castilla y León, No 12, abril 2007.

Concoy Bidasolo, Mirentxu "Manual de Derecho Penal, económico y de la empresa, parte general y parte especial, Tomo II (España: Tirant Lo Blanch, 2016).

De La Cuesta, José Luis. "Una Nueva Línea de intervención penal: el derecho penal de las personas jurídicas." en A.Messuti, J.A. Sampetro Arrubla (Comps). la administración de justicia en los albores del tercer milenio, Buenos Aires, 2001.

De Toledo, Octavio. "Las Actuaciones en nombre de otro", (España: Editorial ADPCP,1984.)

Espinoza Espinoza, Juan. "Capacidad y Responsabilidad civil de la persona jurídica." Revista Jurídica del Perú, No 17, año XLVIII, octubre-diciembre, 1998.

García Caveró, Percy. "La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterios de Imputación." (España: Editorial Boch,1999.)

García Caveró, Percy "La Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes."

Gómez-Jara Diez, Carlos. "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial." Revista electrónica de ciencia penal y criminología.2006.

Gómez-Jara Diez, Carlos. "La Culpabilidad Penal de La Empresa," Tesis Doctoral UAM, Marcial Pons 1/2005.

Gómez-Jara Diez, Carlos. "Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico, parte General y Especial. Editorial B de F." Año 2017.

Gómez-Jara Diez, Carlos. "Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales Contemporáneas. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008.

Gómez-Jara Diez, Carlos. "Fundamentos modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Bases Teóricas. Regulación Internacional y Nueva Legislación Española," Editorial B de F."

Gómez Tomillo, Manuel. "Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español. Lex Nova."2010.

González de Murillo, Serrano. "Levantamiento del Velo y Delito Fiscal." Navarra: Aranzandi, 1996.

Gracia Martin, Luis. "Concepto y Alcance del Moderno Derecho Penal Económico y de La Empresa: Réplicas a algunas críticas político criminales dogmáticamente desenfocadas e inconsistentes." Publicación por la Universidad de Zaragoza.

Gracia Martin, Luis. "El actuar en lugar de otro en derecho penal," Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza.1985.

Gracia Martin, Luis. "Prolegómenos Para La Lucha Por La Modernización y Expansión del Derecho Penal y Para La Crítica del Discurso De Resistencia." Tirant Lo Blanch, Valencia 2003.

Hassemer, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico." *Doctrina Penal*, N° 46-47 (1989.)

Hassemer, Winfried, "Introducción a la Criminología y al Derecho Penal." Traducción por Francisco Muñoz Conde, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989.

Hernández Martínez, Claudia Lorena. "El sujeto activo del delito de Evasión de Impuestos como Resultado de la Determinación Normativa del sujeto obligado frente a la Administración Tributaria" (Tesis de maestría, Universidad de El Salvador, 2019,) 125.

Hirsch, Hans Joachim "La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Asociaciones de Personas." ADPCP 1993.

Jakobs, Günter "Derecho penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación." (Traducción de Cuello Contreras y J. L. González de Murillo) Madrid.

Jescheck, Hans Heinrich. "Tratado de Derecho Penal, parte general (Barcelona: Bosch,1981.)"

Jofre M, Carolina L. "Gobiernos Corporativos y Responsabilidad de los Órganos y Directores en las Personas Jurídicas de Derecho Privado Sin Fines de Lucro." (Tesis de Magister, Universidad Austral de Chile, 2017.)

Khan. "Un Intento de Fundamentación del Derecho Económico de Guerra".
Berlin.1918.

Lampe, Ernst. "Systemunrecht und unrechtssysteme." 1994, Universidad
Autónoma de Madrid, traducido por Gómez-Jara Diez, Carlos, "Modelos de
autorresponsabilidad Penal Empresarial: propuestas globales
contemporáneas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

López Díaz, Claudia. "Código Penal Alemán Traducido", (Colombia:
Universidad Externado de Colombia 1999.)

Mantilla C, Emilio. "La Empresa Como Instrumento En La Comisión de
Delitos de Cuello Blanco" (Tesis de Magister en Derecho de Empresa,
Samborondón, Ecuador, diciembre 2018.)

Moore Merino, Daniel. "Derecho Económico", Editorial Jurídica de Chile.

Meini Méndez, Iván Fabio. "El Actuar en lugar de Otro en el derecho penal
peruano", Revista Nuevo Foro Penal N° 62, (1999.)

Mir Puig, Santiago. "Sobre la Responsabilidad Penal de Las Personas
Jurídicas".

Moreno Carrasco y Luis Rueda García, "Código Penal de El Salvador
Comentado." Tomo I, Consejo Nacional de La Judicatura, mayo de 2004.

Nieto Martín, Adán. "La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas: Un modelo legislativo." Madrid, Iustel, 2008.

Núñez Castro, Elena. "Los delitos Imprudentes en el ámbito empresarial," "Revista de Estudios de la Justicia, Seminario Internacional, No 10.

Ossorio, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales." 34^a Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de Las Cuevas. Editorial Heliasta, año 2006.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. "Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas por actos de sus administradores o dependientes." <http://www.castillofreyre.com/index.html>.

Robles Planas, Ricardo. "El Hecho Propio De Las personas Jurídicas y El Informe del Consejo General del Poder judicial al anteproyecto de reforma penal de 2008.

Rodríguez Estévez, Juan María. "Riesgo Penal Para Directivos de Empresa, Atribución de Responsabilidad Penal." Editorial B de F. Año 2016.

Rodríguez, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Undurraga. "Curso de Derecho Civil," redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H. Tomo I,

Volumen II, parte General, Tercera Edición, Editorial Nascimento, (Santiago, Chile, 1962.)

Ruíz Rodríguez, Luis Ramos. "Protección Penal en el mercado de Valores infidelidad en la gestión de patrimonios. (Valencia: Tirant Lo Blanch,1997.)

Salinas Mora, Richard Hernán. "Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas. Análisis de Derecho Comparado" (Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, curso 2016/2017.)

Schüneman. Bern. "Hacia un Derecho Penal Económico" Jornadas en honor del profesor Klauss Tiedeman, Estudios jurídicos",1995.

Schünemann, Bern. "La Punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva Europea, en Hacia un Derecho Penal económico europeo", jornadas en honor al profesor Klauss Tiedemann, Estudios Jurídicos, 1995.

Serrano, José Ramón- Piedecasa Fernández, "Sobre la responsabilidad penal de las Personas jurídicas." Universidad de Salamanca, España. Editorial B. de F.

Sandoval Rosales, Rommell Ismael. et al, "Código Procesal penal Comentado", Volumen I (San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la judicatura, 2018).

Silvestroni, Mariano. "Teoría Constitucional del Delito," Primera edición (Argentina: editores del puerto, 2004.)

Silva Sánchez, Jesús María. "Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa." Segunda Edición ampliada y actualizada. (2016.) Editorial B. de F.

Suarez Sánchez, Alberto "La autoría en el actuar por otro en el derecho penal colombiano. "Revista de derecho penal y criminología, vol. 25, No 75, (2004): 173 <https://Dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=5319343>.

Silva Sánchez, Jesús María. "La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas y Las Consecuencias Accesorias del art. 129 del Código Penal Español," en: "La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas, órganos y Representantes" Coordinador Percy García Cavero, Editorial Ara, 2002.

Tiedemann, Klaus. "Responsabilidad Penal de las personas jurídicas."

Tiedemann, Klaus. "Lecciones de derecho penal económico comunitario Español, Alemán. PPU", Barcelona, 1995.

Torio López, Ángel. "El concepto individual de Culpabilidad" ADPCP 1985. Pág. 300, partiendo de un concepto diferente, la idea se encuentra también presente en Santiago Mir Puig, "Derecho Penal, Parte, General", 5a Edición, 2008.

Van Weezel. Alex. "Contra la responsabilidad penal de Las Personas jurídicas." polit. crim. vol. 5, N°9. Julio 2010.

Weber, Max. Economía y Sociedad, 10a reimpression (España: Editorial J. Winckelmann, 1993), 707, El Estado de Derecho se basa en la división de poderes que integra el gobierno y que los mismos ejerzan el poder conforme a derecho.

Wilem Hedemann, Dr. Justum. "El derecho económico, un dominio fundamental en la vida jurídica Europea, Revista de Derecho privado", Madrid. 1943.

Zelaya Etchegaray, Pedro N. "Sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en el Código Civil Chileno." En: Revista Chilena de Derecho No 3, Volumen 13, septiembre-diciembre 1986.

Zugaldía Espinar, José Miguel. "Capacidad de Acción y Capacidad de Culpabilidad de las Personas Jurídicas." CPC1994.

Zuñiga Rodriguez, Laura. "Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas." Aranzadi.2000.

Zuñiga Rodriguez, Laura "La Criminalidad Organizada, Unión Europea y Sanciones a Empresas."

LEGISLACIÓN:

Constitución de la República. (Asamblea Constituyente, diciembre 1983.)

Código penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, junio de 1973.)

Código Procesal Penal. (Asamblea Legislativa de El Salvador, noviembre de 1973.)

Código penal. (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997.)

Código Procesal Penal. (Asamblea Legislativa de El Salvador, enero de 1997.)

Código Procesal Penal. (Asamblea Legislativa de El Salvador, enero 2009.)

Código de Comercio. (Asamblea Legislativa de El Salvador, mayo de 1970)

Código Civil. (El Salvador, 23 de agosto de 1859)

Código Procesal Civil y Mercantil, El Salvador, Asamblea Legislativa, 2010)

Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador, enero de 2016)

Código de Familia. (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1993.)

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, 1969.)

JURISPRUDENCIA:

Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, Sentencia Definitiva: 385-3-2013, (Corte suprema de justicia, El Salvador, 2013)

Cámara Primera De Lo Penal de La Primera Sección del Centro, sentencia definitiva, referencia 170-2012, (Corte Suprema de justicia, El Salvador, 2013.)

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Sentencia Definitiva, Referencia:INC-102-17. (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2017).

Sala de lo Penal, Sentencia Definitiva, referencia: 22CAS2015. (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2016.)

Sala de Lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 114C2018. (Corte Suprema de Justicia, El Salvador:2018.)

Sala de Lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 89C2017, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2017.)

Sala de Lo Constitucional, Sentencia Definitiva, Referencia:22-2007AC, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2015).

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 52-2023/56- 2023/57 (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2004).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia G. J., tomo XCIX, n.º 2256 a 2259, pp. 88-100, MP: José J. Gómez R., junio 30 de 1962

CÁMARA DE LA TERCERA SECCIÓN DEL CENTRO: San Vicente, a las quince horas y cincuenta y cinco minutos del día veintinueve de Enero de dos mil diecinueve

22CAS2015 SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; San Salvador, a las ocho horas con treinta y cinco minutos del día treinta y uno de octubre del año dos mil dieciséis.