

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
UNIDAD DE POST GRADO



TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE

MÁSTER EN DERECHO PENAL ECONÓMICO:

**“FUNDAMENTOS PARA LA INCORPORACIÓN DE UN SISTEMA DE
RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN
SALVADOREÑA”**

PRESENTADO POR:

ELMER GUSTAVO HUEZO ZAVALETA

ASESOR DE TRABAJO DE GRADO:

MAESTRO JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE de 2021.

TRIBUNAL CALIFICADOR

GILBERTO RAMÍREZ MELARA

PRESIDENTE

SAUL ERNESTO MORALES

SECRETARIO

JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ

VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcunaga López
VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Alarcón
SECRETARIO GENERAL

Licdo. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatríz Farfán Mata
DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO

Licda. Digna Reina Contreras De Cornejo
SECRETARIO

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

Msc. Diana del Carmen Merino de Sorto
DIRECTORA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACION

Dr. José Miguel Vásquez López.
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADOS

DEDICATORIA

Dedicado a mi hermoso hijo Sebastián, de quien supe que venía a este mundo cuando cursaba mis primeras materias en la maestría, quien fue el motor que me impulso a seguir adelante y poder finalizar este proceso académico.

INDICE

RESUMEN	i
SIGLAS Y ACRÓNIMOS.....	ii
INTRODUCCIÓN	iii
CAPÍTULO 1: FUNCIONALISMO Y CAPACIDAD DELICTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....	1
1. Repercusiones del funcionalismo en el Derecho Penal y Derecho Penal Económico.	1
1.1 Repercusiones del funcionalismo en el Derecho Penal.	2
1.2 el funcionalismo como la teoría jurídica mas viable para resolver casos de derecho penal económico.....	6
1.2.1 noción de derecho penal económico	6
1.2.2 tres características importantes del derecho penal económico.....	7
1.2.3 La efectividad de la teoría del delito ante los casos de Derecho Penal Económico.	9
1.2.4 Si un sistema de teoría del delito ya no responde a los casos que se le plantean, corresponde remplazar dicho sistema.....	10
1.3 Funcionalismo como base filosófica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	13
1.3.1 La Imposibilidad de que las anteriores concepciones sistemáticas de la teoría del delito para determinar la imputación penal a personas jurídicas.	13
1.3.1.1 El problema de la acción naturalista en la teoría causalista.....	13
1.3.1.2 El problema de la acción final bajo la concepción sistemática finalista del delito.	15
1.3.2 La teoría del delito en su vertiente funcionalista respuesta válida para considerar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.	20
1.4 Capacidad de acción de la persona jurídica en el mundo jurídico.	21
1.5.1 Teoría de la ficción legal	22
1.5.2 Teoría Organicista.....	23
1.5.3 Teoría Normativa especial de Kelsen	23
1.6 La persona jurídica demuestra su capacidad de acción jurídica, cuando celebrar actos jurídicos.	24
1.7 Capacidad delictual de la persona jurídica. Acciones u omisiones con trascendencia penal.	26
1.8 El paradigma de la teoría del delito.....	29
CAPÍTULO 2: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, COMPATIBILIDAD DE LA TEORIA DEL DELITO CON RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	30

2.1.1 El derecho penal como ejercicio del poder punitivo del Estado en sentido objetivo y subjetivo, como una visión tradicional.....	30
2.1.2 el poder punitivo del Estado como criminalización primaria y secundaria una visión criminológica.	31
2.1.3 el principio de culpabilidad en materia penal.....	32
2.2. Reconocimiento del principio de culpabilidad en la Constitución, tratados internacionales y jurisprudencia.	33
2.2.1 Reconocimiento del principio de culpabilidad en la Constitución y Jurisprudencia nacional.....	33
2.2.2 Reconocimiento del principio de culpabilidad en los Tratados Internacionales y Resoluciones emitidas por Tribunales Internacionales.	35
2.3 Flexibilización del principio de culpabilidad respecto a la RPPJ.	37
2.3.1 Teorías de la pena son compatibles con la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	39
2.3.2 Existe una necesidad real de implementar sanciones de carácter penal contra la persona jurídica.	40
2.3.3 Que sanciones penales deben implementarse contra personas jurídicas.....	42
2.4. Teoría del delito y persona jurídica.	45
2.5. Matices de la teoría del delito con la RPPJ.	46
2.5.1. Tipo y Tipicidad.	46
2.5.2. Antijuridicidad.	48
2.5.3. Culpabilidad como categoría de la teoría del delito.....	51
CAPÍTULO 3: FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y POLÍTICO CRIMINALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y MODELOS DE SISTEMAS.	58
3.1 Política criminal.	58
3.2. Irresponsabilidad organizada.	61
3.2.1 La sociedad del riesgo como fundamento sociológico para una teoría de la irresponsabilidad organizada.	61
3.2.2 La irresponsabilidad organizada como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	63
3.3.1 los programas de prevención	66
3.3.2 Adopción de programas de prevención como circunstancias atenuantes.....	71
3.3.1 La adopción de programas de prevención como Excluyente de responsabilidad.	73
3.4 Vías de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	76
3.4.1 Cuando la conducta realizada sea en nombre o por cuenta de la persona jurídica.....	77

3.4.2 Cundo la conducta realizada sea en provecho de la persona jurídica o de un tercero	77
3.4 Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas	78
3.4.1 Modelo de heteroresponsabilidad	79
3.4.1.1 Modelo Vicarial.....	79
3.4.1.2 Modelo de Responsabilidad por Identificación	81
3.4.2 Modelo autoresponsabilidad	82
3.4.2.1 El dominio de la organización funcional sistemática	82
3.4.2.2 El modelo del hecho de referencia o del hecho de conexión	83
CAPÍTULO 4: PROPUESTA DE SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.....	86
4.1 Como debería ser un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado para operar en El Salvador.....	86
4.2 Utilización de un catálogo cerrado de delitos por los que pueden recaer en responsabilidad penal las personas jurídicas.....	88
4.2.1 La legislación española como ejemplo de catálogo numerus clausus de delitos que pueden ser cometidos por personas jurídicas.....	90
4.2.3 Análisis crítico en el contexto de un catálogo de delitos atribuibles a la persona jurídica para la legislación salvadoreña.....	92
4.3 Clases de personas jurídicas que pueden sancionarse	93
4.3.1 Personas jurídicas que no pueden incurrir en responsabilidad penal.	94
4.4. Adopción de un sistema acumulativo.....	98
4.5. La autoría y participación de personas naturales y jurídicas en un mismo hecho.	102
4.6 Tratamiento procesal penal de las personas jurídicas	105
4.6.1 En qué momento se ejerce el derecho de defensa por las personas jurídicas en un proceso penal.....	106
4.7 Régimen de penas aplicable a una persona jurídica.....	109
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFIA.....	117

RESUMEN

El problema dogmático abordado por esta investigación, es una respuesta entorno a la creciente criminalidad empresarial que asola los países latinoamericanos, esto ha llevado al derecho penal a una expansión a campos en los que antes bastaba el derecho administrativo, a esta nueva fórmula de derecho penal que responde a la criminalidad empresarial, se le denomina derecho penal económico.

La fórmula conlleva desarrollar un derecho penal que permita castigar directamente a las personas jurídicas, ante el cometimiento de delitos donde predomine la irresponsabilidad organizada, es la solución a la creciente impunidad de las personas jurídicas en el cometimiento de delitos, tiene varios impedimentos, entre ellos la teoría del delito y la teoría de la pena, y hasta el mismo principio de culpabilidad, rígido y anticuado, por lo tanto se deben reformar todo el sistema punitivo empezando por el principio de culpabilidad, que debe ser flexible y estar orientado a la prevención general positiva como justificante de la pena, de esa manera se permitiría la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La teoría del delito conlleva un pensamiento sistemático, una estructura ontológica que permita filtrar las conductas dañinas que diferencia lo lícito de lo ilícito, pero lastimosamente la teoría del delito hasta el momento fue pensada para filtrar conductas de personas físicas, donde el concepto de acción es una manifestación de voluntad en el mundo físico dependiente de procesos mecánicos corporales, algo así como un punto de partida epistémico centrado en las personas naturales.

Volviéndose imprescindible, repensar el concepto de acción, y repensar el sistema de la teoría del delito, desde una fórmula que se propone decantarse por la teoría del delito funcionalista, y al mismo tiempo propone un cambio de paradigma, para la tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad donde el delito de resultado de acción, no sea el filtro sino la imprudencia omisiva, que es la modalidad en la que se cometen la mayoría de delitos empresariales.

Finalmente se aborda el proyecto de ley de responsabilidad penal para las personas jurídicas por el cometimiento de delitos para El Salvador, sus carencias y aciertos, y se compara con el resto de la doctrina y normas extranjeras que se han expuesto a lo largo de la investigación.

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

CC: Código Civil

CCm: Código de Comercio

Cn: Constitución de la República

CP: Código Penal

CPP: Código Procesal Penal

CTr: Código Tributario.

D. L.: Decreto Legislativo

D. O.: Diario Oficial

D.E.: Decreto Ejecutivo

DPE: Derecho Penal Económico

DPT: Derecho Penal Tributario

FGR: Fiscalía General de la República

LCLDYA: Ley Contra Lavado de Dinero y Activos

PNC: Policía Nacional Civil.

RPPJ: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada “FUNDAMENTOS PARA LA INCORPORACIÓN DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA”, se aborda desde una perspectiva jurídico penal de carácter dogmático, cuyo tema objeto de investigación es la responsabilidad penal de las personas jurídica, precisamente cual o cuales son los fundamentos teóricos, político criminales y legislativos para incorporar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídica en la legislación salvadoreña, con base a la teoría funcionalista del Derecho Penal, el propósito del presente documento, es que el mismo sea presentando para su aprobación como tesis de posgrado en la maestría de Derecho Penal Económico de la facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

La investigación se centrará, en desentrañar los fundamentos que podrían dar pie a incorporar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídica en la legislación salvadoreña; tradicionalmente el derecho penal se concibió alrededor del sujeto individual o persona natural y la construcción más refinada de la dogmática penal en la primera mitad del siglo pasado. En Europa donde los precursores de la teoría del delito como Franz Von Liszt y Ernst Von Beling, tenían una idea clara sobre como sistematizar un pensamiento que permitiera filtrar y clasificar las conductas de los sujetos, esta fue mejorada y ampliada con el concepto de acción final propuesta por Hans Welzel, lastimosamente toda teoría causalista, post- causalista, finalista, y neo finalista, tiene un punto de quiebre cuando se le plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que las mismas están construidas alrededor de un concepto central de acción, ya sea una acción natural o una acción final, ambas resultaron ser incompatibles con la idea de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los aspectos a desarrollar en la investigación, partirán de la teoría funcionalista del Derecho Penal, que se considera que es la que mejor se ajusta al fin perseguido por la política criminal, a efecto de determinar la capacidad delictual de la persona jurídica; las ciencias jurídicas no son estáticas como la matemática, son más bien dinámicas como la psicología o sociología, donde remplazamos el carácter predictivo por el intuitivo, por lo que, no obstante, el Art. 4 CP reconoce, tal vez no expresamente la

teoría finalista, no se puede obviar que en varias sentencias de la Sala de lo Penal, no expresamente, pero en su esencia se han dictado sentencias que responde a la teoría funcionalista; necesariamente debemos realizar el análisis constitucional y de tratados internacionales sobre la compatibilidad de la Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas con la ley nacional.

CAPÍTULO 1: FUNCIONALISMO Y CAPACIDAD DELICTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA.

1. Repercusiones del funcionalismo en el Derecho Penal y Derecho Penal Económico.

Aclaración previa entorno al concepto de Funcionalismo:

Por funcionalismo se entiende el conjunto de hechos fisiológicos o de otra índole que se producen o suceden en un organismo, un aparato o un sistema. En el campo social se refiere al estudio de las funciones dentro del sistema social concebido como una totalidad integrada, que desempeñan los individuos, grupos o instituciones¹.

Pero claro la concepción anterior obedece a la ciencia social o fáctica que la profesa, pues el funcionalismo es una corriente de pensamiento ampliamente difundido entre las ciencias sociales, estando Malinowski en el campo de la antropología social y Merton y Parsons en el terreno de la sociología².

La postura funcionalista puede reflejarse en ciencias empíricas como la criminología, según lo propuesto por Alessandro Baratta que expresa que la sociología criminal estudia el comportamiento desviado con significación en la que su génesis y sus funciones dentro de la estructura dada. La sociología jurídico-penal, en cambio, estudia propiamente que representan una reacción ante el comportamiento desviado, los factores condicionantes y los efectos de esta reacción, así como las implicaciones funcionales de la misma respecto la estructura social global³.

Lo antes relacionado nos permite señalar que la conexión entre la criminología y el derecho penal, se realiza mediante la política criminal, lo que es contradictorio con la

¹ Octavio Orellana Wiarco, *Teoría Jurídica del Delito sistemas causalista, finalista y funcionalista*, (Editorial Porrúa, Mexico, 2004), 165. Dicha postura funcionalista proviene de un nuevo vistazo a las tesis organicistas donde cada órgano cumple una función dentro de un sistema, retomado de las teorías Charles Darwin, en las ciencias naturales, adaptadas a las ciencias sociales por Spencer o Durkheim.

² Las definiciones dependen del punto de vista de la ciencia que las formule, por ello la concepción del "funcionalismo" varía según lo exprese la antropología, sociología, o ciencia jurídica.

³ Alessandro Baratta, *"Criminología crítica y crítica del derecho penal"* (Editorial siglo XXI, Argentina, 2004), 15. Esta nebulosa de conocimientos a la que se le llama criminología, es capaz de proporcionar datos verificables, que sirvan para configuración de un derecho penal, que responda a una realidad científica, y no planteamientos abstractos que se repiten por el simple dogma jurídico.

tradición del doctrinario penalista, que se dedica al estudio de índole sistemática (teoría del delito) donde poco toma en cuenta la política criminal, y con ella a las aportaciones de la criminología en el estudio de la problemática criminal.

En síntesis, la concepción funcionalista del derecho penal, pone énfasis en esta problemática y propone un estudio dogmático del delito estrechamente relacionado a la política criminal, donde la función de la pena y la función de la teoría del delito respondan a una praxis social que permita consolidar la estructura social⁴. Por ello el derecho y sus instituciones, y los organismos de procuración y administración de justicia, así como el aparato de seguridad pública, en relación a las ideas expuestas, son funciones que responden en su mayor medida a las exigencias de la estructura social.

1.1 Repercusiones del funcionalismo en el Derecho Penal.

Después de la construcción sistemática de Hans Welzel quien propuso la teoría del finalismo de acción⁵, evolucionando con posterioridad al neo-finalismo, o post-finalismo, no se había construido un nuevo sistema de derecho penal.

Esta tarea la inicia el más importante de los discípulos de Welzel, Günther Jakobs, quien, en el año de 1983, en el prólogo a la primera edición de su tratado de parte general, señala los linchamientos de una obra que rompe definitivamente con la tradición finalista, es decir un modelo orientado a la función político criminal de la teoría del delito⁶. Contrario a ella, Jakobs encuentra que la elaboración de las categorías dogmáticas no puede hacerse con base en una fundamentación ontológica del derecho.

Es decir, pretende edificar una teoría del delito que no parta de categorías construida en atención a los objetos o la forma natural de las cosas, sino una teoría que dependa

⁴ Octavio Orellana Wiarco, *ibidem*, 156.

⁵ Hans Welzel, *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (Editorial B de F, Argentina, 2004), 14.

⁶ Eduardo Montealegre Lynett, *El funcionalismo en derecho penal*, (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003), 23. Donde El injusto y la culpabilidad no se infieren de estructuras lógico-objetivas, preexistentes, que vinculen la libertad de configuración del legislador.

de conceptos abstraídos de principios lógico normativos, edificados con una cierta independencia de la naturaleza de las cosas, por tanto, el contenido de los elementos de la teoría del delito depende de los fines y funciones que cumpla el derecho, consistentes en garantizar la identidad de una sociedad⁷.

Por ello en este apartado se resaltan tres aspectos de relevancia para la presente investigación, sobre la influencia del funcionalismo en el derecho penal:

- a) La finalidad de la pena.
- b) El objeto de protección del derecho penal.
- c) La acción desde la óptica funcionalista.

La finalidad de la pena: Antes se ha mencionado que el derecho penal y los organismo de procuración y administración de la justicia, así como el aparato de seguridad pública, son funciones que responden a la estructura social, precisamente ello es de los principales postulados del funcionalismo, pues se parte de la idea que la estructura social y la función de la pena, son los instrumentos a partir de los cuales se le va a dar contenido a las categorías centrales de la teoría del delito, siendo dos aspectos⁸ son los más relevantes sobre teoría de la pena en el Funcionalismo de Jackobs:

- a) El fin de la pena es mantener la vigencia de la norma como modelo del contacto social.
- b) El objeto de protección del tipo penal es la vigencia de la norma en lugar del bien jurídico.

La teoría de la pena de Jakobs se enmarca dentro de la llamada prevención general positiva⁹. Sin embargo, los fundamentos de su concepción se encuentran

⁷ Lynett, *El funcionalismo en derecho penal*, 24.

⁸ ibidem. 26.

⁹ Santiago Mir puig, *“Introducción a las bases del derecho penal”*, (Editorial B de F, Argentina, 2003), 52. En las teorías del apena existen las teorías retributivas y alternativas, dentro de estas últimas

estrechamente vinculados con la filosofía del derecho de Hegel y algunos aspectos de la teoría de los sistemas.

En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características.

Es decir, con su comportamiento, el infractor quebranta unas expectativas normativas y la pena tiene como función demostrar que la sociedad, a pesar de la desautorización de la norma, puede seguir confiando en la vigencia de las mismas¹⁰.

Jackobs parte de la tesis hegeliana que el delito es la negación del orden social, y que la sanción es la reafirmación del orden social por encima de la voluntad del individuo, en esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características¹¹ (de prevención especial negativa o positiva).

El objeto de protección del derecho penal: Cuando se pregunta por el objeto de protección del derecho penal, la respuesta generalmente aceptada por la doctrina es que el derecho penal protege los bienes jurídicos, y el Código Penal lo reconoce en su artículo 3 con el “principio de lesividad al bien jurídico” La tesis de la protección de bienes jurídicos implica que existen bienes previos al Derecho penal, o constituidos por éste como “la vida, la integridad, la propiedad”, pero también el funcionamiento

encontramos la prevención especial y prevención general, existiendo la prevención general positiva, y la prevención general negativa.

¹⁰ Eduardo Montealegre Lynett, *El funcionalismo en derecho penal*, (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003), 24. En una postura de igualmente funcionalista Roxin plantea la idea que la pena corresponda a la culpa del sujeto, en forma proporcional entre el hecho y la pena y que su resocialización respete e forma destacada su dignidad humana y los derechos fundamentales que de ella emanen, en los límites del principio de culpabilidad. La prevención general hay que entenderla no en primer lugar como prevención intimidatoria negativa, sino como prevención integradora positiva, esto significa que la pena no debe retraerse a través de su dureza a los autores potenciales de la perpetración. Octavio Orellana Wiarco, *Teoría Jurídica del Delito sistemas causalista, finalista y funcionalista*, (Editorial Porrúa, Mexico, 2004), 175.

¹¹ Gunther Jackobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, (Editorial Civitas, España, 2000), 18.

de los órganos estatales “la administración de justicia” de cuya integridad el Derecho penal se ocupa.

Los detractores de esta idea manifiestan que la muerte natural da fin a la vida, que el óxido corroe los automóviles o vías férreas, y que las inundaciones causan daños a los inmuebles y cosechas, pero estos hechos que carecen de relevancia jurídica, no pueden considerarse lesiones a los bienes jurídicos, a esto se añade las conductas socialmente relevantes en casos donde la conducta ha desembocado en la lesión a un bien jurídico, pero por ser la conducta socialmente irrelevante no se incurre en sanción.

Como el caso donde un camarero sirve alcohol de más a un cliente, y este se sienta al volante, conduce y termina lesionado, por la prohibición de regreso¹² la conducta no es imputable al camarero, y es responsabilidad del conductor, pues el alcohol es una sustancia de consumo general, servirse a las personas es un rol de los camareros “sino hay nadie competente el daño es asunto de la víctima”. Otro argumento es el origen de los bienes jurídicos, cuando se preguntan cuándo nacen los bienes jurídicos penalmente relevantes, la respuesta es, cuando son reconocidos normativamente.

las competencias no se ordenan sobre la base de bienes, sino a través de roles, es decir, a través de relaciones entre personas (aunque éstas, desde luego, sectorialmente puedan aparecer también como titulares de bienes), o, dicho en otras palabras, a través de determinadas expectativas normativas, es decir, a través de normas que no son, a su vez, bienes de personas individuales. Un orden social sólo puede representarse como orden de bienes en ámbitos muy restringidos, por el contrario, con carácter general, se trata de un orden entre personas, en el que el bien, en parte, es decir, en los deberes positivos, es de una relevancia en todo caso secundaria. El Derecho penal protege la vigencia de la norma, y sólo de modo mediato y parcial también bienes¹³.

¹² Gunter Jakobs, sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, (Editorial Civitas, España, 2003), 61-64. la prohibición de regreso es una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación.

¹³ Gunter Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, ibidem, 67. Se puede proclamar como bien jurídico también el mantenimiento de un determinado partido político, o la pureza de una raza humana, u otros objetos, como sucedió de *facto* en la Alemania de la época nacionalsocialista. Por consiguiente, respecto de la tesis de la protección de bienes jurídicos rige lo mismo que para la tesis de la protección de normas: ambas concepciones sólo son tan legítimas como

1.2 el funcionalismo como la teoría jurídica mas viable para resolver casos de derecho penal económico.

1.2.1 noción de derecho penal económico

No es objeto de este trabajo ahondar en posturas teóricas respecto de los conceptos o la definición del Derecho penal Económico, pues existirá amplia historia en torno al desarrollo de teorías: restrictivas, amplias, tesis eclécticas de carácter crítico o integradoras, existiendo aspectos que permiten tener una idea clara del derecho penal económico se debe ahondar en aspectos filosóficos de su composición las condiciones ópticas de la estructura social, su concepción antropocéntrica, la reivindicación social, la reivindicación de la necesidad de un bien jurídico muy preciso y determinable en su ofensividad que admitía la posibilidad de prueba en contrario¹⁴.

La evolución del derecho penal ante las nuevas formas del orden social, incluidas las económicas han significado una variación sustancial del concepto de derecho penal económico, en el actual estado de las cosas, se entiende en un sentido menos restringido¹⁵, con lo cual denota una mayor autonomía del derecho penal y por ende de una mayor separación de la perspectiva meramente administrativa¹⁶.

De esta nueva realidad se ha construido un moderno concepto de derecho penal económico, que se configura mediante la realización de un hecho criminal a través de una empresa, en beneficio de una empresa o en perjuicio de una empresa, es decir criminalidad cometida mediante empresa¹⁷, dicho fenómeno delictivo afecta a la regulación normativa de los procesos de producción, distribución y consumo de bienes

lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan. Sin embargo, la tesis de la protección de las normas retrata al Derecho con mayor exactitud, al superar la idea de la posesión de bienes, tomando como punto de referencia la relación entre personas.

¹⁴ Ramiro Rubinska, *"derecho penal económico: tomo I"* (marcia ponss, Argentina, 2010), 33.

¹⁵ Adan Nieto Martin, *"Derecho penal económico"*, (Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2009), 2.

¹⁶ Hablamos de conductas dañinas para el sistema económico y social, que hasta ahora eran castigadas solo por el derecho administrativo sancionador, a manera de ejemplo: el abuso de la posición dominante en la Ley de Competencias, la competencia desleal en el Código de Comercio, o las prácticas y cláusulas abusivas en la Ley de Protección al consumidor.

¹⁷ Klaus Tideman *"lecciones de Derecho Penal"*, (Promociones y Publicaciones, España, 1993), 32.

y prestaciones, por lo que puede definirse como: “*aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico*”¹⁸

1.2.2 tres características importantes del derecho penal económico.

Según la definición anterior puede decirse que el derecho penal económico se caracteriza por tres notas esenciales:

- 1) Protege bienes jurídicos colectivos: La nueva noción del bien jurídico que se protege en el delito económico la protección, en el delito económico la protección no solo se dirige en contra de bienes jurídicos que tienen un carácter individual, sino que se atenta contra bienes que tienen un carácter social y supraindividual, por lo cual merecen una especie de protección, es decir el objeto de protección son bienes de índole colectiva, de tal manera que no se protege de manera inmediata los intereses individuales de los agentes económicos, sino todo el orden económico en su totalidad, quedando comprendidos dentro de estos: “*el sistema crediticio, el sistema bursátil, el sistema de pensiones y previsión social etcétera, de ahí que toda la protección se dirija al orden económico como tal*”¹⁹. Un ejemplo de esto sería:

Art. 249-A Código Penal (evasión de impuestos) ---la hacienda pública

Art. 238 Código Penal (competencia desleal) -----la libre competencia

Art. 4 Ley Especial Contra el Lavado de Dinero y Activos-----el orden socioeconómico.

La variable común de estos delitos es que protegen bienes jurídicos colectivos, donde la víctima es un indeterminado número de personas y cuyas repercusiones son más nocivas que un homicidio, pero criminológicamente es

¹⁸ Carlos Pérez del Valle, “*Introducción al Derecho Penal Económico*”, (Marcial Pons, España, 1998), 1998. 23.

¹⁹ Adán Nieto Martín, “*Derecho penal económico*”, (Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2009), 3.

menos notable, la percepción del delito para el público en general pasa desapercibida, pero en casos de delitos individuales se perciben con mayor alarma social pues es una cuestión inevitable que en el homicidio podamos ver el cadáver, mientras que en el lavado solo sufrimos la fuerte carga del déficit financiero nacional.

- 2) La configuración de delitos especiales: la especialidad atiende a las circunstancias que los autores de estos delitos en su mayoría dirigidos a una criminalidad de empresa, o a una cierta condición especial en el sujeto que no solo puede ser típica, es decir establecida de manera específica en el tipo, puede ser también fáctica, a manera de ejemplo el lavado de dinero no puede ser cometido por un ciudadano común cuya ocupación se la venta de legumbres en comercio local, es necesario un aparataje altamente organizado, a manera de ejemplo:

Art. 250 Código Penal (apropiación indebida de retenciones o percepciones tributarias) *“el que retenga o perciba impuesto estando designado para tal efecto por virtud de la ley o por la administración tributaria...”* aquí es necesario que el sujeto tenga la calidad especial de obligado tributario, que es una calidad especial en que el sujeto se coloca por el rol social que desempeña y siendo agente de retención del impuesto obligado frente a la administración tributaria.

- 3) La vinculación de la criminalidad económica a nuevas formas de criminalidad, los delitos económicos se han ido construyendo sobre la base de una criminalidad no convencional, que utiliza modernos objetos e instrumentos de alta tecnología, la cual no necesariamente implica nuevos bienes jurídicos, sino más bien modernidad en las nuevas formas de ofensividad criminal en los llamados abusos de modernos instrumentos en la vida económica. A manera de ejemplo:

Artículo 23, 24 Ley Especial Contra Delitos Informáticos y Conexos, (divulgación no autorizada y Utilización de datos personales)

Esta conducta tiene distintas connotaciones sociales, no se trata de un simple intrusismo informático realizado individualmente, uno que podría hacer cualquier hacker²⁰, la conducta descrita por los artículos 23 inciso segundo y 24 inciso segundo son unas conductas que en la realidad ejecutan las empresas, que están encargadas del resguardo y recolección de estos datos personales revelándolos sin el consentimiento de sus titulares, como lo realizó Facebook para manipular el mercado y ofrecer información de sus usuarios a otras empresas en 2011-2015²¹ con el fin de que estas empresas obtuvieran datos de preferencia sobre posibles consumidores.

1.2.3 La efectividad de la teoría del delito ante los casos de Derecho Penal Económico.

Por teoría del delito me refiero al pensamiento sistemático dominante en la mayor parte de las legislaciones de Latinoamérica, y este es el finalismo de la acción cuyos principios empapan el código penal salvadoreño, no se refiere que el código penal salvadoreño sea absolutamente finalista, pero no puede negarse la influencia de este sistema en la formulación del mismo, aclarado ese punto existe una incapacidad para el modelo finalista que anteriormente se ha explicado para resolver casos de derecho penal económico y esto principalmente se debe a tres puntos:

1. la disociación entre acción y responsabilidad en la estructura jerárquica el ejecutor directo es normalmente un subordinado de ultimo 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

²⁰ Ester Morón Lerma, *“Internet y derecho penal: haking y otras conductas ilícitas en la red”* (editorial Aranzadi, 2005), 46. En el sentido del hacker blanco, que sencillamente es un intrusista informático, que no se beneficia de su conducta de acceso inconsciente al sistema o a los datos informáticos.

²¹ Albert Molins Renter, “Facebook usó los datos personales de sus usuarios como moneda de cambio para manipular a sus competidores”, 07 de noviembre 2019, acceso 10 de septiembre de 2020: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/actualidad/20191107/471440364991/facebook-datos-personales-manipular-comprar-competidores.html>.

responsabilidad a sujetos situados en la cúpula obliga a construir nuevas categorías²².

2. La fragmentación de los elementos del tipo, en el contexto de la división funcional del trabajo, tanto horizontal como vertical, la ejecución material, la posesión de la información relevante, la capacidad de decisión y las condiciones subjetivas de autoría pueden hallarse en sujetos distintos dentro del grupo organizado. Ello puede dar lugar no solo por razones probatorias, sino también estrictamente técnico-jurídicas, a la ya conocida figura de la “irresponsabilidad organizada”²³.
3. la aparición de efectos derivados de las dinámicas de grupo: déficit cognitivo-valorativos (que se pueden calificar como sesgo cognitivo) 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 la imputación subjetiva dolosa, así como a una exclusión o atenuación de la culpabilidad de tales sujetos²⁴.

1.2.4 Si un sistema de teoría del delito ya no responde a los casos que se le plantean, corresponde replazar dicho sistema.

Dicho en palabras de Schunemann, todo pensamiento sistemático tiene límites (la teoría del delito es pensamiento sistemático) uno de esos límites es la no contradicción, toda construcción sistemática debe estar orientada, de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él; de modo que no prejuzgue las cuestiones jurídicas aún no resueltas, sino que las canalice para que se planteen en los términos, correctos²⁵; de

²² Jesus-Maria Silvia Sanchez, *Fundamentos Derecho penal de la empresa*, (B de F, Argentina, 2016), 7.

²³ Jesus-Maria Silvia Sanchez, *ibidem*, 8.

²⁴ Jesus-Maria Silvia Sanchez, *ibidem*, 8.

²⁵ Bernd Schunemann, *el sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales* (traducción de Jesús M. Silva Sánchez, editorial tecnos, Madrid- España, 1991), 35-36.

modo que, en todo caso, garantice orden y ausencia de contradicciones en el conjunto de problemas jurídicos que están resueltos, cada vez para más largos períodos de tiempo. Para poder construir un “sistema elástico” tal que ni cumpla demasiadas funciones ni demasiado pocas, se precisa de materiales elásticos, naturalmente, de manera que puedan adaptarse a la evolución social y jurídica sin vaciarse de contenido y convertirse.

Por ello si el sistema jurídico actual, aun con modificaciones a su construcción de categorías, (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) sigue recayendo en contradicciones²⁶ corresponde reemplazarlo por un sistema que si pueda dar respuesta a estas contradicciones, como lo sería un sistema funcionalista, las características del funcionalismo para estirar sus conceptos en el plano de la nueva sociedad del riesgo donde se pone especial énfasis en categorías como la infracción del deber, en el plano objetivo la correlativa menor importancia de las conexiones “físicas”, de la conducta del sujeto con el objeto de la acción, causalidad, dominio empírico, y agregamos una significativa tendencia a la relativización de los estados mentales del sujeto²⁷.

Tomando en cuenta las características del Derecho Penal económico, el funcionalismo es un sistema que toma en cuenta los roles o las conductas ejecutadas según el papel social que cada individuo realiza, el aprovechamiento de dichos roles por las estructuras delincuenciales que funciona como empresa, para el cometimiento de delitos, en la mayoría de casos con nulo conocimiento de los sujetos que participan en la base de la estructura como ejecutores materiales, dando respuesta para la correcta imputación de responsabilidad con teorías como la prohibición de regreso²⁸ o acciones neutras. También en los casos donde los ejecutores materiales si esta consientes de la acción que realizan, pero están de acuerdo con servir como

²⁶ Eugenio Raul Zafaroni, *Derecho penal parte general* (Editorial: Ediar, Buenos Aires-Argentina, 2002), 110. “Toda vez que la decisión política es previa a la construcción del sistema y le señala su objetivo, se opera entre éste y aquella una relación circular, que rige toda la construcción. Las reglas que se derivan de la elección del objetivo (función manifiesta del sistema) no pueden invalidarse por consideraciones fundadas en la necesidad de completividad lógica del mismo. Si el sistema no consigue evitar contradicciones internas debe ser modificado o reemplazado por otro que las evite, sin afectar la validez de los límites indicados para su función, porque el sistema es siempre un medio y no un valor en sí mismo. Su construcción lógica reconoce, de esta manera, caminos prohibidos que se derivan de su función”.

²⁷ Jesus-Maria Silvia Sanchez, *Fundamentos Derecho penal de la empresa*, (B de F, Argentina, 2016), 12.

²⁸ Wolfgang Frisch, Günther Jakobs, Michael Köhler, Claus Roxin, Bernd Schünemann, “sobre el estado de la teoría del delito” (Editorial Civitas, España, 2000) ,28.

instrumento de la estructura, para poder atribuir responsabilidad mediante la autoría mediata “por dominio de la organización” como respuesta para atribuir responsabilidad en las estructuras delincuenciales empresariales²⁹, son puntos clave que el funcionalismo brinda en casos de derecho penal económico.

Roxin es uno de los más acertados exponentes respecto de cómo la autoría mediata es el instrumento idóneo para atribuir responsabilidad en lo que él denomina aparatos organizados de poder, resulta ser el carácter de la organización, unificado al ejercicio de poder, de ahí que se distinga entre dominio del hecho por acción, por voluntad y por dominio del hecho funcional, ahora que la persona pueda ser instrumentalizada, como mediante engaño, coacción o en una estructura de poder mediante el intercambio, a esta última forma le domina dominio por organización cuya caracteres esenciales son la organización y la fungibilidad³⁰, de los miembros inferiores, de manera tal que si en una empresa un auxiliar de contaduría no desea intervenir en acciones sospechosas de evasión de impuestos, este puede ser remplazado inmediatamente por uno que lo haga.

Ahora es también el funcionalismo un sistema que ha ofrecido una respuesta adecuada para valorar la vulneración de los bienes jurídicos colectivos, el problema que se encuentra en la división de la antijuridicidad para el finalismo, precisamente dentro de la antijuridicidad material, que fue diseñada para requerir el daño o puesta en peligro de bienes jurídicos, la cual debe ser probada, el problema es que difícilmente pueden probarse la puesta en peligro de la salud pública, o el peligro del bienestar socioeconómico, pues empíricamente es deducibles, pero fácticamente probar una daño a la salud publica conlleva un estudio científico de gran magnitud, claro en sus génesis la antijuridicidad material no fue creada considerando la futura existencia de bienes jurídicos de peligro en abstracto, en concreto o los de peligro hipotético, el funcionalismo considera que todas las conductas humanas conllevan un peligro³¹ (conducir un vehículo, manejar desechos tóxicos, o portar armas de fuego)

²⁹ Claus Roxin “*Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*” (editorial: Marcial Pons, España, 1998), 64.

³⁰ Claus Roxin “Problemas de Autoría y participación en la criminalidad organizada” *Revista Penal* Número 2, (1998), 61-65.

³¹ Claus Roxin “*Política criminal y sistema de derecho penal*” (editorial: hamurabi, Argentina, 2002),64-66.

y no es que los autores de estos delitos generen un peligro sino que incrementan el peligro ya existente, más allá de los límites establecidos³².

1.3 Funcionalismo como base filosófica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

1.3.1 La Imposibilidad de que las anteriores concepciones sistemáticas de la teoría del delito para determinar la imputación penal a personas jurídicas.

1.3.1.1 El problema de la acción naturalista en la teoría causalista.

El sistema jurídico penal llamado causalista nace a partir de la obra de Franz Von Litz, quien se apoya en el concepto de “acción” como un fenómeno causal natural como un punto de partida del delito, Litz recoge las ideas de la escuela Clásica y Positivista y aplicando el método naturalístico, a mediados del siglo XIX, se avoca al estudio del Código Penal Alemán, en 1871³³, mediante su célebre “tratado de derecho de derecho penal alemán de 1881”³⁴ desprendiendo de ese código la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, es decir el conocimiento del delito a través del dogma, de la ley.

Liszt señala que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde solo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material³⁵.

Las bases filosóficas de esta teoría se enfocan en los logros renacentistas que maximizan la razón humana, el libre albedrío y la exaltación del sujeto, propios de Descartes, Hegel y Beccaria, posteriormente incursiona en la valoración del injusto el

³² Claus Roxin, “*Derecho Penal parte general tomo 1, fundamentos de la estructura de la teoría del delito*” (España: editorial Civitas, 1997), 368.

³³ Octavio Orellana Wiarco, *Teoría Jurídica del Delito sistemas causalista, finalista y funcionalista*, (Editorial Porrúa, México, 2004), 9.

³⁴ Octavio Orellana Wiarco, *Ibidem*.

³⁵ Octavio Orellana Wiarco, *ibidem*, 10. El acto o acción humana y sus efectos en el mundo material, son un proceso casual, es decir un proceso causal ciego donde no interese el sentido del fin de la acción.

neo-kantianismo, tuvo una gran influencia entre sus repercusiones filosóficas partiendo de su teoría del conocimiento, en la que el valor crea - o por lo menos altera- el objeto valorado, el neokantismo permitió la construcción de un concepto de acción que no difería sustancialmente del que había enunciado Von Liszt en el marco positivista.

Desde una posición idealista como la del neokantismo es bastante cómodo intentar una teoría de la acción que no respete las características ónticas de la acción humana, pero que se elabore a la medida de las necesidades del derecho penal. La teoría del conocimiento neokantiana permite construir una acción a la medida del derecho penal, aunque no tenga nada que ver con la realidad ni con el mundo. Por esta vía, el neokantismo siguió manteniendo las imágenes y representaciones que mueven a la voluntad separadas de su contenido y, por ende, construyó una voluntad sin finalidad, de modo más confortable -desde el punto de vista metodológico- que el propio Liszt, pues no debía justificar nada en el plano de lo natural ni presentarlo como tal³⁶.

Explicación:

- 1) Manifestación de voluntad: consiste en la intervención voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad (cuando nos hallamos frente a la omisión).
- 2) Resultado: es la mutación en el mundo exterior, causada por la manifestación de la voluntad, o no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza.
- 3) Nexo Causal: que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa efecto.

³⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho Penal parte general, (editorial. Ediar, Argentina, 2002), 403.

El concepto causal (o neokantiano) de acción, tenía muchas dificultades teóricas³⁷, entre ellas se destaca:

- a) Por un lado, no lograba erigirse en un concepto superior capaz de brindar una base común para la acción y la omisión, básicamente porque la omisión (considerada un no hacer) no es causa de ningún resultado típico.
- b) porque la causalidad no tiene límites y son infinitas las acciones que son causa de resultados típicos.

La capacidad de acción de las personas jurídicas no podía sostenerse bajo la teoría del delito causalista aun cuando se tratara de una causalidad ciega que exigía únicamente la relación causa efecto, la misma debía comprenderse como un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, en donde no interesa los aspectos internos³⁸, dicha descripción era incompatible con la posibilidad de ejercer una “acción” dado que las personas jurídicas no poseen una existencia física “no tienen cuerpo”, no pueden ejecutar una puesta en movimiento mediante la acción mecánica de su cuerpo manifestando sus efectos en el mundo exterior, no pueden ejercer la “manifestación de voluntad” estas solo actúan mediante sus órganos de gobierno, quienes ejercen la manifestación de voluntad son personas naturales que integran dichos órganos.

1.3.1.2 El problema de la acción final bajo la concepción sistemática finalista del delito.

Indiscutiblemente es Hans Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada “teoría de la acción finalista” que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se apartó de la línea de pensamiento de la dogmática “causalista”.

³⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho Penal parte general, 403.

³⁸ Octavio Orellana Wiarco, *Teoría Jurídica del Delito sistemas causalista, finalista y funcionalista*, (Editorial Porrúa, Mexico, 2004), 136.

A partir de 1938 aparecen publicados los trabajos de Hans Welzel, que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que esta es conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad³⁹, un fin no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea del fin. Su idea rectora fue la construcción de un concepto de acción que respetase los datos de la realidad, o sea, un concepto **óntico-ontológico de la acción**⁴⁰, lo que implicaba el frontal rechazo del concepto jurídico-penal que no tomaba en cuenta los contenidos de la representación que regía la conducta conforme a un sentido, y que, por ende, destruía conceptualmente su esencia de ejercicio de actividad final.

Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externa y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción⁴¹.

Explicación mediante cinco puntos del plano interno y externo de la acción final⁴²:

-plano interno-

- 1) La anticipación del fin: la primera transcurre completamente en el plano interno o esfera del pensamiento, con la anticipación del proponerse el fin que el autor quiere realizar.

³⁹ Octavio Orellana Wiarco, *Teoría Jurídica del Delito sistemas causalista, finalista y funcionalista*, (Editorial Porrúa, Mexico, 2004), 82.

⁴⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal parte general*, (editorial. Ediar, Argentina, 2002), 404. Esto significa que este compuesto por estructuras lógico reales, es decir parte de un estudio de la realidad, representada en conceptos abstractos jurídicos, a diferencia de la tesis casualista que partía de un análisis de conceptos normativos que no consideraban la naturaleza de la conciencia humana, cuya voluntad primero busca los fines y después actúa.

⁴¹ Hans Welzel, *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (Editorial B de F, Argentina, 2004), 42.

⁴² Hans Welzel, *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (Editorial B de F, Argentina, 2004), 42-43.

- 2) El Fin: es la idea central donde el autor desea dirigir su voluntad, ese deseo puede ser la muerte de x, la sustracción patrimonial, o cualquier otro.
- 3) Elección de medios: a partir del fin, le sigue la selección de los medios necesarios para su realización, el autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso "se retrotrae" desde el fin a los factores causales que son necesarios para su consecución, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de la acción). Este proceso mental se llama "de retroceso" porque el fin ya está determinado y desde se lleva a cabo la selección de los factores causales necesarios como medios de la acción.
- 4) La decisión: es el punto culmine donde se toma firmeza y el autor resuelve ejecutar el fin planteado con los medios elegidos.

-plano externo-

- 5) Manifestación de voluntad: pertenece al plano externo, se realiza mediante la **acción**, ese movimiento corporal que pone en marcha la idea dentro del mundo real, que se dirige hacia al **resultado** previsto, para conseguir sus fines previamente determinados, utilizando para lograrlo los medios previamente seleccionados.

El fundamento filosófico del concepto final de acción de Welzel se vincula casi exclusivamente con la ética tradicional de cuño aristotélico, conforme a la cual el desvalor no puede recaer sobre otra cosa que una acción, que no puede prescindir de su finalidad. En realidad, el causalismo había reiterado el concepto de acción de Liszt, aunque su sistemática distinguiese entre injusto y culpabilidad con un criterio que tendía a paliar los inconvenientes del modelo objetivo-subjetivo⁴³. El fundamento último del finalismo es que el valor (o el conocimiento) no altera el objeto desvalorado, es decir, el punto de vista contrario al idealismo que, en su grado extremo, llega a afirmar que el acto de conocimiento es un acto de creación. La distinción entre

⁴³ Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho Penal parte general, (editorial. Ediar, Argentina, 2002), 406.

valoración del objeto y objeto de la valoración es fundamental e inevitable, no sólo en la tipicidad sino en todos los estratos del delito, porque la valoración siempre es un predicado. No hay predicados sin objetos; luego, pretender que los hay o que el predicado crea el objeto, equivale a inventar objetos que no existen. La acción -desde el punto de vista finalista- no es un concepto que se pueda inventar a gusto del derecho penal, sino justamente lo contrario, por lo que se impone como premisa el respeto a su estructura óptica, pues de otro modo no obtendrá ningún objeto de valoración sino apenas un valor valorable. De allí que para el finalismo no fuese admisible un concepto jurídico-penal de acción desconocedor de datos ópticos⁴⁴.

Tampoco el sistema finalista puede dar respuesta a un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a diferencia del modelo causalista, el sistema finalista coloca el dolo dentro de la acción a nivel de la tipicidad, y no en la culpabilidad, ello presenta un nuevo problema pues las personas jurídicas no pueden determinar su acción respecto de un fin, una persona jurídica carece de esa conexión psicológica entre su acción y el resultado, no puede decidir el resultado antes de iniciar su acción, y una vez determina la finalidad elegir el medio necesario para llegar a ese fin⁴⁵.

Esto se debe a que filosóficamente hablando las personas jurídicas no tienen conciencia de su ser o de su propia existencia, por lo tanto, no puede internamente determinar su voluntad, no puede dirigir esa voluntad a un fin determinado⁴⁶, depende de otros para que su acción pudiese llevarse a cabo y para que determinen su fines, ello deviene del hecho que se trata de una ficción jurídica, por lo tanto las estructuras lógico reales del finalismo de la acción no pueden admitir dicha teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Parte de la incapacidad del sistema finalista, se debe que cuando se pensó el finalismo no se diseñó para interactuar con un modelo de sociedades donde gran parte de la economía circulara entorno a las personas colectivas, que funcionaran como comerciantes, en lugar de comerciantes individuales, dichos sistema estaba

⁴⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Ibidem*.

⁴⁵ Hans Welzel, *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (Editorial B de F, Argentina, 2004), 40-42. Es una referencia a la estructura interna de la acción final.

⁴⁶ Hans Welzel, *"Derecho Penal parte general"*, (traducido por: Doctor Carlos Fontán Balestra Editorial: Roque de Palama, Argentina, 1956) 35,36.

basado en la idea del delincuente individual, y no de entidades colectivas que pudieran cometer delitos. filosóficamente⁴⁷ es un sistema ético-subjetivista y ontológico.

En esa línea de pensamiento, la teoría de la acción más acertada sería la acción funcional pues su configuración ha sido adaptada para operar en estructuras criminales organizadas, es decir en una sociedad donde el actuar criminal se ejecute dentro de complejas estructuras de mandos, sub mandos, y ejecutores, donde la idea de acción final se diluye en la estructura de manera que cada sujeto ejecuta una fracción de la acción, precisamente es ese el problema que intenta abordar Jakobs.

Ha sido la acción funcionalista, la única que tiene como base la Imputación por quebrantamiento de un rol⁴⁸. “quien realiza actos ejecutivos no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los participantes”, (más respondiendo cada uno de su propio injusto). Es menester precisar que para Jakobs la comisión del injusto es propia cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido, lo que en la praxis acaece cuando una persona competente se organiza de forma tal, que lo organizado tenga objetivamente un sentido delictivo. Para ello, tanto las intenciones (dolo) como los conocimientos (saber) de quien realiza la aportación son irrelevantes. “Quien realiza algo estereotipado socialmente como adecuado no responde, y ello con independencia de lo que piense y conozca”⁴⁹.

Por lo que cabe preguntarse ¿cómo sería el quebrantamiento de roles para las personas jurídicas?, en este caso se volvería determinante la atribución de responsabilidad según su giro comercial, pues si las personas jurídicas cumplen su actuar de conformidad al rol que juegan en la sociedad donde interactúan, no les es atribuibles los resultados producto de una acción del ente mediante las directrices de su junta directiva, como el ejemplo de la empresa que se dedica a la manufactura de baterías de automóvil, pero su junta directiva decide ahorrar en material reciclando dentro de la misma empresa las baterías dañadas, sin ser parte de su giro comercial el reciclaje de baterías, pues no cuenta con las instalaciones adecuadas

⁴⁷ Bernd Schunemann, el sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales (traducción de Jesús María Silva Sánchez, editorial tecnos, Madrid- España, 1991), *“Las construcciones sistemáticas de la ciencia penal alemana le resultan al profano, aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante, ininteligibles, y al práctico, superfluas”*. Al práctico del derecho poco le importa los fundamentos filosóficos de las normas que interpreta, pero al científico del derecho le son imprescindibles, pues su reflexión fundamenta el pensamiento sistemático un ejemplo de ellos es la “teoría del delito”.

⁴⁸Günther Jakobs, La imputación objetiva en Derecho Penal, (Madrid: Editorial Civitas, 1996), 164. Sobre esta base es que este autor construye una teoría de la prohibición de regreso genuinamente normativa, es decir, desligada de aspectos naturalísticos

⁴⁹ Ibidem.

y el lugar donde se ubicada su planta puede dar lugar a contaminar con plomo a los habitantes de los sitios aledaños, la empresa actúa fuera de su rol he inicia el tratamiento de reciclaje provocado como resultado una alta tasa de emisión de plomo al aire y siendo acusada de contaminación ambiental.

1.3.2 La teoría del delito en su vertiente funcionalista respuesta válida para considerar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La acción desde la óptica funcionalista: partiendo de la concepción de la acción en el modelo finalista está orientada parte de la concepción teleológico-valorativa del delito -después, concepción ético-personal (entendiendo el delito como lesión del bien jurídico, como infracción de un deber, y como desvalor de la actitud interna)- se percibe un replanteamiento de la idea de imputación subjetiva⁵⁰. Es decir, parte de estructuras lógico reales, abstraídas de la naturaleza real de la acción.

En el funcionalismo adquiere relevancia la acción como acto comunicativamente relevante, JAKOBS, parte de una concepción de la acción como un acto comunicativamente relevante. Ello significa que el suceso no puede interpretarse como una relación individual entre el sujeto y el quebranto de una norma (como lo hizo la escuela de ARMIN KAUFMANN, con base en una teoría imperativa de la norma). El sentido de un comportamiento no se determina por la particular concepción que el sujeto tenga sobre él mismo, ni tampoco con base en estructuras prejurídicas, **La acción debe buscarse dentro de la sociedad y no antes de ella**⁵¹.

La elaboración del concepto de acción con base en la comunicación implica que es relevante el esquema social de interpretación del suceso, porque, si las normas son "estructuras reflexivas de expectativas"⁵², la relación de comunicación siempre se define por el contexto. Las conductas se determinan de acuerdo a la expectativa de

⁵⁰ Hans Welzel, *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (Editorial B de F, Argentina, 2004), 41. Dice Elzel: "La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer "final" y no solamente "causal". La "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines".

⁵¹ Eduardo Montealegre Lynett, *El funcionalismo en derecho penal*, (Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003), 28.

⁵² Eduardo Montealegre Lynett, *ibidem*.

expectativas, es decir, sobre expectativas recíprocas: yo realizo mi conducta de acuerdo a lo que los otros esperan de mí.

Ejemplo: desde ese punto de vista si un sujeto x paga a un mago para que lance un hechizo de muerte a su esposa, y el mago contrata a dos personas para que maten a mi esposa, el dolo persiste en la conducta, causar la muerte a su esposa, desde el punto de vista subjetivo el sujeto participado dentro del homicidio, pero la significación social de la conducta “matar median magia” no es correspondiente con un esquema social de interpretación.

1.4 Capacidad de acción de la persona jurídica en el mundo jurídico.

En el mundo jurídico no sólo hay hombres, individuos, personas físicas; no sólo existen intereses y fines individuales; también hay fines e intereses colectivos y para satisfacerlos, agrupaciones de individuos, sociedades, asociaciones o corporaciones, e incluso masas de bienes llamadas fundaciones, que surgen con vida y ánimo propios⁵³.

Existen muchas definiciones para identificar a las personas jurídicas, pero estas no pueden provenir de una percepción del mundo donde el comercio es ejercido por simples personas naturales, para disminuir el riesgo las personas decidieron agruparse bajo un contrato, que dio vida a la economía moderna donde las personas jurídicas no son ya toda reunión de personas o todo conjunto de bienes destinados a un fin, sino una unión tal que dé vida a una unidad orgánica, a un ente en el que el Estado reconoce una individualidad propia distinta de las individualidades de las personas que componen el cuerpo colectivo o lo administran o a las cuales son destinados los bienes. Cuando una necesidad humana, un fin de carácter permanente o duradero que no puede conseguirse fácilmente con las fuerzas y actividades de uno solo, determina a varios a unirse y cooperar o impulsar a alguien a destinar para su realización de modo permanente un conjunto de bienes, se origina con la intervención

⁵³ Roberto Lara Velado, Introducción Al Derecho Mercantil, segunda edición. (Editorial Universitaria, El Salvador, 1970) 28-29.

del Estado un nuevo sujeto de derechos que, como la persona física, resulta centro de una serie de relaciones jurídicas⁵⁴.

*"En términos amplios, puede decirse que persona jurídica es un ente abstracto constituido por un grupo de personas organizadas unitariamente para el logro de un fin común (sociedad industrial, corporación) o un patrimonio afectado a un fin (fundación), y al cual grupo o al cual patrimonio la ley le reconoce la calidad de sujeto de derechos".*⁵⁵

1.5 naturaleza de las personas jurídicas

Una multitud de teorías trata de determinar la verdadera naturaleza de las personas jurídicas; pero pueden reducirse a dos grupos antitéticos: uno formado por las teorías de la ficción y otro por las teorías de la realidad.

1.5.1 Teoría de la ficción legal

Para esta teoría el único sujeto real de derechos es el hombre; pero no puede desconocerse la necesidad de proteger eficazmente a ciertas agrupaciones de intereses colectivos en los que se concentran relaciones jurídicas. Con el fin de conciliar esta necesidad con la idea de que sólo el hombre es un sujeto real de derechos, el ordenamiento jurídico finge que a aquella agrupación de intereses colectivos corresponde una persona. Esta es, pues, una persona ficticia creada por el ordenamiento jurídico positivo para atribuirle derechos y deberes⁵⁶.

Esta teoría es la recogida por nuestro Código Civil en su artículo 52 inciso segundo cuando dice: *"Son personas jurídicas las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente."*⁵⁷
Recordemos que este código lleva de vigencia mas de un siglo por lo que la concepción que se tenía de las personas jurídicas en ese entonces estaba limitada

⁵⁴ Roberto de Ruggiero, "Instituciones de derecho civil: volumen I" (Editorial Reus, España, 1998), 431.

⁵⁵ Antonio Vodanovic, Manual de derecho civil, (editorial jurídica cono sur, Chile, 2001), 271.

⁵⁶ Roberto I. Mantilla Molina, Derecho Mercantil, Introducción Y Conceptos Fundamentales Sociedades, (editorial Porrúa, Argentina, 1984) 208.

⁵⁷ Código Civil de El Salvador (Cámara de Senadores, El Salvador 1860).

por la capacidad y complejidad de las relaciones jurídicas civiles de ese tiempo, el derecho siempre responde a la realidad cultural que lo genera.

1.5.2 Teoría Organicista

Las teorías opuestas a las de la ficción afirman que la persona jurídica es una realidad. Dentro de las teorías de la realidad la más acogida por la doctrina es la llamada organicista. Al tenor de ella, donde quiera que haya un grupo de personas organizado unitariamente y regido por una voluntad colectiva distinta de las voluntades individuales de los asociados, el grupo existe a la manera de un organismo viviente de forma y características humanas, organismo en el cual se encuentran los elementos constantes y esenciales de la persona física. Trátase, por tanto, de un ente dotado de voluntad propia, de órganos propios dispuestos de modo que a ellos se asignan diversas funciones, a semejanza de lo que ocurre con las personas físicas⁵⁸.

Semejante a esta tesis es la retomada por el Código de Comercio en el artículo 17 Inciso Segundo, menciona: “*Tales entidades gozan de personalidad jurídica, dentro de los límites que impone su finalidad, y se consideran independientes de los socios que las integran*”⁵⁹, le concede independencia a de la voluntad individual de los socios, siendo la voluntad de la sociedad la que se expresa mediante sus órganos de gobierno, de la juntas generales, administradores, etc, en la medida y con las competencias que establezca el pacto social y la ley, artículos 23 Inciso segundo, esta idea se expresa de manera indirecta en varias disposiciones del Código Comercio, artículos 22 Romano IX, 25 Inciso segundo, 88, 89, 90, 176.

1.5.3 Teoría Normativa especial de Kelsen

De acuerdo con su teoría pura del derecho, Kelsen llega a la conclusión de que la noción de persona, para el Derecho, no es una realidad o un hecho, sino una

⁵⁸ a Julien Bonnecase, Tratado Elemental de Derecho Civil, 1ª ed. (impresora publímex, S.A. de C.V., Distrito Federal – México, 1997) 110.

⁵⁹ Código de Comercio de El Salvador. (Asamblea Legislativa, El Salvador 1974).

categoría jurídica, un producto del derecho y que por sí no implica necesariamente ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en quien la recibe.

Kelsen parte de la idea que toda norma jurídica tiene un destinatario, sea un individuo o una colectividad, y todo destinatario de la norma es un sujeto de derecho y, en consecuencia, persona. La circunstancia de que la norma atribuya a alguien un derecho o un deber, constituye a ese alguien en persona, sin que importe que ese alguien sea un individuo o una colectividad⁶⁰.

Esta no es realmente una teoría del derecho privado, mas bien estas conclusiones parten de la teoría pura del derecho, que considera que al mundo jurídico pertenece lo puramente jurídico es decir lo normativo, es mas bien una corriente de pensamiento filosófico del derecho⁶¹, del que derivan dichas conclusiones, tanto para el derecho civil y mercantil como para el derecho penal.

1.6 La persona jurídica demuestra su capacidad de acción jurídica, cuando celebrar actos jurídicos.

Ante ello se concluye argumentando que la personalidad jurídica no es previa a la construcción normativa sino un efecto de esta, por ello tanto personas jurídicas como naturales, tienen personalidad en razón de la **función** que se realiza con la misma⁶².

Para efectos de construir una teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica, es preciso retomar las ultimas dos teorías, ya sea la teoría organicista, o la teoría normativista de Kelsen, ambas no son incompatibles y se realiza especial referencia a la tesis de Kelsen, pues el reconoce que para efectos jurídicos de destinación de las normas y de aplicación de las normas, no hay diferencia entre si un sujeto existe

⁶⁰ Hans Kelsen, "teoría pura del derecho", (Universidad Autónoma de México, México, 1982), 184-186.

⁶¹ Hans Kelsen, "teoría pura del derecho", ibidem, 15.

⁶² Por ello lo menciona la jurisprudencia de Paraguay: "Se asiste hoy a una suerte de renovación de la teoría de la personalidad jurídica que permite frenar el abuso sin resentir concepciones dogmáticas. Se parte de la base que la personalidad no es atributo esencial o una realidad prenortativa de las personas jurídicas, sino una función que sirve para realizar intereses humanos que la ley reconoce, diferenciando tal personalidad de la de cada uno de sus miembros. Pero tal diferenciación habrá de mantenerse en cuanto no exceda del marco de la normativa creada en atención a sus fines, o sea, extraño a ellos" Juan Carlos Corina Orué, El uso de la personalidad jurídica con fines extrasocietarios, un tema recurrente y en permanente evolución. 11. Consultado en www.pj.gov.py/ebook/ el veintiséis de septiembre del 2020.

físicamente o espiritualmente, si puede ser obligado por las normas, y que al infringir esas normas es sancionado, es sujeto de derecho.

Es claro que la normativa vigente en nuestro país le reconoce la capacidad de acción de la persona jurídica:

- 1) la calidad de sujeto jurídico, a la persona jurídica. cuando expresamente el código de comercio dice que es un comerciante social (artículo 2) y el código civil dice que entra dentro de categoría de persona (artículo 52).
- 2) la capacidad para obligarse. El Código Civil menciona en su artículo 1318 “*En cuanto a las personas jurídicas se consideran absolutamente incapaces, en el sentido de que sus actos no tendrán valor alguno si fuesen ejecutados en contravención a las reglas adoptadas para el gobierno de las mismas*”⁶³.
- 3) Si puede obligarse significa que es capaz de celebrar actos jurídicos que produzcan efectos jurídicos. Así lo establece el artículo 1316 del Código Civil, pues él las personas jurídicas están en capacidad de celebrar dichos siempre y cuando, 1) sea legalmente capaz: este requisito se explico en el apartado anterior; 2) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio: el consentimiento se manifiesta mediante la firma del representante siempre y cuando el acto sea escrito, o que dicho representate de la sociedad manifiesta verbalmente aludiendo actuar en nombre de la sociedad, según el artículo 25 del Código de Comercio; 2) objeto lícito y 3) causa lícita, este requisito se cumple siempre y cuando el acto jurídico recaiga sobre un objeto y tenga un motivo u origen lícito, dicho requisito pertenece al plano externo de los sujetos, por lo que no se hace mayor mención.

⁶³ Código Civil de El Salvador (Cámara de Senadores, El Salvador 1860).

1.7 Capacidad delictual de la persona jurídica. Acciones u omisiones con trascendencia penal.

El funcionalismo plantea la posibilidad de atribuir responsabilidad a personas jurídicas: mediante la idea que la determinación del concepto de acción no sólo se trata, de imputar una acción a un sujeto, sino que el concepto de acción define a su vez al sujeto. La acción es una categoría de la teoría de la imputación y la finalidad de la imputación depende de la finalidad de la pena: el restablecimiento de la vigencia de la norma. Por lo tanto, la imputación determina qué persona debe ser castigada para la estabilización de la vigencia de la norma. El resultado es: se debe castigar a aquel sujeto que se ha comportado antijurídica y culpablemente⁶⁴.

Los argumentos⁶⁵ que parten del funcionalismo para establecer la posibilidad de imputación penal a personas jurídicas, pueden resumirse en una serie concatenada de puntos:

- 1) El derecho determina las normas que están dirigidas a una categoría de sujetos específicos, tal es el caso de las personas jurídicas que tienen obligaciones legales específicas. Ejemplo: tener una razón social, llevar libros de registro, tener un capital mínimo o pagar los tributos específicos.
- 2) Si existen normas específicamente dirigidas a personas jurídicas que les imponen obligaciones y les conceden derechos, se trata de auténticos sujetos de derecho, ante el incumplimiento de las obligaciones pueden entrar normas de carácter penal a tutelar la conducta que las barreras primarias no pudieron.

-aquí se resuelve el problema de la imputación-

⁶⁴ Silvina Bacigalupo Saggese, "*la responsabilidad penal de las personas jurídicas*", (Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, España, 1997), 170.

⁶⁵ Silvina Bacigalupo Saggese, *ibidem*, 169-173.

- 3) Bajo esta premisa la acción de un órgano de una persona jurídica que actúa solo en nombre de la misma, puede ser considerada como una acción propia de la persona jurídica, pues produce efectos jurídicos únicamente para esta.
- 4) Para el funcionalismo a la acción define al sujeto, pues la acción depende de la teoría de la imputación, y esta a su vez, de la teoría de la pena, y la finalidad de la pena en el funcionalismo como ya dijimos es restablecer la vigencia de la norma.
- 5) La acción funcional es, por tanto, “la evitabilidad individual de la producción de un resultado” esta concepción tiene como fundamento que la acción es una característica del sujeto, y la percepción del mundo exterior es necesaria para decir que al sujeto se le pueda atribuir su modificación. El concepto anterior puede parecer confuso, pero contrario a como pensaba Kant⁶⁶, es necesario dar ejemplos para que los planteamientos más abstractos sean comprendidos.

Ejemplo:

“Un comerciante apaga por la noche la iluminación de su escaparate, la cual alumbra la calle, considerablemente. La iluminación viaria pública alumbra el accidentado pavimento tan sólo pobremente; como era de esperar -porque algo parecido ya había pasado más veces- un trasnochador se tropieza y se hiera”⁶⁷.

Consideraciones:

- A) ¿Quién ha organizado el curso dañino? El vendedor ha dejado a oscuras la calle que se encontraba iluminada, pero la iluminación urbana es asunto de la Alcaldía municipal; por otra parte, se podría perfectamente debatir si el

⁶⁶ Immanuel Kant, *“Fundamentación para una metafísica de las costumbres”*, (Alianza editorial, España, 2012), 35.

⁶⁷ Gunter Jakobs, *la imputación penal de la acción y de la omisión*, (Universidad Externado de Colombia, centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho, Colombia, 1996), 41.

Alcaldía municipal tiene dentro de sus funciones la de iluminar el camino a casa de todo trasnochador.

- B) en todo curso dañino ya participan un mínimo de dos personas: un autor y una víctima (la pareja penal en criminología)⁶⁸; en la práctica, se pueden encontrar, casi sin excepción, también terceros que de alguna forma hayan influido en el curso del suceso. Por tanto, siempre entran en consideración varios ámbitos de organización (recordemos que para Jakobs importa mucho el rol social)⁶⁹, en los que puede ser encontrada la razón determinante para el curso dañino (la evitabilidad).
- C) Es relevante la evitabilidad subjetiva de un curso dañino para determinar la imputación (solo con este requisito debería responder el comerciante de nuestro ejemplo, -él ha podido ver venir el accidente-), pero se requiere además que la evitación debe ser también objetivamente tarea de la persona, si es que ésta ha de responder penalmente⁷⁰. Por lo tanto, al comerciante no le es imputable las lesiones causadas al trasnochador, por que su rol social no conlleva soportar dicha obligación.

⁶⁸ Antonio García Pablos de Molina, *Manual de Criminología: Introducción y Teorías de la Criminalidad* (Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2003), 111-136. Como se realizó mención anteriormente la teoría funcionalista se enlaza con a la criminología mediante la política criminal. En la criminología se habla de los distintos tipos de víctimas (complacientes, provocadoras e inconscientes), y con la teoría de la pareja penal, propone una distribución menos pretenciosa de la responsabilidad por el hecho, en que la distribución de responsabilidad no sea de cien por ciento al delincuente y cero por ciento a la víctima, ignorando los factores propios de la conducta humana que conlleva la realización de un hecho dañoso.

⁶⁹ Gunter Jakobs, sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, (Editorial Civitas, España, 2003), 61. Jackobs refiere en el apartado relativo a los deberes positivos diciendo: “*Cuando tales portadores de un rol especial infringen su deber —los padres permiten el deterioro espiritual de su hijos, la policía no evita la comisión de delitos, el médico abandona a su paciente en su dolencia, el juez se deja sobornar—, posiblemente resulten lesionados también bienes jurídicos, pero no es ésta la gracia del asunto. Por el contrario, lo que sucede es que el autor no detiene un curso dañino puesto en marcha por un tercero o por la naturaleza: una institución que debería realizar una prestación de apoyo solidario se ha negado a ello, o, dicho de otro modo, se trata de que un bien que estaba por constituir no es constituido*”.

⁷⁰ Gunter Jakobs, *la imputación penal de la acción y de la omisión*, (Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad externado de Colombia, Colombia, 1996), 43.

1.8 El paradigma de la teoría del delito

Si el ejemplo no resultare suficiente para comprobar este punto, el problema es que se sigue pensando en que el paradigma de la teoría jurídica del delito, es decir la casuística de filtro que debe superar el pensamiento sistemático, para ser considerado efectivo, debe seguirse siendo un tipo penal doloso, de acción, en el cual dañe un bien jurídico individual de una persona (o como máximo de una limitada pluralidad coyuntural de personas) con dolo directo de primer grado (la denominada intención) ejecutada de modo directo (mediante una causación físico-natural inmediata), incluso ejecutado como un delito de propia mano, siendo un delito de resultado⁷¹.

La descripción anterior encaja con los ejemplos del clásico manual de derecho penal, probando el sistema con: un homicidio, una violación, o un robo.

Klaus Gunther dice que el paradigma del derecho penal del presente y del futuro, es decir la casuística que todo modelo de pensamiento sistemático debe superar, es el delito omisión imprudente⁷² (lo que para nuestra legislación sería una omisión culposa), más precisamente se expresa que el paradigma del delito presente y futuro es la estafa o la administración fraudulenta, cometida por omisión y dolo eventual, en el contexto de los negocios de riesgo.

Este concepto de acción comprende tanto las acciones dolosas como culposas, lo que se analizara más adelante.

⁷¹ Jesus-Maria Silvia Sanchez, *Fundamentos Derecho penal de la empresa*, (B de F, Argentina, 2016), 7.

⁷² Carlos María Romero, *La insostenible situación del derecho penal* (Editorial: Comares, España, 2000), 489. La definición del delito como vulneración de un derecho queda muy atrás, Este conduce desde el único y claro deber de omitir injerencias en el derecho subjetivo a una igual libertad, hasta una pluralidad de deberes indeterminados de organizar el uso de una libertad llena de riesgos; ello, de modo tal que se eviten puestas en peligro y lesiones de bienes jurídicos. Sus hitos son el delito como vulneración de un derecho (I), como lesión de un bien (jurídico) (II), y como infracción de deberes comunitarios (III) —hasta la situación actual, en la que el delito de omisión imprudente parece convertirse en paradigma del concepto de delito.

CAPÍTULO 2: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, COMPATIBILIDAD DE LA TEORÍA DEL DELITO CON RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

2.1 El principio de culpabilidad como límite al ius puniendi del Estado.

Si algo caracteriza al Estado Moderno es la monopolización del poder punitivo, manifestado en los conflictos catalogados como criminales, mediante una expropiación de la venganza de la víctima, sustituyéndole a esta en una serie de pasos ritualísticos y ordenados para comprobar la “culpabilidad” dichos pasos son realizados mediante carácter oral y público, o bien de carácter privado y escrito⁷³.

Antes de examinar la relación existente entre el ius puniendi y el principio de culpabilidad es necesario examinar el concepto de ius puniendi y sus manifestaciones.

2.1.1 El derecho penal como ejercicio del poder punitivo del Estado en sentido objetivo y subjetivo, como una visión tradicional.

El Derecho penal está compuesto por la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. Entre sus presupuestos se cuentan ante todo las descripciones de conductas delictivas⁷⁴, a esto se denomina derecho penal en sentido objetivo.

Derecho penal subjetivo o “ius puniendi” es la expresión con que se designa el derecho subjetivo de imponer penas que corresponde al Estado. El derecho penal subjetivo se opone, de esta manera, al derecho penal objetivo, es decir, está

⁷³ Mariano Silvestroni, *Teoría Constitucional del Delito*, (Argentina: editorial del puerto, 2004), 69.

⁷⁴ Claus Roxin, *Derecho Penal parte general tomo 1, fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, (España: editorial Civitas, 1997), 41.

constituido por las manifestaciones concretas de aquel contenidas en las leyes penales⁷⁵.

el concepto de derecho penal subjetivo tiene un sentido correcto si “*se lo considera como el conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado*”⁷⁶.

Estas condiciones tienen carácter constitucional y, por lo tanto, el mayor rango normativo imaginable dentro del orden jurídico estatal, según lo establece el artículo 14 de la Constitución, cuando dice: “Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas.”⁷⁷ En relación a los artículos 172 y 1 de la Constitución.

2.1.2 el poder punitivo del Estado como criminalización primaria y secundaria una visión criminológica.

Todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder, pueden denominar al orden que adopten como “Estado de derecho”⁷⁸, concatenando ese ejercicio del poder mediante la selección de un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena, y a esta selección penalizante se llama criminalización.

Criminalización primaria: es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa⁷⁹, que deberá ser cumplido por las instituciones que intervienen en el aparato punitivo, a este programa le llamamos política criminal.

Criminalización secundaria: es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se

⁷⁵ Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, (Colombia: editorial Temis, 1996), 25.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983). Artículo 14.

⁷⁸Max Weber, Economía y Sociedad, 10º 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.

⁷⁹ Eugenio Raul Zaffaroni, Derecho penal parte general, (Argentina: editorial Ediar,2002), 7.

atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente⁸⁰, la investiga (actos iniciales de investigación), en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria (detención administrativa), la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso (presentación del requerimiento), y se le somete al procedimiento penal previamente establecido.

2.1.3 el principio de culpabilidad en materia penal

Sin más preámbulos se comprende que el principio de culpabilidad, es la exclusión de imputar responsabilidad penal por la mera causación del resultado, si considerar la dirección de su voluntad, este principio de culpabilidad junto con el principio de lesividad, es de los más importantes por que derivan del estado de derecho⁸¹, porque su desconocimiento implica el desconocimiento del concepto de persona⁸².

Lo anterior se confirma con el concepto que brinda la Constitución en su artículo 1 *“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado”*⁸³ es decir la persona humana es la finalidad del estado, y no un mero instrumento para la consecución de un fin:

Lo anterior conllevaría una relaciona directa con la finalidad de la pena, dado que no es posible que, por motivos de prevención general negativa⁸⁴, se instrumentalice a una persona a fin que su castigo sea ejemplificante para el resto de ciudadanos motivándoles a no delinquir.

Dado que el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ 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, si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad necesarias en una persona capaz de comprender y de querer producir un resultado dañoso”*.

⁸² Ibidem, 139.

⁸³ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983). Artículo 1.

⁸⁴ Sobre la actual división de la teoría de la finalidad de la pena y sus implicaciones modernas, Gunther Jakobs, *Sobre la teoría de la pena* (Colombia Universidad Externado de Colombia, 1998), 15.

persona pueda ser detenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona⁸⁵.

Los fundamentos del principio de culpabilidad son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona (Art. 8 Constitución y preámbulo de la constitución). Su jerarquía constitucional deriva de esta vinculación con las bases del orden político salvadoreño.

Cabe aclarar que la relación que guarda el ius puniendi con el principio de culpabilidad es de límite, es decir el principio de culpabilidad retiene el ejercicio del ius puniendi cuando este es ejercido de manera abusiva, y su reconocimiento implica una serie de consecuencias:

- I. No es admisible la responsabilidad por el mero resultado (responsabilidad objetiva), sin que medie dolo o imprudencia⁸⁶.
- II. A nadie pueden imputársele acciones prohibidas si no ha tenido la posibilidad -cuando menos- de prever el resultado de su conducta⁸⁷.
- III. La pena debe ser proporcional a la culpabilidad⁸⁸. Esta conclusión deriva de la prohibición de penas inhumanas o degradantes artículo art. 27 Inc. 2 Constitución.

2.2. Reconocimiento del principio de culpabilidad en la Constitución, tratados internacionales y jurisprudencia.

2.2.1 Reconocimiento del principio de culpabilidad en la Constitución y Jurisprudencia nacional.

Anterior fue aclarado que el principio de culpabilidad encuentra su base en el “derecho a la autodeterminación” (art. 8 de la Constitución) y en el valor jurídico de “la dignidad

⁸⁵ Enrique Bacgalupo, *Derecho penal parte general*, (Argentina: editorial hamurabi,1999), 168.

⁸⁶ Ibidem, 170.

⁸⁷Eugenio Raul Zaffaroni, *Derecho penal parte general*, (Argentina: editorial Ediar,2002), 140.

⁸⁸ Bacgalupo, *Derecho penal parte general*, 170.

humana” (preámbulo de la Constitución), pero claro se trata de una afirmación doctrinaria que está sometida al enfoque y análisis político-jurídico de cada país.

Es importante traer a colación las palabras de la Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley Antimaras sobre las implicaciones del principio de culpabilidad, resumidos en los siguientes puntos:

- I. *“En esa línea, el art. 12 Cn. establece que toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; para ello es preciso, en primer lugar, que no se conciba como responsable a un sujeto por hechos ajenos”⁸⁹.*

El principio descrito es el de personalidad de las penas, implica que las personas pueden ser castigadas única y exclusivamente por los hechos cometidos por ellos mismos, no pudiendo ser castigados los padres por los hechos de los hijos, ni los siervos por los hechos cometidos por sus señores, ni los socios recibir una pena por el hecho cometido por un directivo.

- II. *“en segundo lugar, no pueden calificarse y por tanto castigarse como delito las formas de ser, personalidades o apariencias, puesto que la configuración de su responsabilidad es de difícil determinación, distinto a los hechos o conductas plenamente verificables”⁹⁰.*

Se trata del principio de responsabilidad por el hecho, este principio se contrapone a la idea *del derecho penal de autor*, como bien señala la Sala de lo Constitucional, implica la imposición de penas por características de la personalidad de un sujeto, claro paradigma de ello es la imposición de penas por motivos étnicos o religiosos, o por su orientación sexual.

- III. *“además, es preciso que el hecho constitutivo de delito sea doloso, es decir, que haya sido querido por su autor, o cuando se haya debido a su imprudencia”⁹¹.*

Se trata del principio de exigencia de dolo o culpa, este principio es el que con mayor medida se remarca como único contenido del principio de culpabilidad, un error

⁸⁹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de inconstitucionalidad, referencia: 52-2003/56-2003/57-2003 (Corte Suprema de Justicia, 2004).

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ibidem.

común debido a la importancia del mismo pues³ la exigencia del título de imputación o nexo psicológico del autor con su hecho, es base para su reprochabilidad social.

IV. *“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”⁹².*

Se trata del principio de imputación personal o culpabilidad en sentido estricto, este principio implica que una persona solo puede ser penada si se encuentra en capacidad psíquica de comprender la ilicitud de su actuar.

2.2.2 Reconocimiento del principio de culpabilidad en los Tratados Internacionales y Resoluciones emitidas por Tribunales Internacionales.

Artículo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José) *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras **no se establezca legalmente su culpabilidad**”⁹³.* Negritas editas.

“La Corte ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. En este sentido, la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”⁹⁴.

Sobre ello menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Raxcacó Reyes vs Guatemala, en 2005 donde se impuso la pena de muerte de manera automática por el delito de plagio y secuestro, *“no se consideran – en ninguna instancia – las circunstancias particulares del delito y del acusado, tales como los antecedentes penales de este y de la víctima, el móvil, la extensión e intensidad del daño causado,*

⁹² Ibidem. Esta línea argumentativa se refleja en los tribunales inferiores, como: Tribunal Tercero De Sentencia De San Salvador, Sentencia referencia: P0103-52-2002, (San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002).

⁹³ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (Costa Rica: **Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, 1969**), artículo 8.2.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo reparaciones y costas, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004).

*las posibles circunstancias atenuantes o agravantes, entre otras consideraciones del autor y el delito*⁹⁵. En este caso se trata de una consecuencia del principio de culpabilidad, que manda a que las penas sean en proporción a la culpabilidad del infractor.

Otro ejemplo sería el caso acontecido en Chile donde aplicaron la ley antiterrorista contra protestantes indígenas del pueblo “Mapuche”, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicó el principio de responsabilidad por el hecho, y el principio de imputación personal, ambos derivados del principio de culpabilidad: *“de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que, como ha expresado esta Corte, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado”*⁹⁶.

En dicha jurisprudencia la corte a valorado la existencia de estereotipos de discriminación por su condición de indígenas, aludiendo que buscan crear una situación de inseguridad y temor en la población, influenciados por los medios de comunicación tendientes a considerar a los indígenas como un pueblo extraño del país al que pertenecen “Chile”, como consecuencia en la valoración de los casos a la hora de imponer penas, aplicando la ley antiterrorista, lo que constituye una forma de violentarían del principio de responsabilidad por el hecho, y no por las características étnicas y de la personalidad del autor.

Otra disposición que contiene una referencia al principio de culpabilidad es el artículo 14.2 Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos, *“Toda persona acusada de*

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo reparaciones y costas, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005).

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo reparaciones y costas Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

*un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*⁹⁷.

2.3 Flexibilización del principio de culpabilidad respecto a la RPPJ.

No debe perderse de vista que lo que se busca es un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, esto solo es posible si se reformula de concepto de culpabilidad la cual solo es posible modificando la idea que doctrinariamente se tiene sobre la pena, y esto conlleva es posible si se tiene un fundamento distinto para la idea del sujeto.

En este punto se vuelve medular retomar las ideas expresadas en el capítulo anterior, sobre la teoría de la pena integradola a la teoría de la culpabilidad como principio limitador del ius puniendi, ahora las teorías de la pena han sido elaboradas partiendo de la idea que la pena debe dirigirse contra personas naturales y no contra personas jurídicas, son la teorías absolutas y teorías relativas, a su vez se dividen en teorías preventivo especiales y preventivo generales, y estas últimas preventivo generales positivas⁹⁸ y negativas⁹⁹.

Por ello existen dos tendencias notoriamente marcadas una tendencia niegan la posibilidad de imponer una pena a una persona jurídica debido a que no es posible realizarse el juicio de reproche ético-social por no haber actuado conforme a Derecho a pesar de tener la capacidad para hacerlo, es incompatible con la naturaleza misma de las personas jurídicas¹⁰⁰.

En la Constitución Salvadoreña determina un programa penal “cuando señala la finalidad de la pena como “preventiva especial” artículo 27 inciso 3 de la Constitución”

⁹⁷ Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos, (Estados Unidos de Norteamérica: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), artículo 14.2.

⁹⁸ Claus Roxin, Derecho Penal parte general tomo 1, fundamentos de la estructura de la teoría del delito (España: segunda edición, editorial Civitas, 1997), 91-92.

⁹⁹ Gunther Jakobs, Sobre la teoría de la pena (Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998), 15.

¹⁰⁰ Silvia Bacigalupo Saggise, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un estudio sobre el sujeto de derecho penal”, (Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Madrid, 1997), 176.

la consagración del principio de culpabilidad individualista¹⁰¹, que determina efectuar dicho juicio en cabeza de una persona natural que actúa en representación o por cuenta de la persona jurídica, bajo el concepto de que solo la persona natural tiene una voluntad consciente dirigida hacia su fin¹⁰².

Otra prerrogativa en contra no solo es de margen constitucional sino a nivel de la legislación penal, por ello el artículo 4 Inciso primero del código penal, dice: *“La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa”* Ahora la acción como ya se analizó en el primer capítulo, es tradicionalmente concebida como una manifestación física de movimiento, la cual necesariamente debe iniciar en el plano interno cuando se selecciona la finalidad, por ello la acción es final, a ello se refiere al artículo 4 inc. 3 Cp.

Por ello los requisitos de la culpabilidad en el código penal vigente tiene un sustrato psicológico del que no se puede presidir “un título de imputación subjetiva de dolo o culpa”, conocimiento de la antijuridicidad o la exigibilidad del cumplimiento de la norma, Cualquier solución que pase por entender que la persona jurídica no puede tomar prestados estos requisitos de las personas físicas supone la infracción del principio de culpabilidad.

Una de las exigencias evidentes de este principio es que la persona que sufre la sanción es la que debe reunir los presupuestos de la culpabilidad o del reproche ético social, por ello debe existir una coincidencia entre el autor y la persona que recibe la sanción, “principio de personalidad de la pena” ante lo cual no se pueden comprobar el título de imputación subjetiva, en el responsable individual y a partir de ello imponer una sanción a la persona colectiva que sería la única forma de fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal vigente¹⁰³.

¹⁰¹ Sala de los Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad 52-2003, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013). *“El Programa Penal de la Constitución, se define como un ámbito donde el legislador, en su tarea de formulación de normas penales, como el juez, en la resolución del caso en concreto, deben encontrar las directrices esenciales que han de poner freno a cualquier manifestación incontrolada en el ejercicio del ius puniendi”*.

¹⁰² Francisco Sintura Valera, *Aspectos penales de la libre competencia*, (Colombia: El navegante, 1998), 3.

¹⁰³ Raúl Eduardo Sánchez, *responsabilidad pena de las personas jurídicas*, (Colombia: ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2005), 98.

Por ello se vuelve necesarias realizar tres preguntas sobre la posibilidad de dar respuesta a la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica:

- 1) ¿Qué teorías de la pena son compatibles con la responsabilidad penal de la persona jurídica?
- 2) ¿Existe, en verdad, una necesidad real de implementar sanciones de carácter penal contra la persona jurídica?
- 3) si se afirma tal necesidad, ¿cómo se deben implementar?

2.3.1 Teorías de la pena son compatibles con la responsabilidad penal de la persona jurídica

Sin lugar a dudas las teorías de la pena absolutas no son una opción porque ella pretenden retribuir el mal causado dirigiéndose contra el autor, por lo que como bien señalan algunos doctrinarios que optan por legitimar la culpabilidad partiendo de la idea de un "estado de necesidad del bien jurídico"¹⁰⁴, es decir, la idea de justificar una sanción a una persona jurídica sin culpabilidad, debido a que la protección del bien jurídico no se puede garantizar de otra manera, siempre y cuando la persona jurídica resulte beneficiada de su acción, es decir la imposición de la pena con fines preventivo generales.

Una teoría de la pena orientada a su función, podría ser la respuesta, es decir una teoría de la pena orientada a la función de la pena en el sistema penal, una función preventivo general positiva, donde se "deforme o flexibilice el principio de culpabilidad", para imponer penas a las personas jurídicas especialmente en los casos donde no es posible individualizar a todos los infractores que operan protegidos por la misma, con el efecto de reforzar la confianza en el sistema de justicia¹⁰⁵,

¹⁰⁴ Saggise, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 178. Idea que la referida autora le atribuye a Shunemann.

¹⁰⁵ Bernd Schunemann, *el sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, (España: editorial tecnos, 1991),84. Nuevamente el efecto esperado es la prevención general positiva propuesta por Claus Roxin, pero refuta Shuneman proponiendo que, para que sea efectiva la prevención general en cualquier vertiente debe presuponerse una sociedad racional con capacidad de sus ciudadanos

señalando que la culpabilidad es falta imputable de fidelidad de la norma, el autor no alcanza con la medida que él es exigible la fidelidad a la norma, por ello la culpabilidad no se limita a la conciencia que alcanza la exteriorización, sino como una conciencia que se representa en el plano de la comunicación como capaz de aprender el significado de la norma, únicamente una persona a quien se le adscribe una conciencia propia competente en el plano comunicativo puede comportarse de forma culpable¹⁰⁶.

En realidad, la cuestión de fondo no es si la persona jurídica puede ser sujeto de imputación, lo cual es bastante obvio en otras ramas del ordenamiento jurídico como el administrativo sancionador, sino si es legítimo resolver ciertos conflictos sociales imponiéndole una pena a las personas jurídicas que no tienen capacidad de decidir por sí mismas ni se les reconoce alternativas de comportamiento -inexigibilidad de otra conducta- con respecto a las decisiones de sus órganos directivos o de las personas que actúan en su nombre. Es decir, se trata de un específico problema jurídico-penal o político- criminal¹⁰⁷.

2.3.2 Existe una necesidad real de implementar sanciones de carácter penal contra la persona jurídica.

Es innegable los constantes daños provocados por actuaciones de personas jurídicas en EL Salvador como el caso baterías *Record*¹⁰⁸, y otros más, donde se han percibido daños al medio ambiente o a la hacienda pública, es decir, una verdadera amenaza para el bien jurídico en cuestión que no puede ser resuelta con las habituales medidas existentes. En este sentido, también resulta importante para la verificación de la existencia de una situación de necesidad la especial dificultad que supone determinar al autor individual concreto¹⁰⁹.

para autodeterminar su conducta conforme a la norma “y no objetos que puedan ser adiestrados a placer. Por ello, ni la prevención general significa simple intimidación, ni la prevención especial significa doma” de los individuos como simples bestias adiestradas.

¹⁰⁶ Sánchez, *responsabilidad pena de las personas jurídicas*, 96.

¹⁰⁷ Lynett, *El funcionalismo en derecho penal tomo I*, 352.

¹⁰⁸ Patricia Carías, "Fiscalía estima en \$4 mil millones los daños causados por *Récord*", *El Faro* (13 de diciembre de 2020). [https://www.elfaro.net/es/201104/noticias/3895/Fiscal%C3%ADa-estima-en-\\$4-mil-millones-los-da%C3%B1os-causados-por-R%C3%A9cord.htm](https://www.elfaro.net/es/201104/noticias/3895/Fiscal%C3%ADa-estima-en-$4-mil-millones-los-da%C3%B1os-causados-por-R%C3%A9cord.htm).

¹⁰⁹ *Ibidem*, 183.

La determinación del autor concreto es el problema medular de la imputación de responsabilidad penal dentro de la persona jurídica, pues estas operan mediante complejas estructuras de mandos y sub mandos, donde las decisiones se toman de manera colectiva por organismos especializados “sean juntas directivas o sean asambleas de accionistas” pero se ejecutan en un compleja red donde el dominio del hecho se esparce¹¹⁰, muy parecido a lo que sucede en la coautoría, pero yendo más allá, dado que las directrices son tan generales que los sujetos que dirigen los organismos de gobierno de la sociedad pierden el hilo de las ordenes que dictan y desconocen el alcance de sus efectos, y para cuando se produce el resultado final, ha pasado la acción varios niveles de mandos medios¹¹¹, y por ejecutores finales que bien pueden estar consientes o no de su actuar contributivo a la acción delictiva, por ello se habla no de una coautoría sino de una cadena de autores mediatos cuando hablamos de derecho penal de empresa¹¹².

A manera de ejemplo: *“Si el consejo de administración de una sociedad por acciones soborna a un funcionario a fin de conseguir, de modo indebido, para la empresa un contrato público, o celebra a favor de la empresa contratos fraudulentos, o realiza negocios ilícitos”*¹¹³ pareciera claro que hay que castigar no sólo a la persona natural que ha actuado en favor de la persona jurídica, sino también a la propia persona jurídica, y puede que quizás sólo a ésta”.

Se retoma el caso del soborno, aun cuando el directivo que entrego el soborno fuere condenado, queda tras este una junta directiva de administración que propuso y avalo la salida del dinero del patrimonio social, y suponiendo que también estos son condenados por el ilícito, los contadores registraron la salida de dinero sin una contra

¹¹⁰ Rafael Berruezo, Responsabilidad penal en la estructura de la empresa, imputación jurídico-penal en base a roles, (Argentina, Editorial B de F, 2018), 175.

¹¹¹ Ramiro Rubinska, *Derecho Penal económico, tomo II*, (Argentina: Marcial Pons, 2010), 1825, 1832. E incluso dichos mandos medios son simples eslabones de la cadena de “vicepresidentes ejecutivos”, que no tienen poder de dirección, aunque formalmente representan a la sociedad, o en otras palabras *“En lo cotidiano vemos que quienes detentan el control en las organizaciones empresariales no asumen cargos ejecutivos, en esos lugares, colocan-deliberadamente- a sujetos que no gozan de autonomía porque, en realidad, son dependientes encubiertos”*.

¹¹² Claus Roxin, *“Problemas de Autoría y participación en la criminalidad organizada”*. Traducción de Enrique Anarte Borrillo, Revista Penal, N° 2, (1998): 64

¹¹³ Lynett, *El funcionalismo en derecho penal tomo I*, 327.

prestación, y sus auxiliares contables que llevan los libros no objetaron esta irregularidad, y los accionistas mayoritarios no percibieron que las ganancias se vieron incrementadas por ganar licitaciones desde que ciertos gobernantes están en el poder, si manifiestan no saber por qué, resultaría una ignorancia del hecho muy beneficiosa y severamente sospechosa¹¹⁴.

Ahora cuando los anteriores administradores que integraban los órganos de gobierno de la sociedad sean condenados y encarcelados, debe prevenirse que la conducta no vuelva a repetirse, puesto que los que tomen la dirección de la persona jurídica serán los restantes miembros accionistas, y estos no deben hacer habito de las conductas ilícitas de sus predecesores, bajo la falsa creencia que la mayoría miembros de la sociedad salió bien librada, pues la justicia penal es selectiva¹¹⁵, por lo que una sanción directa a la persona jurídica motivaría a no cometer los mismo errores.

2.3.3 Que sanciones penales deben implementarse contra personas jurídicas

Se debe iniciar el análisis remarcando el camino seguido, es posible asimilar una culpabilidad para la persona jurídica, pero esta culpabilidad sería normativa más no psicológica, fundada en una idea la finalidad de la pena como prevención general positiva, ahora, la dañosidad social de las conductas ejecutadas por personas jurídicas, plantea la necesidad reafirmar el orden social y la confianza en el sistema de justicia, en iguales condiciones evitar casos de impunidad por la complejidad de distribución de roles y al mismo tiempo mantener un sensación de vigilancia sobre las

¹¹⁴ Criminológicamente en nuestro país estos casos donde se pena al corrupto y no al corruptor son numerosos, y se debe a que el corruptor no es una persona natural sino una persona jurídica, y las aportaciones de cada miembro son tan pequeñas que acabaríamos por penar a un dependiente comercial con fachada de representante de la sociedad, a manera de ejemplo el caso de la empresa que gana la licitación no cumplía los requisitos para el proyecto: Óscar Luna, Diez casos de (presunta) corrupción en El Salvador: Caso Diego de Holguín, (24 de octubre de 2016). [https://www.elfaro.net/es/201610/ef_tv/19456/Diez-casos-de-\(presunta\)-corrupci%C3%B3n-en-El-Salvador-Caso-Diego-de-Holgu%C3%ADn.htm?from_date=2013-02-1&to_date=2013-02-28](https://www.elfaro.net/es/201610/ef_tv/19456/Diez-casos-de-(presunta)-corrupci%C3%B3n-en-El-Salvador-Caso-Diego-de-Holgu%C3%ADn.htm?from_date=2013-02-1&to_date=2013-02-28):

¹¹⁵ En Argentina se crearon registros de empresas reincidentes en delitos de corrupción, para considerar las conductas de las sociedades mercantiles. Paula Urien, "Empresas con prontuario: hay una nueva base de datos para delitos de corrupción" La Nación (16 de diciembre de 2018). <https://www.lanacion.com.ar/economia/empleos/empresas-con-prontuario-hay-una-nueva-base-de-datos-para-delitos-de-corrupcion-nid2202757>

personas naturales que operan los distintos órganos de la persona jurídica a fin de ser persuadidos de no delinquir, en resumen prevención especial.

Sin más preámbulo, se aclara que lo primero que se piensa cuando se habla de responsabilidad penal de la persona jurídica es en la pena de prisión¹¹⁶ a pesar de la amplia posibilidad de penas que posee el Estado mediante el ejercicio de *ius puniendi*, que no se limita a la pena de prisión que es imposible contra una persona jurídica.

Entre las alternativas especiales para las personas jurídicas algunos autores mencionan: el retiro de las acciones del mercado público de valores, el decomiso, la cancelación de la personería, cierre de locales y establecimientos, cancelación del registro mercantil, la suspensión temporal o definitiva de sus obras o actividades, y por último las multas¹¹⁷.

Algunas legislaciones como la alemana proponen las sanciones mediante multas de carácter administrativo, con procedimientos más cortos que los penales, y sin la rigidez del principio de culpabilidad que rige en materia penal, además *"Los principios allí sentados constituyen los presupuestos que rigen la responsabilidad contravencional de las personas colectivas por los hechos de sus agentes, ya sea que estos hechos importen delitos o faltas de cualquier tipo"*¹¹⁸.

Dichos principios pueden resumirse en el siguiente orden:

- 1) Siempre que un representante de la misma cometa un delito o contravención que se conecte con la actividad o giro del ente ideal. Debe tenerse presente que la vinculación que debe existir entre la infracción (contravencional o delictual) del representante y la actividad societaria.

¹¹⁶ Se trata de un problema de la pena de prisión de la que está plagado nuestro sistema penitenciario, que imposibilita la prevención especial y perpetua el fenómeno de la prisionalización de las penas, y para nuestro caso cierra la posibilidad de establecer responsabilidad penal de la persona jurídica. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Sistemas penitenciario y alternativas de a la prisión en América Latina y el Caribe* (Argentina: Editoriales de la Palma, 1992), 23.

¹¹⁷ Sánchez, *responsabilidad pena de las personas jurídicas*, 124.

¹¹⁸ José Daniel Cesano, *entorno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica*, (Argentina: Alveroni, 1998), 28. La legislación alemana a la que el autor hace referencia es Código Contravencional Federal (OWIG) parágrafo número 30.

- 2) Además, la comisión de la infracción signifique la violación de un deber impuesto (legal o estatutariamente) al autor
- 3) Que la acción prohibida haya producido un beneficio real a la corporación, o que tal beneficio constituya una expectativa o meta perseguida por la acción¹¹⁹.

Hay autores que cuestiona a la eficacia de la multa como sanción administrativa contra las personas jurídicas manifestando *“la multa administrativa de las empresas lo ejerce un efecto motivador extremadamente insignificante sobre la dirección de la misma. Puesto que la multa administrativa tiene que ser pagada por la empresa esta únicamente disminuye los beneficios de los accionistas”*¹²⁰. Y por supuesto la multa administrativa puede ser por montos paupérrimos para compañías internacionales cuyo patrimonio es más grande que el producto interno bruto de un país pequeño, por lo que pagar cien salarios mínimos sería una insignificancia.

Continúa expresando el autor que dichas multas no tiene el efecto deseado *“pero no afecta al consejo de administración; y si como suele suceder, la junta general de accionistas ni se quiere extraer consecuencias personales de ella.”*¹²¹ Esto se debe a que desde una perspectiva comerciales se trate de un factor de coste de operación trasladando el precio al producto, claro es posible que esta maniobra no esté exenta de consecuencias negativas para la empresa que compite en un libre mercado.

En conclusión es posible la responsabilidad penal de la persona jurídicas si se fundamenta en un modelo de culpabilidad normativa fundado en la protección de bienes jurídicos y la prevención general positiva como finalidad de la pena, siempre y cuando estas penas sean restructuradas solo para personas jurídicas, lo cual, se encuentra en consonancia con lo dicho en el primer capítulo, sobre la teoría de la acción funcional, pues la teoría de la pena y el uso de penas alternativas son

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Bern Shunemann, Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas. (ponencia de las jornadas internacionales de derecho penal, en la Universidad Externado de Colombia, 9 de marzo 2003). https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/19301/discover?filtertype=autor&filter_relational_operator=authority&filter=256a45a5-f5bc-4977-8d6d-d50212710f24

¹²¹ Ibidem.

propuestas de la moderna teoría funcionalista del delito, pero claro la acción, culpabilidad y pena, son solo la base para sustentar una teoría del delito que gire en torno a la persona jurídica, lo que se trata a continuación.

2.4. Teoría del delito y persona jurídica.

Hasta ahora la exposición ahora el discurso se ha orientado fundamentar la culpabilidad y de la teoría de la pena, dado que estas son base de la teoría del delito, esto se debe a que la función de la pena se cobija en la fundamentación político-constitucional del Derecho penal, es necesario asentar también el edificio de la teoría del delito sobre la base del Estado social y democrático de Derecho¹²².

No solo eso la teoría del delito es una forma de garantizar la aplicación igualitaria del derecho, y en un carácter menso abstracto normativo del discurso, la teoría del delito es el sistema utilizado por los jueces técnicos del derecho para la resolución de problemas jurídicos¹²³.

Pero la teoría jurídica del delito fue inicialmente construida para poder operar con personas naturales, cuestión que se explicó en el capítulo primero partiendo de la teoría de la acción, lo que vuelve imperativo enunciar el pronunciamiento científico para adoptar las categorías esenciales de la teoría jurídica del delito -tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad- que permitan subsumir conductas efectuadas por personas jurídicas.

¹²² Santiago Mir Puig, *función de la pena y teoría del delito en el Estado social democrático de derecho*, (España: editorial Boch, 1982), 42. “Al contrario, constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible”.

¹²³ Sala De Lo Penal, Sentencia definitiva, Referencia: C111-1999, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999). “Le corresponde o no determinada calificación jurídica conforme al derecho aplicable, para lo cual es indispensable emplear instrumentos que la dogmática penal proporciona como lo es la teoría del delito, herramienta técnica que no fue utilizada en el presente caso”.

2.5. Matices de la teoría del delito con la RPPJ.

2.5.1. Tipo y Tipicidad.

Un hecho que vale la pena aclarar previo a tocar el tema de la tipicidad, es el tema del dolo en las relaciones contractuales, habrá que definirse la diferencia entre dolo penal y dolo civil. Como alternativa se presenta el criterio que atiende al momento del engaño: si el sujeto activo al momento de perfeccionar el contrato o acuerdo de voluntad, ya albergaba la intención de incumplirlo en el futuro (dolo penal), o si por el contrario la intención de incumplir surgió después de la perfección del contrato (dolo civil)¹²⁴.

En los delitos contra el patrimonio, la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil, es la tipicidad de la conducta, de modo que únicamente si la conducta del agente encaja en el delito de estafa es punible la acción.

Bajo esta línea, no es posible criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico previamente ha establecido medios e instancias idóneas para restaurar su alteración cuando es conculcado por vicios puramente civiles. En definitiva, la tipicidad es la insignia de la antijuricidad penal, careciendo de relevancia el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe, pero que esta no es penal, primando así, la función del derecho penal como última ratio y en relación al principio de mínima intervención¹²⁵.

Lo que denominamos tipo legal es también denominado tipo penal, tipo delictivo o solamente tipo constituye la figura penal contiene, por un lado, la descripción de una conducta humana prohibida que encierra al "tipo penal"; y por el otro lado, la amenaza de una pena para el caso de que dicha conducta sea llevada a cabo¹²⁶.

Existe una diferencia entre tipo, conducta típica y tipicidad es que el tipo es la conducta descrita en la parte especial del código, mientras la tipicidad es una

¹²⁴ Sala de lo Penal, sentencia definitiva, referencia: 251C2017, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018). *"Sobre lo anterior, esta Sala considera oportuno traer a colación que, en el delito de Estafa, el dolo del engaño debe ser precedente o concurrente con el acto de disposición patrimonial de la víctima y sin el cual no se habría producido el traspaso patrimonial o acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del artificio que mueve su voluntad y que ocasiona, a su vez, un perjuicio patrimonial propio o de un tercero. Por lo tanto, el engaño debe ser el origen del error, el error dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial"*.

¹²⁵ Jacobo Dopico Gómez-Aller, "estafa y dolo civil: criterios para su delimitación", revista derecho vol. 21, n.º 1: 7-35(2012), 9-10

¹²⁶ Ricardo Nuñez, *Manual de derecho penal parte general*, (Argentina: editorial Cordova, 1999), 139.

categoría de la teoría jurídica del delito, que puede conllevar formas de autoría, o realización imperfecta, y la adecuación de la conducta a la descripción¹²⁷.

La descripción tal como está en los tipos penales actualmente no imposibilita la adecuación de la conducta de una persona jurídica a la descripción del tipo, claro ello no obsta que la utilidad del tipo se limite a encajar conductas en el por ello es posible resumir la función del tipo en tres:

- 1) Función de Garantía: sólo puede sancionarse un hecho cuando su punibilidad está legalmente determinada antes de la comisión de él. Todo ciudadano debe, por tanto, tener la posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no.
- 2) Función Sistemática: La tercera raíz de la teoría del tipo penal se encuentra en la necesidad de un concepto fundamental del sistema del derecho penal que pueda insertarse entre los elementos "acción" y "antijuricidad"¹²⁸.
- 3) Función en relación a la teoría del error: el autor sólo puede ser sancionado por la comisión de un hecho doloso cuando por lo menos conoció las circunstancias de hecho, "pertenecientes al tipo legal". Conforme a ello, el tipo penal tiene la tarea de describir¹²⁹.

¿Es posible que el tipo absorba las conductas descritas para la persona naturales cuando estas son realizadas por personas jurídicas? respetando la función del tipo, hay autores que afirman que sí, y hay otros que dicen que no, pues no respetaría la función de garantía, dado que el tipo lo que describe es una persona física, esta última opinión, obviamente, depende de la respuesta a la primera pregunta, pues si la adecuación (tipicidad) resulta inviable, no quedará otra alternativa que diagramar un modelo especial (asociado) equivalente al tipo tradicional¹³⁰. Lo correcto sería recortar la imputación de la acción de las personas jurídicas a ciertos delitos; como la estafa,

¹²⁷ Fernando Laffite, *Esbosos para una teoría del delito*, (Argentina: editoriales Lerner, 1989), 51-52. Por ello la conducta que no se ajusta a ningún tipo legal es considerada atípica, y por ende, permitida, autorizada e irrelevante para el derecho penal.

¹²⁸ Claus Roxin, *Teoría del Tipo: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, (Argentina: editoriales de la palma, 1979), 173 En la época de Beling el delito era descrito simplemente como acción antijurídica y culpable merecedora de pena.

¹²⁹ Ibidem. 173.

¹³⁰ David Bagun, *La responsabilidad penal de la persona jurídica: ensayo de un nuevo modelo teórico*, (Argentina: editorial depalma, 2000), 71.

la evasión de impuestos o la competencia desleal, más sería imposible para tipos como el robo.

Es decir la respuesta podría ser la descripción paralela de tipos para personas naturales y para personas jurídicas, respetando claro el contenido del tipo indicando los elementos que describen la materia de prohibición, el reflejo del bien jurídico según el sentido de la norma, y el objeto de la acción, además las modalidades del tipo según el elemento subjetivo se clasificarían en: *“el tipo de comisión con voluntad social dolosa, el tipo negligente de comisión y el tipo de omisión con sus dos variantes: voluntad social dolosa y negligente”*¹³¹.

2.5.2. Antijuridicidad.

Una definición genérica de antijuridicidad puede ser la de "contradicción de un hecho con el derecho en general". Decimos con el derecho en general, por cuanto, a diferencia de la tipicidad, que es propia del derecho penal, la antijuridicidad abarca todo el espectro del derecho. Es decir, aun cuando una acción este tipificada existen circunstancias especiales en las cuales la ley permite ciertas conductas estas circunstancias son auténticas causas que justifican el actuar del sujeto cuando su hecho ya es típico. Lo jurídico es lo lícito, lo legal, por lo que una no puede ser y no ser al mismo tiempo lícita e ilícita¹³².

Se acostumbra decir que la realización del tipo es un indicio de la antijuridicidad, o como popularmente se afirma el tipo es a la antijuridicidad lo que humo es al fuego, hemos visto que este juicio de antijuridicidad es de todos modos provisorio, y que antes de afirmar la existencia de la antijuridicidad debe examinarse si la conducta del autor no puede justificarse recurriendo a normas especiales de excepción¹³³.

Estas denominadas normas especiales de excepción son lo que denominamos causas de justificación, se encuentran entrelazadas en el Código Penal enumeradas en el artículo 27 del Código Penal, donde únicamente son causas de justificación los

¹³¹ Ibidem, 72.

¹³² Laffite, *Esbozos para una teoría del delito*, 67.

¹³³ Jurguen Bauman, *Derecho penal conceptos fundamentales y sistema*, (Argentina: edición de la palma, 1973), 155.

tres primeros numerales esto se debe a que, mientras que las casusas de justificación son circunstancias especiales las cuales tienen una valoración jurídica general para personas con plena comprensión del tipo y las normas que le permiten actuar dentro de estas circunstancias especiales¹³⁴, los excluyentes de responsabilidad que actúan a nivel de la culpabilidad, englobando circunstancias donde no es racionalmente exigible el cumplimiento de la norma, aun cuando esta esté no justificada por el ordenamiento jurídico¹³⁵, cayendo en esta última categoría los numerales del 4 al 6 del citado artículo 27.

La antijuridicidad también tiene división bipartita, entre antijuridicidad material y formal: por un lado, se encuentra la ausencia de circunstancias especiales que permitan la conducta típica ejecutada por el sujeto según se explicó en párrafos anteriores, a esto se llama antijuridicidad formal. Mientras que la antijuridicidad material ha acudido a la contradicción de la conducta con las normas ético-sociales fundamentales, a la lesión de elementales deberes ético-sociales o, formulado de otra manera, al desvalor frente a la convicción cultural de la sociedad y, por lo tanto, por su contradicción del orden impuesto por la comunidad¹³⁶, en pocas palabras es antijuridicidad material la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Aplicando la categoría de antijuridicidad para las personas jurídicas no varía en gran medida la consideración general sobre la antijuridicidad, La esencia del juicio de valor acerca de la contradicción entre el ordenamiento y la acción institucional no se modifica por la naturaleza de la acción de las personas jurídicas; no desaparece la vigencia de la norma general que prohíbe acciones y que puede ser desconocida por la acción antinormativa de una persona jurídica, ni tampoco la relación entre el impacto de la norma y el sujeto receptor (sujeto pasivo); en este aspecto, la cuestión ni siquiera varía desde la óptica que sostiene la hegemonía del carácter de determinación que exige la norma¹³⁷. Cuestión distinta sucede cuando se avalora las casusas de justificación individualmente.

Ahora bien, recordemos que para la doctrina existe una serie de consideraciones respecto a lo limitado de las causas de justificación a las que se enumeran

¹³⁴ Roxin, Derecho penal parte general, 572.

¹³⁵ Wiarco, Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista, 156.

¹³⁶ Rene Quirós Pérez, Manual de derecho penal I, (Cuba: Editorial Felix Varela, 2005), 108-110.

¹³⁷ Bagun, *La responsabilidad penal de la persona jurídica: ensayo de un nuevo modelo teórico*, 101.

expresamente en nuestro código penal a esta teoría limitada se le denomina monista, y como se plantea modernamente que las causas de justificación están dispersas en todo el ordenamiento jurídico, y que las mismas se configuran bajo una configuración de principios generales¹³⁸, producto de ello tenemos: “el consentimiento, el denominado derecho de intervención en las relaciones (autorizaciones dispensadas a las autoridades, el uso de la coacción estatal, derecho de corrección), el derecho de autoayuda y la obediencia jerárquica, cumplimiento de un deber, ejercicio de autoridad o cargo, el ejercicio legítimo de un derecho, el consentimiento del interesado, el tratamiento médico-quirúrgico y las lesiones deportivas, la legítima defensa y el estado de necesidad; menciona el estado de necesidad, los casos especiales de necesidad, en otras legislaciones se habla además del aborto terapéutico y revelación del secreto por necesidad que es, en verdad, subcategoría del estado de necesidad, la legítima defensa, las autorizaciones legales”¹³⁹.

Conviene decir que para el caso de las personas jurídicas estas causas deberán ser limitadas y no estar abiertas a las interpretaciones de los principios dado que la naturaleza de las personas jurídicas excluye considera las valoraciones subjetivas sobre la conciencia de las causas de justificación, recordemos que para que concurra algunas causas de justificación como la legítima defensa el sujeto debe estar consiente que actúa en legítima defensa:

Ejemplo: A se dispone a matar a B, y B desconoce el plan de A para matarlo, cuando A se acerca a darle la muerte, B cree oportuno el momento para matar a A y le dispara desconociendo en todo momento que A también estaba armado y se disponía a matarlo.

De manera similar sucede con las personas jurídicas pues estas la posibilidad de que concurra un ánimo (elemento especial del injusto), o el conocimiento personal del sujeto, está vedada por la propia naturaleza supraindividual de la acción de las personas jurídicas; ambos son componentes genéricos de la psiquis humana, de la

¹³⁸ Claus Roxin, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal* (Editorial Hammurabi, Argentina, 2002), 21. “Roxin, La función político-criminal de la antijuricidad considera que es la solución social de conflictos. Para ello se sirve el legislador de un número limitado de principios ordenadores. La misión de la sistemática consiste aquí en elaborar del modo más completo posible, el catálogo de los principios reguladores sociales y poner en claro su relación, en lo que, por otra parte, no está tan limitada, como sucede en el tipo, por el principio de legalidad, pues los principios que regulan las causas de justificación proceden de todo el ámbito del Derecho, tanto legal como consuetudinario”.

¹³⁹ Bagun, *La responsabilidad penal de la persona jurídica: ensayo de un nuevo modelo teórico*, 104.

persona física. Pueden tener vida en cada uno de los integrantes del directorio o del apoderado que refleja la voluntad societaria, pero son extraños a la acción institucional como entidad diferente¹⁴⁰.

En conclusión, en cuando a la antijuridicidad refiere la antijuridicidad entendida como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico si concurre sin mayores complicaciones, pero las causas de justificación deben ser limitadas y reformuladas para personas jurídicas en una disposición paralela a la utilizada para personas naturales. Ejemplo: en un caso de legítima defensa debe existir peligro y si el peligro es actual e inminente¹⁴¹ el representante o directivo actuara antes de que el órgano colegiado autorice dicha actuación, por lo que la aprobación de su conducta será posterior a su actuación, lo que genera una discontinuidad en el momento que debe presentarse el elemento anímico frente al hecho o amenaza y aun mas el conocimiento de la amenaza llegara posteriormente al órgano de administración, cuando la misma ya no exista.

2.5.3. Culpabilidad como categoría de la teoría del delito.

Hay que hacer una breve distinción de palabras el principio de culpabilidad que se explicó al inicio de este capítulo es un principio de rango de constitucional que opera dentro de cualquier expresión de *ius puniendi* estatal, la culpa o imprudencia es título subjetivo de imputación para el tipo, y la culpabilidad es una categoría de la teoría jurídica del delito.

Existen dos modelos históricamente predominantes de culpabilidad, el psicológico y el normativo, el psicológico era sencillamente entendido “el nexo psicológico existente entre el autor y el resultado”¹⁴². Para el caso de la responsabilidad penal de las

¹⁴⁰ Ibidem, 115.

¹⁴¹ Tribunal De Sentencia De Chalatenango, sentencia definitiva, referencia: P0901-89-2006, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006). “Como requisito en la legítima defensa debe existir una respuesta necesaria o razonable, analizando hasta qué punto, el que responde estaba en la posibilidad de evitar la agresión de una forma menos lesiva, por lo que no cabe responder con una excesiva intensidad, debiendo ser una respuesta actual o inminente, y no posterior pues de lo contrario, si no es actual, ya no estamos evitando un daño a nuestro bien jurídico, sino de un acto de venganza del atacante”.

¹⁴² Bauman, *Derecho penal conceptos fundamentales y sistema*, 207-208

personas jurídicas es más útil el normativo, el cual, ve en la relación entre el autor y su hecho tan sólo un elemento de culpabilidad. Según este criterio, también debe corresponder a la culpabilidad un elemento valorativo, o sea, normativo: la reprochabilidad¹⁴³ de la conducta del autor. Culpabilidad es la relación reprochable entre el autor y el resultado cometido por él además de la capacidad de culpabilidad o "imputabilidad" y la ausencia de causas que excluyan la culpabilidad.

El primer modelo de culpabilidad psicológica no es útil para determinar el un sistema que permita la responsabilidad penal de las personas jurídicas, claro el modelo causalista de culpabilidad normativa tampoco pues aún conserva el nexo psicológico del autor con el hecho, como elemento de la culpabilidad, las cosas cambiaron cuando la culpabilidad se teorizó para el sistema finalista.

Los elementos que componían la culpabilidad era los siguientes según el modelo finalista:

1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.
2. El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido o conocimiento de la ilicitud del hecho.
3. La inexigibilidad de un comportamiento distinto.¹⁴⁴

La imputabilidad: sea entendida como la capacidad del sujeto, atendido a sus fuerzas psíquicas de motivarse de acuerdo a la norma. Esta concepción vino a remplazar al libre albedrío¹⁴⁵ de las teorías causalistas, el problema del libre albedrío era que acarrea la "posibilidad de haber actuado de otra forma", este era un requisito

¹⁴³ Reinhard Frank, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, (Argentina: editorial B de F, 2002), 16. No debe olvidarse que Frank era un autor que estuvo en un punto intermedio entre el causalismo y finalismo de la acción, por ello decía: "Por el contrario, FRANK enriquece el contenido del elemento subjetivo del ilícito, introduciéndole el pensamiento normativo. A su criterio, en la medición de la culpabilidad gravitan otros factores más allá del dolo y de la culpa, a los cuales denomina "circunstancias concomitantes".

¹⁴⁴ Wiarco, Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista, 118.

¹⁴⁵ Enrique Gimbernat Ordeig, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?, (España: editorial Ara, 2009), 11. Este autor explica en mayor medida la inexistencia del libre albedrío y como fue remplazado por la capacidad de motivarse por la norma. "hubiera podido actuar de otra manera a como realmente lo ha hecho, sería preciso volver a colocar a aquella persona -como exactamente la misma individualidad- en la misma situación concreta, y observar, entonces, si alguna vez se produce un comportamiento distinto del que se produjo en el caso que ha dado origen al examen: No es posible crear el presupuesto, necesario para nuestro experimento, de que se trate de la misma persona en la misma situación. De ahí que el experimento no pueda realizarse con éxito y que no pueda responderse en ese sentido exacto a la cuestión del haber-podido-actuar-de-otra-manera".

imposible de franquear pues en todo hecho se pudo haber actuado de muchas maneras, se pudo actuar con infinitas posibilidades, por ello finalismo señalo el error de comprender “*el libre albedrio no como lo plantean el sistema causalista, de poder actuar de otra manera, sino de la libertad de actuar en el sentido de la Ley*”¹⁴⁶.

De manera tal que, si los órganos de administración de la sociedad están compuestos por personas con capacidad de motivarse por la norma a la hora que toman las decisiones, es lógico concluir que la decisión fue tomada en su momento con conciencia de la licitud o ilicitud de su actuar, pues la decisión con plena capacidad emitida por el órgano de administración se vuelve una decisión con plena capacidad tomada por la sociedad, es decir esta capacidad está dividida en dos momentos:

- a) La capacidad de comprender lo injusto del hecho, (momento cognoscitivo o intelectual).
- b) La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, (momento volitivo).¹⁴⁷

El conocimiento de la antijuridicidad o conocimiento de la ilicitud: solo procede si se cumple el requisito anterior y el sujeto es imputable, es decir, tiene capacidad de culpabilidad, puede entrarse a valorar la posibilidad de comprensión de lo injusto, a nivel del hecho singular, la diferencia estriba en que la capacidad de culpabilidad o inimputabilidad, se presenta en el sujeto con independencia de que relación o la acción u omisión típicas, mientras que el conocimiento de la antijuridicidad es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto en el hecho concreto, a la violación de la norma¹⁴⁸.

En este nivel es que puede presentarse el error de prohibición en el caso de las personas jurídicas, ejemplo:

“En un hecho constitutivo de hurto: una sociedad que se dedica a otorgaron préstamos para comprar vehículos, tomando los vehículos comprados como garantía. tienen una cantidad de cliente que le adeudan varios meses, estos clientes firmaron un contrato donde establecieron que en caso de incumplimiento la sociedad puede hacerse dueña de los vehículos que se compraron con el dinero prestado, otorgando

¹⁴⁶ Hans Welsel, *Derecho penal parte general*, (Argentina: editorial depalma,1976), 152.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Wiarco, *Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista*, 124.

una copia de las llaves. por lo que la junta directiva decide hacer efectivo el contrato y envía a sus recuperadores para traer los vehículos con una copia de las llaves, los afectados denuncia por hurto. Ahora la sociedad reconocía lo ajeno de los bienes, pero creyó erróneamente que tomar como pago los bienes de sus deudores podía hacerse automáticamente, y reconociendo que la ley lo permitía cuando en realidad estaba sustrayendo bienes del patrimonio de un dueño legítimo”.

El anterior es un ejemplo de erro de prohibición que se manifiesta en la conciencia de la antijuridicidad o conciencia de la ilicitud del hecho en particular, según lo reconoce el artículo 28 Inc. 2 del Código Penal.

La inexigibilidad de un comportamiento distinto: a ello refiere el artículo 27 Numeral 5 del Código Penal, pero el mismo solo es procedente si se tienen capacidad para actuar conforme a la norma, y además se tiene conciencia de la ilicitud del hecho, solo entonces puede entrar a valorarse este último elemento, lo que conlleva que en el caso en concreto le fuera exigible una conducta apegada a derecho, englobándose en este apartado aquellas circunstancias extraordinarias en las que traen como consecuencia que una persona racional y con capacidad de adecuar su conducta a la norma, que además tenga conciencia de la ilicitud de su actuar no pueda cumplirlo, por estas circunstancias pertenecientes al mundo externo que son ajenas a su voluntad, aquí se encuentran relacionadas circunstancias desarrolladas por la doctrina como el estado de necesidad exculpante¹⁴⁹.

Inspirados en el funcionalismo hay autores que piensan que estas consideraciones sobre la culpabilidad desde el modelo finalista ya no responden a modernos problemas del derecho penal, como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que empíricamente no es verificable dicha capacidad de culpabilidad, al igual que en el causalismo y su elemento de libre albedrío, no es científicamente demostrable la “posibilidad de haber actuado de otro modo” tampoco es verificable la supuesta “libertad de actuar conforme a la ley” del finalismo¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Raúl Placencia, *Teoría del delito*, (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000), 175.

¹⁵⁰ Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en derecho penal*, (España: Instituto editorial Reus, 1981), 32. Mas específicamente el giro de Roxin es brillante desde las estructuras lógico reales, a las estructuras normativas ontológicas. “*En cambio, no se puede saber si en el momento del hecho él mismo era capaz de imponer una decisión de voluntad que se opusiera al hecho. Pero entonces lo que realmente se está discutiendo no es la incontestable cuestión del poder del individuo para actuar de otro modo en el momento del hecho, sino que se trata de ver qué es lo que el orden jurídico exige del*

Por ello modernamente el funcionalismo propone que la culpabilidad debe fundarse, para la sistemática funcionalista, en la necesidad de imponer una pena cuando: “este siempre en situación de demostrar que es necesaria para alcanzar una soportable convivencia social”. De esta manera la pena se orientaba no a la prevención especial sino a la prevención general positiva¹⁵¹.

Es entonces que se introduce el concepto de responsabilidad para justificar la aplicación de la pena por motivos de prevención general positiva, y el concepto culpabilidad para medir la pena¹⁵², esta categoría si es capaz de dar respuesta a problemas que el modelo de culpabilidad finalista no podía resolver, como sería el caso de la incapacidad de culpabilidad de uno de los miembros de la junta de administración de la sociedad, volvería a la sociedad falta de capacidad de culpabilidad en las decisiones en las que este hubiere participado.

Por ellos es conveniente adoptar la figura de la responsabilidad en lugar de la culpabilidad para justificar la aplicación de la pena, cuando se trate de personas jurídicas, el término “responsabilidad social” es utilizado para designar la responsabilidad que permite: sencillamente, construir un juicio de reprobación sobre un acto de la persona jurídica, objeto de valoración; en este sentido debemos coincidir en que se trata de un "juicio de referencia", pero con la aclaración, tan repetida, de que la infraestructura no es el hecho psicológico sino el comportamiento institucional¹⁵³.

De manera tal que la “responsabilidad” social sea un mecanismo de control normativo social que se ejerce a través de la coacción estatal, al tiempo que resuelve conflictos producidos por la actividad de ciertas estructuras que entran en contradicción con bienes jurídicos fundamentales de la comunidad¹⁵⁴.

autor a la vista de sus condiciones y de las circunstancias externas de lo sucedido en comparación con las de otros hombres, es decir, “qué se le exige al particular para que aún se le pueda imputar su hecho”.

¹⁵¹ Wiarco, Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista, 189.

¹⁵² Roxin, *Culpabilidad y Prevención en derecho penal*, 70.

¹⁵³ Bagun, *La responsabilidad penal de la persona jurídica: ensayo de un nuevo modelo teórico*, 125.

¹⁵⁴ Vicente Ferrari, *Funciones del derecho*, (España: editorial debate, 1989), 15. En este sentido actúa como instrumento para corregir la disfuncionalidad del sistema; entiéndase bien, no para sacralizarlo o para legitimar sus poleas, sino para fortalecer los mecanismos de convivencia logrados hasta ese momento; responde, con este perfil, a la dimensión simbólica y comunicativa del derecho.

Por ello la responsabilidad de las personas jurídicas presenta dos modelos de fundamentación contrapuestos: el de responsabilidad vicarial o por transferencia del hecho de la persona física integrada en su organización (heterorresponsabilidad o por atribución) y el de autorresponsabilidad derivada de un hecho propio de la persona jurídica en el que radique su culpabilidad¹⁵⁵.

Esto es de vital importancia porque si el hecho se transfiere de la persona física a la persona jurídica, se puede utilizar el modelo finalista de culpabilidad para el sistema “vicarial”, pero si se trata de un sistema donde existe la así llamada “autorresponsabilidad de las personas jurídicas”, lo correcto sería el sistema de responsabilidad social funcionalista.

En conclusión, entre el capítulo anterior y el actual se han cimentado las bases de la **responsabilidad penal de la persona jurídica**, primero sobre la **teoría de la acción** que adaptada a una sistemática funcionalista que contraste con un principio de culpabilidad en la persona jurídica, un principio de **culpabilidad flexible** que se complementa con una finalidad de la pena orientada a la prevención general, establecida además una teoría de la pena como **prevención general positiva**.

Tenido los elementos clave de la teoría de la pena y principio de culpabilidad reformulados, se puede construir una teoría jurídica del delito, partiendo de la teoría de la acción como hilo conductor para la idea que la “**acción de las personas jurídicas**” es diametralmente diferente a la acción de las personas humanas, lo que nos lleva a una idea distinta de tipo, dado que los mismos tipos están descritos para personas naturales, deben ser reformulados y delimitados solo para personas jurídicas, en un número limitado de tipos.

Caso similar sucede con la antijuridicidad **formal que debe estar limitada** a solo ciertas causas de justificación, pues la ausencia del elemento subjetivo del injusto impide el conocimiento de la “persona jurídica” que está actuando bajo una causa de justificación, por la particularidad de los momentos en que debe manifestarse la conciencia de la antijuridicidad o juridicidad de la conducta,

Conforme a lo anterior se afecta la idea que tenemos de **culpabilidad**, debiendo reformarse la categoría de culpabilidad en el sentido que la mismas sirve únicamente

¹⁵⁵ Francisco Bonatti, *Copilance penal una teoría del delito*, (España: Lefvebe el derecho, 2018), 18.

como medida de la pena, pero cuando se trate de reprochabilidad deberá orientarse a la finalidad de la pena, como preventivo general positiva, y la necesidad de la imposición de la pena a la persona para el juicio de reproche, a esta nueva categoría se le llama **responsabilidad social**, y se explica en el capítulo posterior.

CAPÍTULO 3: FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y POLÍTICO CRIMINALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y MODELOS DE SISTEMAS.

3.1 Política criminal.

Los diferentes puntos de vista de la política criminal actual parten de una realidad delictiva casi idéntica en muchos países de Latino América, que al igual que El Salvador enfrenta un problema de lucha contra la criminalidad empresarial¹⁵⁶; este tema suele tratarse sobre todo en países industrializados, pero también en buena parte de países en vía de desarrollo, como el caso de El Salvador.

Ambos escenarios son plausibles para la delincuencia empresarial, por un lado la industrialización favorece la creación de empresas criminales que operen sirviéndose de complejos sistemas financieros de países desarrollados, pero por otra parte en países en vías de desarrollo, la ausencia de legislación y controles en el sistema financiero y en general en el sistema económico comercial, aparejado a la deficiente formación en las agencias de persecución penal vuelven terreno fértil estos países para la instalación de empresas criminales que puedan aprovechar estos vacíos y deficiencias, ya sea mediante la evasión tributaria, daños contra el medio ambiente o por el lavado dinero¹⁵⁷.

Ya desde hace tiempo conocida y creciente división del trabajo conduce, de un lado, a un debilitamiento de la responsabilidad individual y, de otro lado, a que las entidades

¹⁵⁶ Carlo Enrico Paliero, “*Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano*”, revista anuario de derecho penal, Universidad de Fribourg, N° 6, (1996), 51. En realidad, evocar, en política criminal, el proverbio *societas delinquere non potest* resulta hoy en día más surrealista que irreal.

¹⁵⁷ Grupo de Acción Financiera del Caribe, *Informe de evaluación mutua antilavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, (El Salvador: GAFIC, 2010), 141. donde muestra recomendaciones del GAFI no cumplidas, específicamente la recomendación 30 y 32, especificando “La UIF no cuenta con la cantidad de funcionarios necesarios para desarrollar adecuadamente sus labores”; “*La única sanción para personas jurídicas que incurrir en acciones delictivas es la disolución, carece de gradualidad y proporcionalidad, y no se aplica en la práctica*”.

colectivas sean consideradas, en base a diversos fundamentos, responsables “también en el orden fiscal y civil”, en lugar de las personas individuales¹⁵⁸.

Como sería el caso de ser demandadas en procesos civiles y mercantiles Art. 61 CPCYM “Tendrán capacidad procesal todas las personas jurídicas constituidas con los requisitos y condiciones legalmente establecidos para obtener personalidad jurídica”¹⁵⁹. O el caso del pago del cumplimiento de las obligaciones jurídico tributarias Art. 32 Inc. 2 Código Tributario “Las personas jurídicas actuarán por medio de quienes, de acuerdo con las disposiciones aplicables, ejerzan su representación legal”¹⁶⁰, en ambos casos la legislación reconoce la capacidad de actuar a la persona jurídica.

Esta “colectivización” de la vida económica y social sitúa al Derecho penal ante problemas novedosos. “En este sentido, la sociología criminal enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también y, sobre todo, a la agrupación misma¹⁶¹”.

Por otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos en los negocios: como los delitos contra el consumidor, -ventas ilícitas del artículo 240 Cp.- los atentados al medio ambiente, -contaminación ambiental del artículo 255 y 256 Cp.- y el crimen organizado, colocan a los sistemas y medios del derecho penal frente a una nueva frontera del derecho penal.

La política criminal esta determinada por la constitución es partir del programa penal de la constitución¹⁶² que se establece un sistema de persecución y castigo como

¹⁵⁸ Klaus Tiedemann, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, revista anuario de derecho penal, Universidad de Fribourg, N° 6, (1996), 101-102.

¹⁵⁹ Código Procesal Civil y Mercantil, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2010), art. 61.

¹⁶⁰ Código Tributario, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2000), artículo 32.

¹⁶¹ Jean Pradel, “La responsabilidad penal de la persona moral”. revista anuario de derecho penal, Universidad de Fribourg, N° 6, (1996), 88. Como es sabido existe un nivel de conciencia en los accionistas que si bien no participaron directamente en la comisión de delitos por parte de los administradores de la persona jurídica, si percibieron incrementado su patrimonio mediante las utilidades percibidas por las actividades delictivas, la imposición de una multa a la persona jurídica como forma de pena, pretende acentuar una disuasión de seguir cometiendo delitos por parte de todo el colectivo de la persona jurídica, aun cuando la administración sea procesada y condenada.

¹⁶² Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 52-2003, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013). “El Programa Penal de la Constitución, se define como un ámbito donde el legislador, en su tarea de formulación de normas penales, como el juez, en la resolución del

respuesta a la criminalidad, siguiendo la línea del capítulo anterior se retoma la explicación sobre el artículo 27 Inc. 3 Cn., el que establece la prevención especial como la finalidad de la pena en la constitución, lo que determina el programa penal dentro de las teorías relativas de la pena y es a raíz de la misma, que puede dilucidarse la orientación político criminal de la Constitución del El Salvador, orientada a reformar al delincuente, a prevenir que el delincuente cometa futuros delitos.

Retomando lo mencionado en el primer capítulo las construcciones sistemáticas desarrolladas en el Derecho Penal tradicional (ya sea la teoría del delito o la teoría del tipo) pueden resultar insuficientes para controlar nuevos problemas de criminalidad por lo que se plantea la elaboración de otras respuestas, un modelo de imputación penal que permita la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Atendido a la finalidad de la pena como prevención especial desde la constitución Una de las prerrogativas que cabrían contra la responsabilidad penal de la persona jurídica, sería que político criminal mente se argumenta que la sanción penal para la persona jurídica tampoco es garantía de una prevención eficiente. Sin embargo, parecería claro que, en los delitos como el robo o el homicidio, que son conductas producidas por la actuación de personas físicas o naturales, tampoco se garantiza la posibilidad de una total eficacia preventiva de la norma¹⁶³.

En conclusión: En el Derecho Penal Salvadoreño el principio “*Societas delinquere non potest*”¹⁶⁴ goza de indiscutible vigencia. Contra la persona jurídica todo lo más cabe proceder imponiéndole el pago de responsabilidad civil Art. 121 Cp., o administrativas Art. 142 LPA., aun cuando la exigencia político criminal de persecución penal contra la persona jurídica es innegable, La dogmática penal salvadoreña se limita, en consecuencia, a cuestionar si esta imposibilidad de hacer responder criminalmente a las personas jurídicas es producto de una incapacidad

caso en concreto, deben encontrar las directrices esenciales que han de poner freno a cualquier manifestación incontrolada en el ejercicio del ius puniendi”.

¹⁶³ José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones, (España: Tirant Lo Blanch, 2008), 31.

¹⁶⁴ Tribunal de Sentencia, sentencia definitiva, referencia: 74-2014, (EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014). Cámara de la Segunda Sección de Occidente, sentencia definitiva, ref: INC-PN-120-13, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013). En los dos precedentes anteriores se recosa la aplicabilidad de este principio en la legislación salvadoreña, y por su parte existen otros precedentes judiciales que niegan la aplicabilidad de este apotegma que consideran ya superado, como: Cámara Segunda De Lo Penal De La Primera Sección Del Centro, sentencia definitiva, ref: 208-2017, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

general para actuar de modo relevante en el Derecho Penal, de una incapacidad para actuar de modo culpable, de una incapacidad de pena o, sencillamente, de una incapacidad procesal.

Pero esta incapacidad en la legislación esta a punto de cambiar si se aprueba el anteproyecto de ley denominado “Ley Sobre Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Por La Comisión De Delitos”, que actualmente se encuentra en discusión en la Asamblea Legislativa¹⁶⁵.

3.2. Irresponsabilidad organizada.

3.2.1 La sociedad del riesgo como fundamento sociológico para una teoría de la irresponsabilidad organizada.

En los planteamientos sociológicos de las sociedades del riesgo realizados desde el siglo pasado se recoge una premisa interesante sobre la pérdida de la causalidad de los fenómenos sociales, y de cómo las formas de organización social se tornan cada vez más complejas y los riesgos provocadas por las mismas se distribuyen en las estructura cada ves de manera más amplia, donde el concepto de responsabilidad se diluye y distribuye dentro de todos los miembros de manera tal que nadie puede ser responsable pues cada conducta considera individualmente es inocente¹⁶⁶, aunque en conjunto resultare en un riesgo social desaprobado o en un daño jurídicamente relevante, se continuara abordando esta base sociológica empezando por la idea de la sociedades del riesgo.

¹⁶⁵“*Secretaría de Participación presenta anteproyecto de ley de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas*”, Transparencia Activa, 7 de diciembre de 2018. <https://www.transparenciaactiva.gob.sv/secretaria-de-participacion-presenta-anteproyecto-de-ley-de-responsabilidad-penal-para-las-personas-juridicas>.

¹⁶⁶ Gunter Jackobs, *Dogmática de Derecho penal y configuración normativa de la sociedad*, (España: Civitas, 2004), 36. Jackobs considera que existen conductas que aisladamente no representan ningún peligro, pero que colectivamente cometidas pueden considerarse un riesgo no asumible por los individuos, el da el ejemplo de manejar a exceso de velocidad, si un individuo lo hace el riesgo es incrementado, y puede o no ocasionar un daño, pero si todos los sujetos que se conducen manejen a excesiva velocidad las probabilidades de daño se disparan, de esto se trata la distribución de riesgos entre los individuos, pero claro estos individuos no pertenecen a una organización jurídica específica como sería una sociedad mercantil.

La sociedad del riesgo es consecuencia de la modernidad, hace tres siglos un barco que naufragaba, o una guerra que se peleaba afectaba, solo a los partícipes, en la actualidad un buque que se encalle, o una guerra que utilice armas de destrucción generan un riesgo de recesión económica o de destrucción del medio ambiente y de la humanidad misma¹⁶⁷, este riesgo se reparte entre todos los miembros de la sociedad presente y futura, ello precisamente, el reparto del riesgo y la conciencia del riesgo es lo que caracteriza a la sociedad moderna que se nutre de formas de organización social y tecnológica compleja para crear y controlar los riesgos, a esta etapa social se le denomina sociedad del riesgo¹⁶⁸.

En otras palabras: *“a la división del trabajo muy diferenciada le corresponde una complicidad general, y a ésta una irresponsabilidad general. Cada cual es causa y efecto y por tanto no es causa. Las causas se diluyen en una mutabilidad general de actores y condiciones, reacciones y contrarreacciones. Esto procura a la idea de sistema evidencia social y popularidad¹⁶⁹”*. Esto deja claro de manera ejemplar dónde reside el significado biográfico de la idea de sistema: se puede hacer algo y seguir haciéndolo sin tener que responsabilizarse personalmente de ello, se actúa, por decirlo así, en la ausencia de uno mismo. Se actúa físicamente sin actuar moral y políticamente, el otro generalizado (el sistema) actúa en uno y a través de uno: ésta es la moral civilizatoria de los esclavos, en la que social y personalmente se actúa como si uno se encontrara bajo un destino natural, bajo la “ley de gravedad” del sistema. De este modo se busca un culpable a la vista del inminente desastre global.

Es posible que cuando ascienda la marea del peligro “nos reunamos todos juntos en el mismo barco”, por expresarlo con una bonita metáfora. Pero, como siempre ocurre, también habrá capitanes, pasajeros, pilotos, maquinistas y ahogados. Dicho en otras palabras, siempre habrá países, sectores, empresas y comunidades que se

¹⁶⁷ Carlos Torralba, "La amenaza nuclear de Kim Jong-un toma cuerpo", El País, 3 de diciembre 2017, https://elpais.com/internacional/2017/12/02/actualidad/1512236948_987704.html. Claro ejemplos de esto es una guerra nuclear, que pondría en riesgo no solo a los combatientes en el conflicto, sino que compromete la seguridad del mundo entero.

¹⁶⁸ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, (Barcelona: Paidós, 1998), 50. “oleadas de racionalización tecnológica y cambios en el trabajo y la organización social, pero además de eso incluye mucho más: el cambio en las características sociales y las vidas corrientes, cambios en el estilo de vida y las formas de amar, cambio en las estructuras de poder e influencia, en las formas de represión y participación política, en las percepciones de la realidad y en las pautas de conocimiento. En la comprensión de la modernidad por las ciencias sociales, el arado, la locomotora a vapor y el microchip son indicadores observables de un proceso mucho más profundo, que abarca y reforma toda la estructura social”.

¹⁶⁹ Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, 39.

beneficien de esta situación de riesgo y otros, o que recientan el riesgo del daño de manera más aguda, habrá otras que además se sentirán amenazados no sólo en su integridad física, sino también en su existencia económica.

Si, por ejemplo, el Mar del Norte acaba por morir o por ser considerado como un “peligro para la salud” desde el punto de vista social -en este caso tampoco habría demasiadas diferencias en las repercusiones económicas- entonces morirá no sólo el Mar del Norte, con toda la vida que alberga y que posibilita, sino que también se extinguirán las actividades económicas en todos los lugares, sectores, costas y países que dependen directa o indirectamente de la explotación comercial del Mar del Norte¹⁷⁰. Cuando estamos a punto de comenzar un futuro cuyas cumbres se divisan ya desde aquí, la civilización industrial empieza a transformarse en una especie de “contienda nacional” en el seno de esta sociedad mundial del riesgo. Nos hallamos en una coyuntura en la que los desastres naturales se juntan con desastres comerciales.

3.2.2 La irresponsabilidad organizada como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La irresponsabilidad organizada como claro síntoma de la presente crisis socioeconómica, y que consiste en la expansión de formas de organización social cuyo objetivo es evitar que se encuentren responsables individuales por lo que en ellas sucede.

Esto se sustenta sobre los discursos de responsabilidad, con la que se trata de demostrar cómo el individualismo ilustrado tenía ya en sí mismo el germen de lo que se ha consolidado como el estructuralismo, filosófico¹⁷¹, sociológico, e incluso

¹⁷⁰ Fernando Robles Salgado, "La modernidad irresponsable: la comunicación de la irresponsabilidad organizada en sociedad de riesgo", Revista Madrid, No 13, departamento de antropología de la Universidad de Chile, (2005), 4.

¹⁷¹ Michelle Foucault, *el poder, una bestia magnífica, sobre el poder la prisión y la vida* (editores siglo XXI, España, 2012), 120

jurídico¹⁷², la renuncia a la responsabilidad personal y la ocultación en el anonimato¹⁷³.

Un ejemplo podría ser, el lanzamiento al mercado de productos – pueden ser sillas o mascarillas- que dichos productos rayen al borde del estándar todavía permitido a la larga son únicamente comercializables como productos de bajo precio y productos con deficiencias de seguridad desaparecerían también a la larga del mercado, aunque no existiese responsabilidad por el producto. *“Pero si el hecho de extremar los límites existentes, cuando no transgredirlos, no perjudica a larga vista al adquirente potencial, porque los perjuicios precisamente recaen -real o supuestamente- sobre la generalidad o sobre cualesquiera otras personas distintas al adquirente, el mercado remunera ofertas a precio especialmente bajo y, por ello, existe en tales casos una incitación permanente a aprovechar la frontera de lo permitido y a arriesgar transgresiones que se puedan solapar”*¹⁷⁴.

La racionalidad presente es uno de los mayores medios de control en la actualidad, la racionalización de los fenómenos sociales, la capacidad de someter cualquier idea o acción a un procedimiento racional, es lo que vuelve posible la previsibilidad del riesgo, la previsibilidad del riesgo obliga a evitarlo, y es lo que caracteriza a la sociedad del riesgo.

La capacidad del individuo racional de controlarlo todo, de agotar la imprevisibilidad de los procesos que le rodean, tiene como contrapartida el deber de hacerse cargo de sus consecuencias, de hacerse responsable y de ser eventualmente culpable de la infracción. El primitivismo ofrecía vías de escape por tener una visión centrífuga de la responsabilidad: los sucesos, buenos o malos, en la edad media podían atribuirse al diablo, a los dioses, a las brujas, a los animales o a los espíritus, la Ilustración radical, en cambio, convirtió la responsabilidad en un fenómeno centrípeto, al colocar

¹⁷² Rodolfo Luis Vigo, *visión crítica de la filosofía del derecho*, (Argentina, Rubinazal, 1983), 89. “las estructuras de las facultades de conocer. El conocimiento tiene dos fuentes: una a priori que nuestra facultad de conocer de sí misma aporta, y otra a posteriori, que suministran los sentidos. El caos de sensaciones es sometido a ordenación por las formas a priori de la sensibilidad (espacio y tiempo), surgiendo así el fenómeno.”

¹⁷³ Gunther Teubner, “El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho” *Doxa*, nº 25, (2002), 523.

¹⁷⁴ Jackobs, *Dogmática de Derecho penal y configuración normativa de la sociedad*, 38.

en el centro a una razón aislada a la que se presuponía una capacidad híper-extensa de control de los acontecimientos¹⁷⁵.

Hay dos formas de ver la responsabilidad ante el riesgo, la responsabilidad como una tensión entre quienes, optando por una visión individualista, cargaron todo el peso sobre las espaldas de un sujeto desarticulado la estructura, dichos sujetos son quienes quienes pueden tener o no una visión completa de las consecuencias de sus acciones y bien puede ser su acción mínima en relación con las acciones del resto de la estructura, y por otra parte, quienes partiendo de una absolutización del sistema, proponen un modelo en el que el individuo es un mero transmisor de funciones sociales, y la responsabilidad pertenece a la estructura obviando la culpabilidad individual de cada miembro y situando sencillamente la responsabilidad de toda la estructura organizativa – llámese empresa, llámese ente autónomo o persona jurídica-.

La moderna criminalidad, en la actualidad, se ha revestido de formas muy complejas de actuación, sobre todo porque se produce en contextos organizados entendiendo por tales tanto los ámbitos que están teñidos *ad integrum* de ilicitud, como pueden ser las organizaciones terroristas, las organizaciones de criminalidad organizada y otras organizaciones criminales, como aquellos otros ámbitos que son adecuados socialmente en la vida económica y financiera, como sociedades mercantiles, asociaciones o cualquier otra manifestación que pudieran revestir las personas jurídicas, y que actúan en el tráfico económico lícito, pero que en un momento determinado y puntual o reiteradamente pueden cometer conductas delictivas, en las que nadie sería responsable como en la célebre obra del castillo anónimo¹⁷⁶.

Evidentemente, el problema es que estos supuestos constituyen fenómenos de difícil aprehensión para las figuras tradicionales de autoría y participación sobre la base de la intervención de unos pocos sujetos que eran los que realizaban o ejecutaban directamente al menos algunos de los actos de la conducta típica. En la moderna criminalidad estos pocos sujetos se van a convertir en muchos sujetos que configuran

¹⁷⁵ Charles Taylor, *Fuentes del yo: La construcción de la identidad moderna*, (España: editorial Paidós, 2006), 243.

¹⁷⁶ Fran Kafka, *El Castillo*, (España: editorial debolsillo, 2012), 120. En la obra del castillo, se narra la historia de un país dominado en el anonimato, el señor del castillo siempre está presente en la mente de los personajes, pero nunca aparece en la obra, de manera tal que todo lo que se haga se hace en nombre este y del castillo, que no es algo concreto el castillo es una totalidad, y en su totalidad nadie es responsable por que todos actúan en nombre de un señor del castillo que no se muestra jamás.

una irresponsabilidad organizada en la que ninguno de ellos será consciente de su responsabilidad y de que su acto contribuye directamente o indirectamente a la producción de un resultado típico¹⁷⁷.

3.3. Adopción de programas de prevención como causal de atenuante o excluyente de responsabilidad penal.

Se debe tener claro detalles sobre los conceptos utilizados para disminuir o incrementar el docimetría de poder punitivo que se usa sobre un sujeto, llámesele pena o sanción administrativa, y las circunstancias propias del sujeto que pueden excluirle de la responsabilidad penal.

Una concepción básica del derecho penal, peor que en vista que las atenuantes y agravantes o las excluyentes de responsabilidad fueron pensadas originalmente para personas físicas, debe iniciarse abordando estas desde la teoría general del derecho penal y posteriormente abordar el tema de los programas de prevención.

3.3.1 los programas de prevención

El compliance penal será el conjunto normativo que le señale a la corporación obligaciones internas, con el objetivo de evitar sanciones de distinta naturaleza, las medidas o directrices pueden ser algunas preventivas y otras reactivas, mientras esté desarrollando su actividad¹⁷⁸.

La corporación jurídica no sólo tiene que perseguir sus objetivos societarios (en el caso de las empresas: obtener beneficios económicos, en el de asociaciones y fundaciones: cumplir su fin social), sino que lo debe hacer respetando unos estándares, unos mínimos éticos, que, cada vez, se van ampliando más. La sociedad

¹⁷⁷ Elena Núñez Castaño, "La responsabilidad penal de la empresa," *Revista de estudios de la justicia*, No 10 (2008), 157.

¹⁷⁸ Angela Matallin Evangelio, *Compliance y Prevención de Delitos de Corrupción*, (España: Tirant Lo Blanch, 2018), 29

no acepta que valga hacer negocios o cumplir fines particulares a cualquier precio, o al menos, al precio de transgredir la ley¹⁷⁹.

En la jurisprudencia española se definen como: “conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa, y en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados”¹⁸⁰.

El artículo 4 del proyecto de la Ley Sobre Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Por La Comisión De Delitos, especifica el siguiente concepto de: “Programa de prevención y gestión de riesgos penales: es el conjunto de elementos y etapas que ordenadamente relacionadas entre sí, permiten a las personas jurídicas gestionar los riesgos penales asociados a las actividades delictivas. Comprende las políticas, procesos y procedimientos para lograr los objetivos de prevención. Los objetivos en materia de cumplimiento relacionados con los asuntos penales se relacionan con la tolerancia cero a los riesgos penales, desarrollando, para ello, actividades tendentes a su prevención, detección y gestión tempranas. Los elementos del sistema de gestión incluyen la estructura de la persona jurídica, los roles y las responsabilidades, la planificación, la operación.”¹⁸¹

Debe analizarse a detalle los conceptos utilizados por las normas dado que la palabra “gestionar” es una conjugación del verbo “gestión”, significa Manejar o conducir una situación problemática también se describe como Acción y efecto de administrar¹⁸², lo que se gestiona es el “riesgo” mas no se anula o desaparece, pues el riesgo, es

¹⁷⁹ Beatriz Saura Alberdi, Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas, (España: Tirant lo Blanch, 2021), 223. En consecuencia las sociedades mercantiles, además del cumplimiento de sus fines societarios propios, al actuar en la Sociedad y poder incidir en ella, deben cumplir, en el ámbito penal, unos estándares legales que alcancen, si no a prevenir, al menos a eludir incurrir, mientras despliegan su actividad, en la comisión de determinados delitos, pues instaurada en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pueden responder por ellos con sanciones de obvia naturaleza penal.

¹⁸⁰ Tribunal Supremo Español, Sentencia definitiva, referencia: 316/2018, (España: Poder Judicial, 2018).

¹⁸¹ Ley Sobre Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Por La Comisión De Delitos, Portal de Transparencia de la Presidencia del ejecutivo, consultado el: 8 de febrero de 2021. <https://www.transparencia.gob.es/instituciones/capres/documents/269511/download#:~:text=La%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas%20comprende%20los%20hechos,Responsabilidad%20sucesiva.>

¹⁸² Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, 23° edición (España: Espasa, 2014), 61.

constante, y no desaparece solo puede gestionarse o administrarse, pero existe riesgo constante y es ahí donde se relaciona con el tema de la sociedad del riesgo y su distribución entre todos los miembros de la sociedad, y también se relaciona con las teorías imputan responsabilidad por la superación del margen de riesgo permitido, donde la persona jurídica es la encargada de mantenerse dentro de ese margen de riesgo permitido, gestionado o administrando planes de acción sobre el riesgo constante.

El proyecto de ley antes referido parece decantarse por la teoría funcionalista del delito, por que admite la posibilidad de imputar responsabilidad por superación del margen de riesgo permitido, y sobre todo porque a nivel doctrinario solo la acción funcionalista ha podido embonar con las acciones realizadas por personas jurídicas, por lo que el hecho de que el proyecto de ley contenga en su descripción bases de funcionalismo ayuda a comprender el tema objeto a estudio, dicha responsabilidad penal se basa en lo que denomina la inobservancia del debido control en su organización¹⁸³, de donde podemos advertir que uno de los elementos para poder establecer la responsabilidad penal de las personas incorpóreas es una especie de inobservancia en el control de la empresa, siendo en sí un defecto de organización que lograr imputación penal¹⁸⁴.

El texto penal, para referirse al este elemento, utiliza una nomenclatura no coincidente con las más habituales, que los identifica como programas de prevención de delitos, *compliance program penal*, programas de autorregulación corporativa, *compliance guides* o *corporate defense*, entre otros¹⁸⁵. Sin embargo, más allá de la elección de un término u otro que lo identifique, en definitiva, es una cuestión menor, lo que si resulta más relevante es que el disposiciones admiten que los manuales de prevención y gestión de riesgos penales deben diferenciarse de los programas de prevención del delito de lavado de dinero, cuyas disposiciones llevan un tiempo de regir en las distintas instituciones que operan en el sistema financiero que bien

¹⁸³ Nicolás Rodríguez García, *Corrupción: Compliance, Represión y Recuperación de Activos*, (España: Tirant lo Blanch, 2020), 60. Quienes hablan de un delito corporativo basado en un sistema de autorresponsabilidad, quieren descubrir ahí el engarce con el principio de culpabilidad. La culpabilidad de la persona jurídica consistiría en el defecto intrínseco de organización, generador de un campo abonado para que germinen conductas delictivas. O, desde otra óptica, la falta de cultura de cumplimiento que impregna el entramado social.

¹⁸⁴ Luis David Coaña Be, *Compliance*, (España: Tirant lo Blanch, 2019), 94.

¹⁸⁵ Juan Luis Gómez Colomer, *Tratado Sobre Compliance Penal* (España: Tirant lo Blanch, 2019), 185.

podieron tomarse como base para la redacción del referido proyecto o a los como lo serian:

1. Los artículos 5 lit a y 21 Lit C. de Normas técnicas para la gestión de los riesgos de lavado de dinero y de activos, y de financiamiento al terrorismo. Donde establece la obligación de los organismos de dirección sociales de desarrollar dichos manuales de prevención y de verificar que cierta categoría de clientes cuente con su propio manual de cumplimiento antes contratar.
2. El artículo 29 numeral 1 del Instructivo de la Unidad De Investigación Financiera Para La Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo. Donde proporciona una serie de requisitos que debe contener todo manual y política de prevención de lavado de dinero.
3. Artículo 4 literal B de Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, que contempla el desarrollo de los manuales de prevención, bajo la supervisión de organismos fiscalizadores de sus actuaciones, es decir no simplemente bajo aprobación de una entidad privada.

Mas relevante que armonizar estas disposiciones, seria, en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno de esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, corporate defense, plan de prevención del delito o como quiera llamársele¹⁸⁶, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere que han estado obligadas a actuar las disposiciones contenidas en las leyes creadas para prevenir el lavado de dinero,

¹⁸⁶ Manuel Gómez Tomillo, Compliance Penal y Política Legislativa, (España: Tirant lo Blanchm 2016), 18. El problema viene dado por actuaciones no de de los subordinados o mandos medios, sino por que podía surgir era el del tratamiento de los casos en los que la actuación, u omisión, no fuese debida al personal subordinado de la empresa, esto es, el déficit no fuese imputable a estos últimos, sino a los representantes legales, administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica.

pues estos vacíos y errores no deben repetirse en la creación de disposiciones que regulen manuales de prevención de riesgos penales.

La relevancia de la implementación de un programa de prevención y gestión de riesgos penales, no se limita ya sólo a prevenir y a evitar la condena penal de la empresa, sino que alcanza otros efectos relevantes, dentro de los cuales destacamos lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, capacidad para contratar:

“Podrán contratar con las instituciones...las personas jurídicas legalmente constituidas...siempre que no se encuentren incapacitadas por alguna de las situaciones siguientes: a) Haber sido condenado con anterioridad mediante sentencia firme, por delitos contra la Hacienda Pública, la corrupción, el cohecho activo, el tráfico de influencias y los contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; mientras no hayan sido habilitados en sus derechos por la comisión de esos delitos”¹⁸⁷.

En conclusión, dejar al libre arbitrio de la persona jurídica la composición de sus propios programas de prevención y gestión de riesgos hace correr el riesgo de proliferación de manuales estéticos sin verdadera eficacia, pero una implementación rígida de una descripción tan prolija de los requisitos que han de cumplir las personas jurídicas en orden a quedar exentas de responsabilidad por ciertos delitos, aspira sin duda al loable objetivo de lograr un elevado grado de seguridad jurídica en la aplicación de la norma.

Pese a ello, la comisión de la asamblea legislativa encargada de evaluar el proyecto de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, deberá considerar necesario subrayar que tal grado de detalle no parece propio de una norma del rango Penal. Por una parte, no hay que excluir que una regulación tan pormenorizada y casuística ponga pronto de relieve defectos u omisiones que habrían eventualmente de solventarse con una nueva reforma a la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹⁸⁷ Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2000), artículo 25 literal a. inmediatamente el referido artículo se pronuncia sobre la contratación en contradicción a este artículo *“Los contratos celebrados en contravención a lo dispuesto en este artículo producen nulidad. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y penal en que se incurra.”*

Por otra parte, es evidente que este tipo de previsiones tienen, en último término, una naturaleza estrictamente mercantil, y que su aplicación a los distintos tipos de personas jurídicas requerirá una compleja labor hermenéutica por parte del juez penal¹⁸⁸. Corresponderá a éste, por ejemplo, determinar cuál es el “órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control” a efectos de lo dispuesto en el nuevo artículo 8 literal b) del proyecto de ley sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos, o si el “programa de prevención y gestión de riesgos penales” de una determinada entidad es o no “adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos o para reducir significativamente el riesgo de su comisión”.

3.3.2 Adopción de programas de prevención como circunstancias atenuantes

Etimológicamente, circunstancia proviene de las palabras latinas: estar alrededor, estar en torno, orígenes ambos que en cualquier caso vienen a tener el mismo significado¹⁸⁹.

El sistema de circunstancias agravantes y atenuantes genéricas se plasma comúnmente en la parte general de los códigos, así el Código Penal de El Salvador lo regula en su libro primero: parte general, título II, capítulo III: Circunstancias que modifican la responsabilidad penal, disponen una serie de enunciados, conforme con los cuales los hechos definidos en la parte especial se estimarán más o menos graves¹⁹⁰. De esta suerte procedía, por ejemplo, el Cp. en sus artículos 29 y 30, que

¹⁸⁸ Colomer, *Tratado Sobre Compliance Penal*, 188.

¹⁸⁹ Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición (España: Espasa, 2014), 126. La voz de circunstancia "como accidente de tiempo, modo, lugar, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho". Igualmente se refiere a su forma legal "como agravantes o atenuantes". Por último, indica "que se aplica a lo que de algún modo está sujeto a una situación ocasional.

¹⁹⁰ Sebastian Soler, *Derecho Penal Argentino*, (Argentina: Editorial Tea, 1992), 495. Sobre la tarea de medir la atenuante dice Soler Sebastián: “Esta es una tarea delicada, para la cual el juez, además de la competencia jurídica teórica, debe poseer conocimientos psicológicos, antropológicos y sociales, junto con una fina intuición de la realidad histórica y una sensibilidad aguzada. No se trata de llegar a una proporción entre delito y pena, como algunas veces se ha dicho, haciendo hincapié en este argumento para desacreditar a la justicia penal”.

en su relación con el artículo 64 dispone que el juez, en su cálculo penal debía valorar estas circunstancias debía considerar “su número, su intensidad y su importancia”.

En si las agravantes y atenuantes, la clasificación secundaria de los tipos penales en (a) básicos (b) calificados o agravados y (c) privilegiados o atenuados significa que hay tipos objetivos que, por alguna característica particular de uno o más de sus elementos, denotan un contenido de injusto mayor o menor, traducido en una pena o escala penal agravada o atenuada. “*Se trata de alteraciones de las escalas penales provenientes de mayores o menores contenidos de injusto del hecho, especialmente considerados por la ley*”¹⁹¹.

Existen atenuantes genéricas como las mencionadas en los artículos 29 los estados pasionales, la inferioridad psíquica por intoxicación entre otras, son atenuantes especiales las que están incorporadas expresamente para un tipo en específico.

Existe por su parte el exceso en las causas de justificación o las eximentes incompletas que son tratadas por el legislador como atenuantes que se presentan cuando no se cumplen todos los requisitos para la eximente de responsabilidad¹⁹², teniendo el efecto de atenuar la pena, según el artículo 29 num. 2 Cp.: “El exceso de los límites establecidos para las causas de exclusión de la responsabilidad penal comprendidos en los números 1, 2 y 3 del artículo 27 de este Código, cuando no lo ocasionare una excitación o perturbación que lo hicieren excusable”¹⁹³.

Habiendo explicado el concepto de atenuante, resta agregar que el proyecto de ley para la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos, que actualmente se encuentra en discusión en la Asamblea Legislativa, si contempla la implementación de programas de prevención como un circunstancia atenuante pero le da el trato de las eximentes incompletas es decir está configurado como una

¹⁹¹ Zaffaroni, *Derecho penal parte general*, 541. Las atenuantes de la responsabilidad penal, son parte de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, éstas, consisten en “aquellos estados personales o situaciones objetivas que concurren en el cometimiento del delito, que aun cuando por su carácter circunstancial no constituyen la esencia misma del hecho, determina su agravación o atenuación y por ende la mayor o menor responsabilidad del delincuente”; para poder acondicionar tal concepto a las atenuantes, basta quitar las expresiones “su agravación” y “mayor o” para quedar con el concepto que se refiere a la disminución de la pena, por ello se ha dicho, que la circunstancia es todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia, pues modifica la responsabilidad, sin suprimirla.

¹⁹² Alonso Alamo. Mercedes, *El Sistema de las circunstancias del delito. Estudio General*, (España: Valladolid, 1981), 193.

¹⁹³ Código Penal, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998), artículo 29.

eximente, pero su implementación al momento de cometer el delito se da incumpliendo de las condiciones exigidas por el artículo 8 de la Ley Sobre Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Por La Comisión De Delitos, teniendo como efecto de atenuar la pena, pero no de excluir la culpabilidad, según el artículo 9 Lit. b:

“Art 9.- Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes: b) Adoptar e implementar de manera parcial por parte de la persona jurídica, antes de la comisión del delito, un programa de prevención y gestión de riesgos penales”¹⁹⁴.

3.3.1 La adopción de programas de prevención como Excluyente de responsabilidad.

Debe dejarse claro una excluyente o eximente de responsabilidad no es lo mismo que una atenuante, a pesar del tratamiento cercano que tiene el trato de las eximentes incompletas, pues las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal se diferencian de los elementos constitutivos de delito y de las excepciones de la imputabilidad punible, dado que las primeras le dan la nota de accidentalidad como rasgo esencial de las mismas, destacándose su naturaleza accesoria respecto a la infracción, y por tanto, su incapacidad para afectar a la existencia del delito¹⁹⁵, como si sucede con las eximentes de responsabilidad que afectan la culpabilidad.

Aclarado ello debe especificarse la función que se utiliza el termino eximente y excluyente como sinónimo¹⁹⁶ para referir: *“las causas de inculpabilidad en el sistema*

¹⁹⁴ Ley Sobre Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Por La Comisión De Delitos, Portal de Transparencia de la Presidencia del ejecutivo, consultado el: 8 de febrero de 2021. <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/capres/documents/269511/download#:~:text=La%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas%20comprende%20los%20hechos,Responsabilidad%20sucesiva>.

¹⁹⁵ Mejías Rodríguez, Carlos Alberto, *“Circunstancias Atenuantes y Agravantes en la Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal”*. (Tesis Doctoral, Universidad de la Habana, 2003) 21.

¹⁹⁶ Aunque por motivos de lingüística algunos autores revisten diferencias entre las causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación. Roxin, *Derecho penal parte general*, 814. *“las causas de exclusión de la culpabilidad, entre las que se cuentan la falta de imputabilidad y el error de prohibición invencible, faltaría desde un principio toda culpabilidad, porque el sujeto no podía actuar de otro modo.*

finalista serán aquellas que anule cualquiera de los elementos de la culpabilidad, es decir, que impidan que se presente la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) o la comprensión de lo injusto, o la exigibilidad de la conducta ajustada a derecho”¹⁹⁷.

En Perú la implementación de programas de prevención es una causa atenuante de responsabilidad penal de las personas jurídicas la cual está en vigencia desde el 1 de enero de 2018 donde se regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en Perú, cuya morfología jurídica clasifica las leyes por número y no por nombre como sucede en EL Salvador, siendo la Ley N° 30424 de Perú, donde se ha seguido el criterio establecido en Italia respecto a calificar la responsabilidad como administrativa y no penal, como lo es en el caso español, y como bien señala Gimeno Beviá que el modelo italiano de responsabilidad administrativa por ilícito penal para muchos juristas es solamente un fraude de etiquetas, pues a pesar de recaer sobre las personas jurídicas solo una responsabilidad denominada administrativa, ésta se determina en un proceso penal a cargo de un juez penal¹⁹⁸.

Donde se regula entre sus atenuantes, del artículo 12 Lit. d) *“la adopción e implementación de parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención”¹⁹⁹.*

Curiosamente también regula la implementación de un modelo de prevención como una forma eximente de responsabilidad penal, *“La persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión”²⁰⁰.*

Pero claro la mera exigencia de programas de prevención de manera llana y sin ningún requisito, genera ciertos problemas, como se ha demostrado en la legislación

Por el contrario, en las causas de exculpación, entre las que se incluyen sobre todo el exceso en la legítima defensa y el estado de necesidad disculpante, quedaría una culpabilidad disminuida”.

¹⁹⁷ Wiarco, *Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista*, 126.

¹⁹⁸ Gimeno Beviá, *Compliance y Proceso Penal: El Proceso Penal de las Personas Jurídicas. Adaptada a las Reformas del CP y LECRIM, Circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*, (Pamplona: editorial Civitas, 2016), 36.

¹⁹⁹ Ley N° 30424, (Perú: Congreso de la Republica, 2018), artículo 12.

²⁰⁰ Ley N° 30424, (Perú: Congreso de la Republica, 2018), artículo 17.

de países como España donde en un inicio se regulaba en su artículo 31 bis del Código Penal la exclusión de responsabilidad por la implementación de programas de prevención, lo que trajo serias consecuencias, pues la Fiscalía General del Estado español giro una Circular sobre la interpretación del artículo en referencia negándole valor alguno a dicha eximente, esta postura pudo tener soporte en el temor a una proliferación de programas de cumplimiento en el mercado, estereotipados, de maquillaje, que poco aportarían a una futura prevención de un hecho delictivo en el tejido empresarial²⁰¹.

Llama la atención el tratamiento que el proyecto de ley para la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos, que actualmente se encuentra en discusión en la Asamblea Legislativa, contempla la implementación de manuales de prevención como una causa eximente de responsabilidad penal:

“La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de delito, si realizó todo lo que estaba a su alcance para evitar la realización de hechos punibles, adoptando e implementando en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un programa de prevención y gestión de riesgos penales adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos o para reducir significativamente el riesgo de su comisión...”²⁰².

Entre los requisitos que señala la doctrina para considerar que un programa de prevención de riesgos penales es efectivo se señala: (i) que se aplique a los delitos previstos²⁰³; (ii) cometido por un directivo o un empleado de una persona jurídica en el desempeño de sus funciones²⁰⁴; (iii) e idóneo por sí para producir algún tipo de

²⁰¹ Nieto Martín, *El derecho penal económico en la era compliance*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 17. *“podría ser válida si el legislador hubiera decidido disparar, como lo ha hecho hasta ahora, a las personas jurídicas con las «balas» del derecho sancionador administrativo o contravencional, pero no cuando ha decidido utilizar los «cañones» del derecho penal”.*

²⁰² Ley Sobre Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Por La Comisión De Delitos, Portal de Transparencia de la Presidencia del ejecutivo, consultado el: 8 de febrero de 2021. <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/capres/documents/269511/download#:~:text=La%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas%20comprende%20los%20hechos,Responsabilidad%20sucesiva>.

²⁰³ En el caso del proyecto de Ley que se discute en El Salvador no procede este requisito puesto que no se da para un catálogo específico de delitos, sino que erradamente dice en su artículo 3, que procede la aplicación de la presente ley por todos los delitos, contenidos en el código penal y en las leyes especiales.

²⁰⁴ Cuando el delito es cometido por un representante legal o directivo con capacidad de tomar decisiones o facultades de organización y control, la persona jurídica no será condenada por quedar

beneficio a la empresa o persona jurídica; y (iv) que el programa de cumplimiento sea el adecuado²⁰⁵.

3.4 Vías de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Doctrinariamente se manejan dos vías de imputación de la responsabilidad: i) que la conducta haya sido realizada en su nombre o por cuenta de las mismas y, ii) que tal conducta le haya proporcionado un provecho. En cuanto al provecho, se debe discernir si éste debe ser el directamente pretendido por la conducta delictiva o, en general, valdría cualquier provecho obtenido por la persona jurídica, con independencia de que este fuera directo o indirecto, buscado o no por el delito cometido²⁰⁶.

Este último extremo, como luego se verá, aporta aún más inseguridad jurídica a la hermenéutica de este nuevo sujeto penal, si se toma en cuenta el amplio espectro que se produce en la interpretación judicial frente a la posible multiplicidad de provechos (incluyendo los inconscientes o indirectos) que se pueden atribuir a una conducta criminal. Esta ambigüedad constituye una clara conculcación del principio de legalidad, y sobre todo de la exigencia de taxatividad²⁰⁷, el proyecto discutido en El Salvador sobre la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos, no se encuentra exento de este error, dado que en su artículo 5 bajo el acápite “atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas” exige que el delito haya sido cometido en beneficio directo, indirecto o de un tercero.

exenta de responsabilidad penal si se cumplen todas las exigencias marcadas por la ley respectiva en cuanto a las características de que ha de estar dotado un plan de cumplimiento.

²⁰⁵ Nicolás Rodríguez García, *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, (España: Tirant lo Blanch, 2021), 58.

²⁰⁶ Jacinto Pérez Arias, *Tres sistemas de atribución de Responsabilidad Penal a las personas jurídicas*, (España: Dykinson, 2014), 73-74.

²⁰⁷ *Ibidem*.

3.4.1 Cuando la conducta realizada sea en nombre o por cuenta de la persona jurídica

Este requisito se asemeja a la fórmula usada para atribuir autoría penal que el artículo 38 del Cp denomina “el actuar por otro” que se asemeja a lo dicho en el artículo 5 donde se exige que la conducta este precedida de una relación de representación, con la salvedad de que en el “actuar por otro” la responsabilidad está definida para ser imputada a una persona física cuando actúe en nombre de otra, bien sea una sociedad mercantil bien sea otra persona física²⁰⁸.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una fórmula que actuaría a la inversa que el artículo 38 Cp., en el sentido de que en aquel precepto, aun siendo coincidente en imputar responsabilidad penal por hecho de otro, se legitima la atribución a la persona jurídica por el hecho cometido por la persona física, mientras que en este se legitimaba la atribución a la persona física por el hecho cometido por otra persona física o por una persona jurídica. En el “actuar por otro” se pretende buscar al autor real del delito y en el artículo 5 del proyecto de ley en referencia no.

3.4.2 Cuando la conducta realizada sea en provecho de la persona jurídica o de un tercero

No es suficiente con que la conducta se haya llevado a cabo en nombre o por cuenta de la persona jurídica, es absolutamente necesario a la vez que tal conducta se haya realizado en su provecho, circunstancia de mayor complejidad en orden a su concreción y que, debido a su falta de delimitación, se erige, a nuestro juicio, en el más peligroso de los elementos delimitadores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁰⁹.

El problema se centra, básicamente, en distinguir aquellas conductas penales que se realizan directamente para producir un provecho a la persona jurídica, de aquellas

²⁰⁸ Juan Antonio Toro Peña, La persona jurídica en el proceso penal: Aspectos civiles, europeos, penales y procesales, (España: Dykinson, 2013), 77.

²⁰⁹ Susana Escobar Vélez, La responsabilidad penal por productos defectuosos, (España: Triant lo Blanch, 2012), 104.

otras cuya simple realización, aun cuando no se pretenda, facilita inevitablemente este provecho²¹⁰. Ejemplo:

Imagínese una sociedad mercantil por cuya cuenta se realiza un negocio de venta de vehículos usados cuya documentación ha sido falsificada al encontrarse todos ellos de baja administrativa. Es obvio que el primer elemento de atribución de responsabilidad concurre, esto es, el negocio de compraventa se realiza por cuenta y en nombre de la sociedad mercantil. Esta compraventa genera un beneficio escaso o mínimo al administrador de la sociedad, quien, a pesar de obtener importantes liquidaciones monetarias mediante el reparto de dividendos (si además es socio) o bonus (si solo es administrador) separa la cantidad suficiente para que la sociedad pueda seguir funcionando (pago de suministros, empleados, etc.) y, más aún, con la importante recaudación y el consiguiente balance saneado consigue la concesión de un préstamo que tampoco devolverá a la entidad bancaria (negocio civil criminalizado).

En este contexto, la cuestión se centra en determinar si el requisito del beneficio o provecho permite una delimitación objetiva y anterior a la comisión delictiva y, sobre todo, si es posible predicar de una enteleguía el concepto de provecho, beneficio o perjuicio (con la misma certeza con la que se acepta sin más su incapacidad para sentir dolor o placer). Más aún, debería concretarse legalmente si ese provecho debe encontrarse dentro del ánimo subjetivo de la persona física en el momento de delinquir²¹¹.

3.4 Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Los sistemas dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas son reconducibles a dos grandes modelos: el modelo de la responsabilidad criminal indirecta o de hetero-responsabilidad (sistema vicarial y responsabilidad por identificación) y el modelo de la responsabilidad criminal directa o de autoresponsabilidad (dentro del cual caben, a su vez, diversas posibilidades de

²¹⁰ Pablo González Sierra, La Imputación Penal de las Personas Jurídicas Análisis del Art. 31 bis cp, (España: Tirant Lo Blanch, 2012), 149.

²¹¹ Arias, Tres sistemas de atribución de Responsabilidad Penal a las personas jurídicas, 75-77.

configuración)²¹².

3.4.1 Modelo de heteroresponsabilidad

En lo que se refiere a las fórmulas identificadas por la doctrina como de heteroresponsabilidad, dos grandes modelos son debatidos: la llamada responsabilidad vicarial y la responsabilidad por identificación. En los dos modelos, se necesita afirmar la responsabilidad de una persona física para entonces de ella transferir la responsabilidad de la persona jurídica²¹³.

3.4.1.1 Modelo Vicarial

A partir de la doctrina se ha desarrollado *lavicarious liability*. Es decir, la persona jurídica es responsable de los actos practicados por sus empleados. Pero el giro ahora es otro, la responsabilidad de que se trata es criminal. En el modelo vicarial la responsabilidad penal del sujeto, persona natural, “cambia” a “vicaria” para la persona jurídica. Por lo tanto, es de ahí que se habla que la responsabilidad de la persona moral deviene de una fuente que no es ella misma²¹⁴.

En el campo de la imputación criminal, los Estados Unidos de América por medio de las decisiones de los Tribunales Federales, acabó por consagrar el modelo de responsabilidad vicarial, según el cual las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos por cualquiera de sus representantes o

²¹² Sierra, La Imputación Penal de las Personas Jurídicas Análisis del Art. 31 bis cp, 188. En el caso de España que optó por incluir la RPPJ directamente e en el código penal el art. 31 bis CP también ha sido visto e interpretado por una gran parte de la doctrina como la expresión de un sistema verdadero de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica desde el nivel injusto personal hasta la culpabilidad de la propia empresa. Se alejan, en la medida que la letra de la ley les permite, de todo lo que huele a sistema vicarial, a responsabilidad por el hecho ajeno y a responsabilidad objetiva.

²¹³ Paulo César Busato, Tres Tesis Sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, (España: Tirant lo Blanch, 2019), 79.

²¹⁴ Peña, *La persona jurídica en el proceso penal: Aspectos civiles, europeos, penales y procesales*, 71. “En cuanto a la proporcionalidad de la pena el modelo de transferencia de la responsabilidad elegido por el legislador facilita un mecanismo de adecuación de la sanción a la gravedad del ilícito. En la Doctrina consiste en transferir a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado”.

empleados, siempre que sea en el ejercicio de las funciones que desempeñan dentro de la organización y con la intención de beneficiarla²¹⁵.

El modelo vicarial corresponde a una responsabilidad indirecta. es el tipo más común de responsabilidad, basado en el principio del derecho civil denominado *responda superior*. La doctrina del *responder superior* ha sido, pues, el punto de partida normativo y jurisprudencial para el desarrollo de la responsabilidad indirecta en derecho penal —la *vicarious liability*. La doctrina del *respondet superior* es un concepto fundamental de la jurisprudencia anglo-americana, con reflejos en múltiples campos y que define un tipo de relación entre personas naturales y personas jurídicas. – vendría siendo- un tipo de relación fiduciaria que surge cuando una organización principal, consciente de que otra el agente, la cual controla, actúa en su nombre, actúa por representación²¹⁶.

En ese sentido, tres son las características propias de esta relación: i) se establece de mutuo acuerdo entre las partes; ii) el agente es controlado por el principal; iii) el agente actúa en nombre del principal. Por lo tanto, es en el contexto de ese tipo de relación que aparece el principio del *responde at superior*²¹⁷, un criterio de atribución de responsabilidad al ente principal de las consecuencias legales de los actos realizados por el agente controlado. Es decir, la persona jurídica representando el ente principal será responsable, particularmente, por los hechos realizados por el agente, empleados suyos que actúan en el ámbito de sus funciones²¹⁸.

El principal defecto del modelo vicarial es que beneficia a las grandes empresas y perjudica a las pequeñas. En estructuras empresariales simples es más fácil encontrar al responsable individual, y que éste se encuentre además en la cúspide de la organización. Igualmente, este modelo resulta disfuncional a la hora de alcanzar el

²¹⁵ Busato, Tres Tesis Sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, 81.

²¹⁶ Sierra, La Imputación Penal de las Personas Jurídicas Análisis del Art. 31 bis cp., 158. Este autor además plantea una dura crítica este sistema adoptado desde los Estados Unidos, diciendo: “Las críticas al sistema vicarial extremo que practica hoy en día Estados Unidos de Norteamérica se realizan porque en muchos de los casos en que se aplica no toma en cuenta las condiciones de vida de la empresa, y por lo tanto, el concepto de justicia, que dirige y justifica el sistema penal, se ve comprometido: Allí donde la empresa ha realizado esfuerzos diligentes para cumplir con el Derecho, y no hay indicios de que el management empresarial ha comulgado con las prácticas ilegales, la imposición de una pena a la empresa por la acción aislada de un empleado subordinado plantea importantes cuestiones de justicia”.

²¹⁷ Ibidem.

²¹⁸ María Ángeles Villegas García, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de los Estados Unidos, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2016), 169.

objetivo principal que se persigue con la responsabilidad colectiva: si la responsabilidad de la empresa y la del superior se aúnan, lo lógico es que éste vuelva a cerrar los ojos, y así evitará no solo su propia responsabilidad, sino también la de la empresa²¹⁹.

Bien pensado, lo que ocurrirá es que el superior buscará un subordinado, un chivo expiatorio, que cargue con la culpa y libere a él y a la empresa de responsabilidad. Por si fuera poco, el sistema vicarial tiene además el efecto de desaliento de todo sistema de responsabilidad objetiva: la empresa nunca ve reconocidos sus esfuerzos organizativos encaminados a evitar los hechos delictivos. Esta circunstancia, por supuesto, no incita a colaborar con la administración de justicia, sino que refuerza el pacto de silencio entre el infractor y la empresa. Es lo que algunos han denominado como el efecto perverso de la responsabilidad vicarial²²⁰.

*“Evidentemente, como observa Klaus Tiedemann, la vicarious responsibility forja un concepto adaptado a la admisión de una responsabilidad criminal sin culpa, o sin la necesidad de demostrar la culpa”*²²¹. Se entiende, por tanto, que un agente subordinado, de menor porte, no es más que “el brazo” de la entidad jurídica cuya responsabilidad penal no es, por lo tanto, personal, sino con base en la idea de transferencia de la imputación.

3.4.1.2 Modelo de Responsabilidad por Identificación

Al lado de la *vicarious responsibility*, la doctrina suele apuntar también como uno de los modelos básicos de la Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas, el llamado modelo de identificación o asignación. En él, la responsabilización de la persona colectiva es construida exclusivamente a partir de la transferencia de la

²¹⁹ Isidoro Blanco Cordero, *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, (Perú: OEA, 2006), 396. Aquí toma relevancia el tema de la ignorancia deliberada o Willful blindness, se presenta cuando el sujeto intenta cegar las fuentes por las que puede llegar al conocimiento del delito, porque el sujeto no quiere saber del origen ilícito de los bienes, sin embargo, tiene la obligación de saber y conocer de dicho origen, la doctrina compara esta postura al dolo eventual.

²²⁰ José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, (España: Tirant Lo Blanch, 2012), 59.

²²¹ Busato, *Tres Tesis Sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*, 83.

responsabilidad de la persona natural que actúa como órgano hacia la persona jurídica²²².

Se entiende que cuando la persona natural que representa la empresa actúa de modo que comete un delito, entonces la propia empresa también lo está cometiendo un delito prácticamente, este modelo de responsabilidad por identificación se explicó a detalle en el capítulo referente al tema de la acción como categoría de la teoría jurídica del delito. Por lo tanto, el modelo de responsabilidad por identificación se trataría de una fórmula de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas según la cual existe una relación de identificación entre el ente colectivo y las personas naturales que actúan como órgano, en su nombre e interés²²³.

3.4.2 Modelo autoresponsabilidad

El segundo de los modelos es de la culpabilidad de la propia sociedad o de autorresponsabilidad. Se basa en que la conducta delictiva de la persona física ha sido posible por un defecto en la organización de la persona jurídica, es decir, ha existido un defecto organizativo o de control dentro del marco de la estructura de la entidad¹⁶⁹. Por lo que, resulta necesario acreditar estos defectos para culpabilizar penalmente a una sociedad. No obstante, dicho modelo conoce diversas posibilidades de configuración²²⁴.

3.4.2.1 El dominio de la organización funcional sistemática

Para esta teoría lo determinante es fijar los criterios de imputación que permiten afirmar que la persona jurídica ha aumentado el riesgo de empresa de manera culpable. Desde este punto de vista se ha mantenido que el objeto de imputación a la

²²² *ibidem*, 84.

²²³ Peña, *La persona jurídica en el proceso penal: Aspectos civiles, europeos, penales y procesales*, 74. "Este modelo necesita la comisión de tres elementos: a) ejercicio de actividades sociales; b) por cuenta y provecho de la empresa; c) por quienes estando sometidos a la autoridad de la dirección de la empresa han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. En la Doctrina busca los fundamentos de la responsabilidad en factores que tiene que ver con la propia corporación"

²²⁴ Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, 59.

persona jurídica, la acción típica, es el aumento del riesgo propio de la actividad de empresa, de la que es garante en tanto que haya incurrido en una actividad de riesgo defectuosa (administración incorrecta del riesgo o defectuoso *management* del riesgo) y ese riesgo se haya realizado o concretado en lesiones o puestas el peligro de bienes jurídicos penalmente protegidos (realización del peligro típicamente empresarial en un incidente empresarial grave)²²⁵.

Por parte de la doctrina científica en apoyo a la teoría de autorresponsabilidad se formularon una serie de propuestas de reforma en 2001 para el código penal español: se han formulado una serie de requisitos para atribuir responsabilidad diciendo que la empresa que descuide los riesgos típicos de la actividad empresarial al cumplir las siguientes condiciones:

- a) el deber de asegurar, mediante las medidas organizativas y reestructuraciones dentro de la empresa, fuentes empresariales de peligro a largo plazo.
- b) el deber de mantener el nivel de seguridad en caso de delegación de competencias empresariales.
- c) el deber de supervisar y controlar los riesgos empresariales, será sancionada con una pena empresarial cuando se produzca un incidente empresarial considerable²²⁶.

3.4.2.2 El modelo del hecho de referencia o del hecho de conexión

considera que la acción típica de la persona jurídica se integra por la realización, por una persona física, de la vertiente objetiva y subjetiva de un tipo penal en el que se admita la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, siempre y cuando el hecho se lleve a cabo en una condiciones tales que permitan afirmar que es, al mismo tiempo, una acción propia de la persona jurídica y expresión de su específico obrar

²²⁵ José Hurtado Pozo, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, (España: Tirant lo Blanch, 2001), 70.

²²⁶ Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, 60.

corporativo, La construcción parte de considerar a la persona física y a la persona jurídica como dos sistemas distintos pero que interactúan conjuntamente²²⁷.

Se trataría, partiendo del hecho de una persona física que realiza un tipo penal (lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico), de establecer los criterios normativos de imputación que permiten considerar a la persona jurídica como autora culpable del hecho e imponerle la pena prevista por la ley. Desde luego que lo que podíamos llamar el “sustrato material” del comportamiento de la persona jurídica está en las personas físicas que la integran (ninguna persona jurídica se obliga sin la mano humana que firma el documento; y ninguna persona jurídica incumple lo acordado si no lo deciden así una o varias personas físicas con poder de decisión dentro de la misma²²⁸.

Pero no es la responsabilidad de éstas la que hace responsable a la persona jurídica (como la ausencia de responsabilidad de la persona física no hace impune el comportamiento de la persona jurídica). Se trata de determinar bajo qué condiciones normativas se puede atribuir directamente el hecho a la persona jurídica como propio, como su autora. consistiría en una “culpabilidad por defecto de organización”²²⁹.

En conclusión los fundamentos de la sociología del siglo pasado ha dado una explicación a los crecientes riesgos colectivos a los que se encuentra sometida la sociedad industrial moderna, esto ha generado sistemas organizados para amortiguar y gestionar el riesgo, estos sistemas organizados se originan y extienden a lo largo de toda la administración pública, y al mismo tiempo es el Estado soberano quien obligan a las “entidades privadas organizadas o personas jurídicas privadas” a crear y aplicar sus propios modelos de gestión y prevención de riesgos, bajo la amenaza de incurrir en responsabilidad penal, lo relevante para el científico del derecho es como habrá de cumplirse esta responsabilidad penal, para estas entidades privadas, el modelo que mas conviene para la legislación salvadoreña seria el modelo que

²²⁷ Miguel Ontiveros Alonso, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (España: Tirant Lo Blach, 2014), 195. al hablarse de culpabilidad empresarial, en realidad, se está tratando “algo” diferente a la culpabilidad individual. Es decir, al encontrarse estrechamente vinculada la idea de la culpabilidad con determinadas características del ser humano, se considera que nunca podrá existir una verdadera culpabilidad en la persona jurídica, sino que, a lo sumo, hablar de culpabilidad empresarial releja poco más que un eufemismo

²²⁸ Eneko Echeverria Bereciartua, *Las Modalidades de Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas en el Marco del Proceso Penal*, (España: Tirant Lo Blach, 2021), 154.

²²⁹ Guardiola Lago, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 57.

derive de una autorresponsabilidad de la persona jurídica, por ser el modelo que menos riñe contra el principio de culpabilidad que es fundamental para un sistema de derecho penal constitucionalmente configurado, contrariamente el modelo que menos se adapta a nuestra legislación sería el de heterorresponsabilidad como claro ejemplo de ello sería el modelo vicarial.

CAPÍTULO 4: PROPUESTA DE SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.

4.1 Como debería ser un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado para operar en El Salvador.

En El Salvador hasta la fecha, las personas jurídicas no responden penalmente, esto se debe a un notorio retraso en la expansión del derecho penal a las esferas más complejas de la vida en sociedad, que conlleve un despliegue de herramientas para combatir un problema social que no es ajeno a la realidad criminal salvadoreña, tal y como en la criminalidad salvadoreña existe una notoria constante en la implicación de personas jurídicas en el cometimiento de delitos como el caso de batería récord²³⁰.

De manera tal que en la legislación salvadoreña se ha hecho de todo para mantener inerte la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ejemplo de ello es: Código Penal artículo 38 Inc. 2, 121, 256, leyes penales especiales artículo 4. Inciso 3 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos²³¹, artículo 41 de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo²³²; artículo 7 de la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal y leyes extrapenales artículo 5 de la Ley de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro.

Respecto de los tratados internacionales ejemplos de regulación serían: el artículo 10.1 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos convenio de Palermo, artículo 26. 1 convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción, artículo 3. 10 convención Interamericana

²³⁰ Elaine Freedman, "Batiendo récords con la irresponsabilidad empresarial y gubernamental", En Vivo Digital, consultado el 20 de mayo de 2021. <https://www.envio.org.ni/articulo/3680>

²³¹ Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998), artículo 4 Inc. 3. "EN EL CASO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, LAS SANCIONES SERÁN APLICADAS A LAS PERSONAS NATURALES MAYORES DE 18 AÑOS, QUE ACORDARON O EJECUTARON EL HECHO CONSTITUTIVO DEL LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS".

²³² Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2006), artículo 41. "Cuando se comprobare que individuos que integran los órganos de administración o dirección de una persona jurídica o entidad privada, permitieren, colaboraren, apoyaren, o participaren en nombre o representación de las mismas, en la comisión de alguno de los delitos previstos en la presente Ley; se ordenará por el juez que conozca del caso, cualquiera de las sanciones o medidas siguientes contra la persona jurídica o entidad privada de que se trate: a) La imposición de multa de cincuenta mil a quinientos mil dólares. b) La disolución de la persona jurídica o entidad privada respectiva, librando oficio a la autoridad competente para que proceda".

Contra La Corrupción, artículo 18.1 a) ii, Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

Una resolución emblemática en este aspecto fue la jurisprudencia del caso de la contaminación ambiental en Sitio del Niño, donde la persona jurídica tuvo una mala gestión de riesgos ambientales, lo que concluyó con la liberación de altas dosis de plomo en el aire por lo que se puso en grave riesgo la salud de los habitantes de sitio del niño, “**la persona jurídica únicamente comete el delito** en este caso si incumple su obligación, incurriendo en una omisión propia, obsérvese, *Desobedecer las disposiciones expresas de la autoridad ambiental para: a) Corregir sus operaciones o, b) Suspender sus operaciones. De tal manera que, para que se tenga por realizada cualquiera de las conductas prohibidas en el tipo penal que ocupa, es necesario que el sujeto activo (Persona jurídica) haya incurrido en la comisión del tipo base por cualquiera de sus dos verbos (provocar o realizar) y poner en grave peligro la salud y calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente y, luego a su vez en uno de los del tipo agravado (funcionar, haber o desobedecer)*”²³³. Las negritas son editadas.

Otra jurisprudencia que conviene traer a colación sería la emitida por una cámara de segunda instancia, donde el tribunal asevera que independientemente de que se optara por la teoría del levantamiento del velo o por la teoría no deliqued potest, “Tales doctrinas, sin embargo, no relevan al ente acusador ni al aplicador de justicia de su tarea de, en respeto a los principios de culpabilidad y presunción de inocencia, de constatar si la persona imputada, indistintamente de la posición que ocupen dentro de una organización, tuvo un dominio efectivo sobre el hecho atribuido, o si éste le es imputable por vía de comisión por omisión del deber de vigilancia que objetivamente le es atribuido por ministerio del cargo que ocupa dentro de la misma”²³⁴.

Preguntarse por un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas es más que su viabilidad o su teorización al margen de la teoría del delito funcionalista, como se ha visto en anteriores capítulos. Para plantearse en términos concretos, debe identificarse si opta por un sistema heteroresponsabilidad o autorresponsabilidad,

²³³ Sala de lo Penal, sentencia definitiva, referencia: 22CAS2015, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).

²³⁴ Cámara Segunda De Lo Penal De La Primera Sección Del Centro, sentencia definitiva, ref: 208-2017, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

porque delitos debe proceder la responsabilidad penal, y que penas deben aplicarse, sobre todo como se tratara en el proceso penal a las personas jurídicas.

4.2 Utilización de un catálogo cerrado de delitos por los que pueden recaer en responsabilidad penal las personas jurídicas.

Las personas jurídicas pueden ser responsables por cualquier tipo de delito, basta con que el legislador piense que es útil que una sociedad, asociación o fundación, se responsabilice de evitar determinados riesgos delictivos que puede traer consigo el desarrollo de su actividad²³⁵. Por poner un ejemplo, la convención internacional contra la tortura no hace sino crear un modelo de organización, con la que determinadas personas jurídicas públicas (cárceles, policía ...) eviten la tortura²³⁶. La imposición de una sanción penal a este tipo de sociedades tendría como finalidad garantizar el que contaran con un modelo de prevención contra la tortura eficaz. Este ejemplo es útil para realizar una serie de consideraciones:

Sin embargo, la discusión se centra en si es necesario establecer un catálogo estricto de delitos o por el contrario dejar una cláusula abierta donde entren toda clase de delitos, es de aclarar es que esta última formula la propuesta en el proyecto de ley que fue que actualmente se discute en la asamblea legislativa²³⁷ “habría sido perfectamente concebible construir una responsabilidad penal por tal clase de ilícitos. Seguramente, una vez abierta la espita, acabe planteándose esa opción político-

²³⁵ Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, (Madrid: Editorial Civitas, 2001), 31. Nuestra sociedad puede definirse como una sociedad de inseguridad sentida, “como sociedad del miedo”, en esta era post-industrial, una de los efectos masi significativos es la sensación de inseguridad, la aparición de una forma especial de ayuda de vivir en el riesgo, lo nuevo no solo son los riesgos tecnológicos, con su enorme pluralidad de opciones, con la existencia de una sobre información a la que se suma la falta de criterios para la decisión sobre lo que es bueno o malo, sobre en qué se puede confiar y en que no, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad.

²³⁶ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, (Nueva York: Asamblea General, 1984), artículo 11. Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

²³⁷ Proyecto de Ley sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos. Artículos 3. “Estarán sometidos a la presente ley las personas jurídicas que cometieren cualquier hecho punible contenido en el Código Penal y demás las leyes especiales, que por su naturaleza le puedan ser atribuibles.”

criminal en el futuro”. Suele plantearse que debería generalizarse la aplicación a todos los delitos, aún en régimen de participación imprudente en comisión por omisión, ya que esto permitiría superar el antropocentrismo vigente en la parte general del Código Penal.

El criterio tradicional ha sido que las personas jurídicas sólo pueden cometer delitos *mala prohibita* y *no mala in se*²³⁸. Por ello, la evolución que han sufrido los sectores regulatorios en países como España se regula situaciones en que personas jurídicas son sancionadas administrativamente ha desembocado en una responsabilidad penal, aunque la mayor parte de los delitos que se incluyen son precisamente los que se corresponden con los instrumentos comunitarios que preveían la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos, y no por razones de política criminal.

En efecto, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se refiere únicamente a que el motivo de regulación pormenorizada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas trae causa de los numerosos instrumentos jurídicos internacionales²³⁹ (convenios, decisiones marco, etc.) que demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de ellas se hace más evidente.

A manera de ejemplo en lo que concierne a la protección medioambiental, no cabe duda de que las entidades mercantiles poseen una proyectada significación, puesto que casi todos los procesos de mercantilización llevan aparejadas diferentes

²³⁸ Mario Pereira Garmendía, Diccionario del Latín Jurídico, (Argentina: editorial B de F, 2018), 160. Locución latina. Malo por prohibido. Se caracterizan con esta expresión los delitos que moralmente no son repudiables; y que sólo por la sanción legal, por la prohibición existente y la pena aneja, se consideran perseguibles. Tales son, por ejemplo, las multas por exceder el límite de velocidad, la pena por celebrar un acto sin permiso de la autoridad, las infracciones de las leyes contributivas, de los reglamentos de policía urbana, etc. Se contraponen a los delitos "mala in se", que moralmente implican maldad, desdoro, indignidad o deshonor.

²³⁹ Proyecto de Ley sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos, considerando I. "Que El Salvador ha suscrito y ratificado las siguientes convenciones: La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Decreto Legislativo No.655 del 14 de septiembre de 1993, publicado en el Diario Oficial No. 198, Tomo No. 321 de fecha 25 de octubre de 1993; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Decreto Legislativo 164 del 16 de octubre de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 65 Tomo 363 del 02 de abril de 2004; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción Decreto Legislativo 325 del 20 de mayo de 2004, publicado en el Diario Oficial No. 131 Tomo 364 del 14 de julio de 2004; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo Decreto Legislativo No. 1158, del 12 de febrero de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 47, Tomo: 358, Fecha de publicación 11 de marzo de 2003".

actividades (desde el origen de un producto agrario hasta las formas más tecnificadas de elaboración o distribución de productos de toda índole), lo que hace que las empresas tengan un plus de intervención en el medio respecto a las personas físicas si las tratamos de manera individualizada²⁴⁰.

Caso contrario sucede en los delitos contra la libertad sexual o los delitos cometidos contra la integridad física de las personas, donde la intervención debe ser de propia mano del sujeto activo, supongamos que en ausencia de manuales de prevención, una persona dentro del señor organizativo de la persona jurídica violenta sexualmente a otra, es obvio, pero aun así se resalta que resultando inadecuado para los fines preventivo especiales de la pena, imponer penas personas jurídicas solo porque dentro de su seno organizativo una persona natural agrediera sexualmente a otra.

En conclusión, debe optarse por un sistema de clasificación cerrado de delitos, de manera tal que sea posible identificar las condiciones en las que debe cometerse una clase de delito para considerar que por esa acción responde la persona jurídica.

4.2.1 La legislación española como ejemplo de catálogo numerus clausus de delitos que pueden ser cometidos por personas jurídicas

El legislador español no ha optado por dotar la responsabilidad penal de las personas jurídicas de una cláusula general en la que quepan todos los delitos presentes y futuros que se integren en su Código Penal, sino que ha optado, como no podía ser menos, por un catálogo cerrado y tasado, un sistema de numerus clausus, en el que se encuentran los relativos al medio ambiente, aunque existe un sector de la doctrina que augura que, una vez instaurada la responsabilidad penal de estas personas para determinados delitos, nada obsta a que se plantee también en relación con delitos como el homicidio o las lesiones graves²⁴¹.

²⁴⁰ Manuel Gómez Tomillo, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, (España: Arazandi, 2005), 19-20.

²⁴¹ Carlos Gómez Jara Díez, “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española”, (Buenos Aires: editorial B de F, 2010), 508-509.

Actualmente, tras la promulgación de la LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica el CP, de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP y de la LO 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la ley de Represión del Contrabando, el catálogo de los delitos que generan responsabilidad penal para las personas jurídicas en el Derecho español es el siguiente:

1. Tráfico ilegal de órganos humanos. 2. Trata de seres humanos. 3. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores. 4. Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático. 5. Estafa (I): estafas comunes. 6. Estafa (II): estafas específicas. 7. Estafa (III): estafas impropias. 8. Frustración de la ejecución. 9. Insolvencias punibles. 10. Daños informáticos²⁴².

11. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (I): propiedad intelectual. 12. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (II): propiedad industrial. 13. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado ya los consumidores (III): revelación de secretos de empresa. 14. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (IV): contra los derechos de los consumidores. 15. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (V): contra el mercado. 16. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (VI): corrupción en los negocios²⁴³.

17. Blanqueo de capitales. 18. Financiación ilegal de los partidos políticos. 19. Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (I): fraude tributario. 20. Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (II): contra la Seguridad Social. 21. Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (III): fraude de subvenciones. 22. Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros²⁴⁴.

23. Urbanización, construcción y edificación no autorizables. 24. Contra los recursos naturales y el medio ambiente. 25. Relativos a las radiaciones ionizantes. 26. Riesgos provocados por explosivos y otros agentes. 27. Contra la salud pública (I). 28. Contra la salud pública (II): tráfico de drogas. 29. Falsificación de moneda. 30. Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. 31. Cohecho. 32. Tráfico de

²⁴² Ley Orgánica 1/2019, (España: Las Cortes generales, 2019), artículo único.

²⁴³ Ley Orgánica 1/2015, (España: Las Cortes generales, 2019), artículo único

²⁴⁴ Ibidem.

influencias. 33. Malversación. 34. Odio y enaltecimiento. 35. Organizaciones y grupos terroristas. 36. Terrorismo. 37. Contrabando²⁴⁵.

4.2.3 Análisis crítico en el contexto de un catálogo de delitos atribuibles a la persona jurídica para la legislación salvadoreña

En el presente trabajo se ha elaborado un estudio de la naturaleza jurídica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como mecanismo excepcional de imputación. Por lo que la cláusula propuesta en el proyecto de Ley para la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica por la Comisión de Delitos en su artículo 3, es notoriamente errada y tendiente a deslegitimar los fines de la pena, al no fijar un catálogo de delitos por los cuales procede la responsabilidad penal. Con objeto de analizar la pertinencia de su sistema de incriminación *numerus clausus*, se ha llevado a cabo un análisis comparativo con una figura que presenta, asimismo, una naturaleza jurídica excepcional, como es la imprudencia. Dicha figura penal ha experimentado ya un debate doctrinal acerca de la mayor viabilidad de un sistema de incriminación cerrada en lugar de uno de carácter genérico²⁴⁶.

Todo lo anterior ha permitido afirmar que, dadas las circunstancias excepcionales y los rasgos configuradores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su sistema de incriminación debe ser igual que aquél de la imprudencia; esto es, un sistema de incriminación *numerus clausus*. Ahora bien, el hecho de afirmar que las personas jurídicas solo deben responder, en consonancia con la regulación actual, por aquellos delitos para los cuales el legislador haya previsto expresamente este tipo de responsabilidad penal, no permite dar por concluido el correspondiente estudio. Al contrario, la defensa de un sistema de incriminación *numerus clausus* para las personas jurídicas exige asimismo un análisis de los delitos que conforman el catálogo cerrado atribuible a éstas²⁴⁷.

²⁴⁵ Ley Orgánica 1/2011, (España: Las Cortes generales, 2019), artículo único.

²⁴⁶ Nicolás Rodríguez García, *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, (España: Tirant lo Blanch, 2021), 253.

²⁴⁷ Carlos Gómez Jara Díez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", *Revista La Ley*, Año XXXI. (2010), 1-2.

En efecto, una vez llegada a la conclusión mencionada, es imprescindible estudiar si existen lagunas de punibilidad y la consecuente necesidad de ampliar el número de delitos imputables a las personas jurídicas, dado que un sistema de incriminación específica comporta este tipo de riesgos. Asimismo, resulta igualmente importante analizar si la previsión del legislador de responsabilidad penal para las personas jurídicas es correcta o, si, por el contrario, existen determinados delitos que no deberían ser atribuibles a las personas jurídicas, por la incompatibilidad con su naturaleza jurídica excepcional. Consecuentemente, a continuación, se procede a realizar dicho análisis exponiendo brevemente algunos casos, a modo de ejemplo, que demuestran la necesidad de intervención del legislador, bien porque se echa en falta la criminalización de alguna conducta para las personas jurídicas, bien porque se considera errónea la responsabilidad penal en otras²⁴⁸.

4.3 Clases de personas jurídicas que pueden sancionarse

a) Es importante, tal como se hace en este cuestionario discutir la correlación entre delitos y penas, pero también debe recalarse en el debate de qué tipos de corporaciones deben sancionarse. En este sentido:

1. Debe discutirse seriamente la conveniencia político criminal de sancionar a entidades públicas. El proyecto de ley de responsabilidad de las personas jurídicas que fue presentado a la Asamblea Legislativa Salvadoreña limita a las personas jurídicas de derecho privado, e incluso a las sociedades de económica mixta. En el caso de Holanda o Estados Unidos sancionan a las corporaciones públicas²⁴⁹, como también lo hace en determinados sectores el derecho sancionador administrativo español. Las mismas razones que hacen

²⁴⁸ Nelly Salvo Ilabel, "Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno", (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014), 257. No obstante su indudable garantismo y taxatividad, este método presente algunos inconvenientes, relacionados con a la relatividad dificultad de reconocer todo lo que castiga la ley de modo unitario, con los consiguientes peligros para unan adecuada coherencia jurídica, pues podrían quedar vacíos de punibilidad que pudieran pasar desapercibidos, piénsese por ejemplo e las lesiones homicidios imprudentes que pueden causarse en el ámbito de la construcción o circulación.

²⁴⁹ Díez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", 10.

útil y necesario el castigo a personas jurídicas privadas, lo hacen en el caso de las públicas²⁵⁰.

2. En cuanto a las personas jurídicas privadas, los problemas de eficacia del derecho penal individual que justifican la responsabilidad penal de corporaciones, tienen que ver con grandes empresas y medias. Quizás sería bueno limitar la responsabilidad a sociedades cotizadas o a aquellas con menos de cincuenta empleados, dado que la complejidad en la estructura empresarial es la base de la irresponsabilidad organizada, que como se ha explicado es el fundamento para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en pequeñas estructuras de doce empleados es fácilmente identificable quien toma las decisiones²⁵¹.

En pequeñas empresas es además difícil hablar de culpabilidad de empresa diferente de culpabilidad individual. Y la imposición conjunta de sanciones supone violar el *ne bis in idem*, un tema que se tratara más adelante.

b) En lo que se refiere al catálogo de delitos elegido para poner en marcha la responsabilidad de las personas jurídicas resulta razonable la prudencia, como hizo en su día el legislador italiano, y empezar básicamente por aquellos en los que existen obligaciones internacionales. A continuación, deberían incluirse aquellos en que las empresas cuentan ya con modelos de organización como los delitos contra la intimidad, la prevención de riesgos laborales, etc. Algunos de estos delitos, que se corresponden con la normativa administrativa incluida, ya han sido incluidos (vgr. medio ambiente)²⁵².

4.3.1 Personas jurídicas que no pueden incurrir en responsabilidad penal.

El artículo 2 del proyecto de Ley sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídica por la Comisión de Delitos, conforme a la redacción que se le ha dado, ignora

²⁵⁰ Jacobo Dopico Gómez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009, (España: Tirant Lo Blanch, 2012), 104.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Carlos María Romeo Casabona, La insostenible situación del derecho penal, (Gramda: editorial Comares, 2000), 507. Entre estos puntos resaltan teorías egocéntricas donde “es partidaria de proteger el medio ambiente en sí mismo considerado y que rechaza el referente antropocéntrico del Derecho penal en la protección de los fundamentos de la vida humana como presupuesto de la protección del medio ambiente.”

las diferencias que existen entre personas jurídicas con fines de lucro y sin fines de lucro, sin embargo, lo rescata en su artículo 13 Inciso Final aludiendo que la disolución no será aplicable a las personas jurídicas de utilidad pública, sin embargo, tampoco da una pena alternativa a la disolución. Fuera de ello es acertada la limitación de la aplicación de la ley a ciertas personas jurídicas especificando en primer momento que solo se aplicara la ley ha “*sociedades, asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, sociedades de economía mixta*”, sin embargo, existe una cláusula extra a manera de incluir cualquier persona jurídica de origen privado, cuando dice “*o cualquier otro tipo de entidad de naturaleza privada ya sean nacionales o extranjeras*”.

En segundo momento tiene su interfaz negativa, donde señala las personas jurídicas a las que no habrá de aplicárseles la ley de responsabilidad penal, cuando en su artículo 2 inciso segundo dice: “*no serán aplicables al Estado, a las municipalidades, a las entidades públicas y entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público*”, hasta ahora tiene un orden lógico pues el Estado no puede sancionar a instituciones autónomas solo porque estas tienen personalidad jurídica, como sería la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados o Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, que son instituciones autónomas, ni tampoco podría sancionar a personas jurídicas internacionales de derecho público como la comisión interamericana de derechos humanos o la Cruz Roja Internacional.

Una consideración que sería pertinente hacer es tal y como se señaló al principio debe considerarse la limitación al tipo de pena que se impondrá a una asociación o fundación, cuando están cometan delitos, debido a que la imposición de ciertas penas como la de disolución podría conllevar un daño irreparable a comunidades o sectores que estas estuvieran apoyando o beneficiando²⁵³, un concepto de fundación y asociación serían los que utiliza la legislación correspondiente:

Asociaciones: “*Son asociaciones todas las personas jurídicas de derecho privado, que se constituyen por la agrupación de personas para desarrollar de manera permanente cualquier actividad legal*”.²⁵⁴

²⁵³ José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, (El Salvador: Tirant lo Blach, 2012), 130.

²⁵⁴ Ley de Asociaciones y Fundación sin Fines de Lucro, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996), Artículo 11.

Fundaciones: *“Se entenderán por fundaciones, las entidades creadas por una o más personas para la administración de un patrimonio destinado a fines de utilidad pública, que los fundadores establezcan para la consecución de tales fines.”*²⁵⁵

Por lo que sería oportuno tomar el ejemplo de las legislaciones Española donde se diferencia para el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas que no disuelvan ni imposibiliten que la institución siga prestando los servicios que caracterizan su utilidad pública, pero si sanciones como la intervención con cargo a la caja, para supervisar y controlar la administración de la personas jurídica directamente por parte del Estado, a ello debe agregarse que esta limitación no debería ser aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores con la finalidad de delinquir²⁵⁶.

La exclusión absoluta de entidades dotadas de personalidad jurídica según lo mencionado por el artículo 2 del referido proyecto de Ley se menciona en primer lugar al “Estado” El término Estado ha de interpretarse conjuntamente con el de municipalidades y entidades públicas, al que a continuación también se hace referencia. Parece por ello que ha de entenderse comprensivo de la Administración General del Estado, de las Administraciones Autonómicas y de las Administraciones Locales o municipalidades. Las municipalidades pueden a su vez definirse como:

*“El Municipio constituye la Unidad Política Administrativa primaria dentro de la organización estatal, establecida en un territorio determinado que le es propio, organizado bajo un ordenamiento jurídico que garantiza la participación popular en la formación y conducción de la sociedad local, con autonomía para darse su propio gobierno...”*²⁵⁷

El artículo 2 del referido proyecto hace referencia a las “entidades públicas” junto a las territoriales que acabamos de ver. Dentro del controvertido término

²⁵⁵ Ley de Asociaciones y Fundación sin Fines de Lucro, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996), Artículo 18.

²⁵⁶ Hernández Basualto, “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, revista de política criminal, Volumen 5, Nº 9 (2010), 223.

²⁵⁷ Código Municipal, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1986), artículo 2. El referido artículo continúa diciendo *“El Municipio tiene personalidad jurídica, con jurisdicción territorial determinada y su representación la ejercerán los órganos determinados en esta ley”*, otorgándole la ley la personalidad jurídica lo que lo diferencia de la personalidad jurídica del Estado.

“Administraciones Públicas institucionales” podemos incluir los siguientes: los organismos públicos y las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas; las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas; y las Universidades públicas.

Así pues, se proclama la exclusión del sector público administrativo o institucional, que incluye los citados organismos y entidades de Derecho público y también a los consorcios. En tercer lugar, las Fundaciones públicas (sector público fundacional). Y aunque no presentan una exclusión expresa, si lo estarían conforme a su sometimiento al Derecho Administrativo. A manera de ejemplo este es el criterio apuntado por la Fiscalía General del Estado Español, en la Circular 1/2016. Son formas de gestión, por lo que se consideran organismos de Derecho Público. La exclusión también alcanzaría a las Fundaciones autonómicas²⁵⁸.

Parece que se trata de un término ajeno a nuestro Derecho positivo y que, en la medida que parece referirse a entes integrados en la categoría de las “autoridades administrativas independientes”, ya estaría dentro del grupo anterior enmarcado en la Administración pública institucional. De ahí que lo califique de superfluo. C) “Agencias y Entidades públicas Empresariales”. también considera innecesaria esta referencia en la medida que también se hallan contenidas dentro de la Administración pública institucional²⁵⁹.

Los presupuestos legales de a responsabilidad penal de las personas jurídicas administrativas”. Generalmente se hace referencia a la “Administración corporativa” y a las denominadas “Administraciones independientes”. Aquí podría incluirse el Banco de España y la Agencia Española de Protección de Datos. La exclusión del Estado, las Administraciones Públicas y organismos asimilados descritos en el apartado anterior no siempre es compartida por toda la doctrina. Pero es de denotar lo conveniente de está justificada por diversas razones, tanto de necesidad de prevención como por el absurdo al que conduciría aplicar al Estado algunas de las penas previstas para las personas jurídicas²⁶⁰.

²⁵⁸ Circular 1/2016, emitida por la Fiscalía General del Estado Español, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015. <http://www.pactomundial.org/wpcontent/uploads/2016/09/Circular-sobre-la-Responsabilidad-Penal-de-las-Empresas.pdf>. Accedido el 20 de Febrero 2017.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Gómez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009, 209.

Aunque debería hacerse una inclusión precisa de ciertas personas en caso se llegara a aprobar la referida ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas refiero especialmente a la inclusión de partidos políticos y sindicatos, que pueden definirse como:

Partidos políticos: *“Los partidos políticos son asociaciones voluntarias de ciudadanas y ciudadanos que se constituyen en personas jurídicas con el fin de participar y ejercer el poder político dentro del marco constitucional vigente. Su finalidad es participar lícita y democráticamente en los asuntos públicos y de gobierno, como instituciones fundamentales del pluralismo del sistema político, concurriendo en los procesos electorales previstos en la Constitución.”*²⁶¹

No existe en el Código de trabajo una definición precisa de sindicato, pero puede emplearse en su defecto una definición legal de sindicato empresarial: *“Sindicato de Empresa, es el formado por trabajadores que presten sus servicios en una misma empresa, establecimiento o Institución Oficial Autónoma”*²⁶².

La finalidad de esta propone se incluyan directamente en la ley los sindicatos y los partidos políticos, es por el poder organizacional que estos detentan para influir en el sistema político del país, por lo que finalidad sería político criminal, para favorecer en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Incluyéndose a los partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas. De manera tal que “Los partidos políticos deban adoptaren sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en leyes especiales, como la Ley Contra El Lavado de Dinero y Activos.

4.4. Adopción de un sistema acumulativo.

Debe alegarse a favor del proyecto de ley propuesto para la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos, atiende a un modelo de responsabilidad acumulativo, permitiendo que la sanción impuesta a la persona

²⁶¹ Ley de Partidos Políticos, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2013), artículo 4.

²⁶² Código de Trabajo, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1972), artículo 209.

natural como representante de la sociedad, subsista y aplique acumulativamente a la sanción impuesta a la persona jurídica. Así lo menciona el artículo 7 del referido proyecto bajo el acápite de “*responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica*”. Menciona: “*La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales*”.

Es decir, por la comisión de un delito pueden responder tanto la persona física como la persona jurídica, pero también es posible, conforme a la regulación prevista en el artículo 7 del proyecto en referencia, que responda únicamente la persona jurídica a pesar de la exención de responsabilidad que pudiera corresponder a la persona física. Del mismo modo, pueden responder de un mismo delito una pluralidad de personas físicas y/o de personas jurídicas, porque, aunque el proyecto no lo dice expresamente, tampoco excluye la codelincuencia²⁶³ (incluso entre personas físicas aparece mencionada en el inciso primero del artículo 2 del Proyecto de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por la Comisión de Delitos) y es fácil concebir estas situaciones fácticas en la realidad.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto y a pesar de esa cierta autonomía, la responsabilidad penal de las personas jurídicas da lugar a la existencia de una responsabilidad objetiva, por hechos ajenos (por tanto vicarial), acumulativa, de doble incriminación, de doble valoración jurídica, y por todo ello de difícil encaje con las garantías y postulados del Derecho Penal moderno, a no ser que éstos se modifiquen o se especifiquen para el supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo que hablemos o estemos ante “otro Derecho penal”²⁶⁴.

En esta línea, el modelo vicarial no puede ser el que debe adoptarse por la legislación salvadoreña en tanto que el sistema previsto en el proyecto de ley, permite la responsabilidad acumulativa –la de la persona jurídica no excluye la del individuo y viceversa– y directa –la persona jurídica responde con indiferencia del reproche

²⁶³ Javier Gustavo Fernández Teruelo, las denominada “actuación en lugar de otro” a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el artículo 31 del Código Penal, España: editorial Dykson, 2013.

²⁶⁴ Miguel Ángel Boldova Pasamar, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII (2013), 236.

concreto del individuo—, en el que la responsabilidad corporativa puede ser excluida por razones desvinculadas del comportamiento de sus integrantes²⁶⁵.

Por ello, atendiendo al actual interpretación que tiene el proyecto de ley para la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la comisión de delitos, artículos 2, 5 y 7, defiende que la responsabilidad del propio ente colectivo, es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la correspondiente de la persona física. Que al igual que como sucede en la doctrina española o chilena²⁶⁶ puede llegarse a las siguientes conclusiones sobre el modelo por el que debe optar la legislación salvadoreña:

- (i) La actuación de la persona física se valora bajo el prisma del contenido real de su mandato en todas sus vertientes –formal, material y funcional–.
- (ii) La persona jurídica cuenta con un sistema penológico propio y un elenco de circunstancias modificativas específicas²⁶⁷.
- (iii) La persona jurídica se constituye como un auténtico sujeto pasivo del proceso penal con posibilidad de ejercitar un derecho de defensa propio.
- (iv) El defecto de organización opera como un presupuesto que evita observar una responsabilidad puramente objetiva.

El defecto de organización en relación con la responsabilidad del empresario por el deber de vigilancia que este tiene sobre la estructura que domina es un requisito de la responsabilidad del empresario por el acontecer causal de los riesgos empresariales jurídicamente desaprobados²⁶⁸, esta misma regla se puede aplicar por

²⁶⁵ Alejandro Ayala González, Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas, Revista Indret, Enero (2019), 14.

²⁶⁶ Gonzalo Medina Schultz, Informe Intervención en Primer Trámite Constitucional, Historia de la Ley N° 20.393. (Chile: Comisión Constitucional, 2009), 53-56. El profesor de derecho penal de la Universidad de Chile entre otras cosas relata en su informe sobre la evaluación de una ley para la responsabilidad penal de las personas jurídicas: *“es partidario de consagrar la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, por ser la única forma de frenar la “irresponsabilidad organizada de las empresas”, por lo que éstas deben ser capaces de responder penalmente con independencia del hecho punible cometido por las personas naturales, ya que de lo contrario significaría dar carta blanca a las empresas para que se organicen de tal forma que fuere imposible determinar al responsable y con ello imputarla penalmente”*.

²⁶⁷ María Jesús Guardiola Lago, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código penal, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 68-9. Debido a la naturaleza de las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas respetando el principio de culpabilidad fundamentado en una teoría de la pena preventivo general positiva.

²⁶⁸ Eduardo Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, (España: editorial Lustel, 2009), 133.

el deber de prevenir los riesgo inminentes a la finalidad social de la persona jurídica, debido a que estos elementos tienen en común, que habrían sido introducidos para matizar y atenuar el modelo de heterorresponsabilidad empresarial pero no llegan a cimentar un sistema de autorresponsabilidad en sentido estricto²⁶⁹.

Por tanto, la responsabilidad penal de la persona jurídica corresponde apriorísticamente con la propia de la persona física, sin perjuicio de que la misma se module posteriormente mediante los criterios establecidos en los arts. 38 del Código penal. Así, en opinión del Ministerio Público España, sobre el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional. De ahí que entienda que su interpretación sobre el modelo que subyace en el Código Penal Español sea apta para los cánones de la Carta Magna española y su ordenamiento jurídico criminal. Pero ese no es el caso salvadoreño²⁷⁰.

El pilar hermenéutico sobre el que apoya su entendimiento reside en decisión que debe tomar el legislador salvadoreño sin opta por configurar la norma estipulando “no que las personas jurídicas cometan delitos, sino que estas serán penalmente responsables de los delitos cometidos por personas físicas” tal y como aparenta el proyecto actual. En tanto que no cometen delitos por sí solos, y que el Derecho penal se encuentra antropomórficamente limitado, optando por un sistema vicarial, los entes colectivos no pueden ser considerados autores materiales de delitos, sino que tan solo se les puede reprochar en virtud del comportamiento criminal de determinadas personas físicas en determinadas circunstancias²⁷¹.

En conclusión, cabe aclarar que en capítulos anteriores se recomendaba un sistema de autorresponsabilidad en lugar de uno de heterorresponsabilidad vicarial, para opera en el caso de El Salvador, ello debido a que como se ha expresado en este apartado, optar por un sistema vicarial ofrece una doble sanción que riñe con el *nebis in idem*, dado que la responsabilidad deriva de la transferencia de la acción de una persona natural hacia la persona jurídica, en cambio si partimos de la autorresponsabilidad la acción sería de la propia persona jurídica, separándose de la acción realizada de las

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ Luis Antonio Soler Pascual, “Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los Consejos de Administración. Actuar en nombre de otro”, revista del Consejo General del Poder Judicial, N° 91, Madrid, (2007), 22.

²⁷¹ González, Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas, 14.

persona natural que actúe como administrador o directivo, dejando intacto el principio de *nebis in idem*, ideone para un modelo constitucional garantista²⁷² como el salvadoreño.

4.5. La autoría y participación de personas naturales y jurídicas en un mismo hecho.

En este punto la responsabilidad penal de las personas entra en analogía con la responsabilidad de la institución del actuar por otro regulado en el artículo 38 del Código Penal, si es posible la participación accesoria en el actuar por otro debería serlo también en las personas jurídicas, en a pesar que se configure como una responsabilidad autónoma, aun cuando se opte por un sistema vicarial siempre la responsabilidad penal de la consecuencia de la actuación de personas físicas (administradores, representantes o empleados). Simboliza una actuación en nombre de otro²⁷³.

Si bien no ha existido inconveniente alguno en admitir tal concepto para imponer sanciones administrativas a los entes colectivos, lo cierto es que - tal como referimos al principio del presente trabajo. Esta idea de responsabilidad derivada de la otro parece en principio difícil de asumir en una tradición jurídica penal erigido sobre la idea de la responsabilidad penal es personal, propia e intransferible²⁷⁴.

La cuestión principal es la relación existente entre la responsabilidad penal de la persona jurídica con la de las personas físicas que han ejecutado la acción típica, oscilando las soluciones entre la exclusiva responsabilidad de la persona jurídica y, en el extremo opuesto, la completa responsabilidad de ésta y de la persona física.

²⁷² Luigi Ferrajoli, *derechos y garantías: la ley del más débil*, (España: Trotta, 2005), 25.

²⁷³ Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Tomo I, (España: Gráficas Navarro, 1984), 167.

²⁷⁴ Alberto Suárez Sánchez, "La autoría en el actuar por otro en el Derecho Penal colombiano", revista de derecho penal y criminología, volumen 25, n° 75, (2004): 173. *"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"*.

La primera opción tiene su clara ventaja en no potenciar el desplazamiento hacia la responsabilidad de la persona jurídica exclusivamente. Pero en cambio tiene el inconveniente de que la acumulación de penas puede dar lugar a castigos desproporcionados determinados por un mismo delito²⁷⁵.

El actual Proyecto de Ley sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por la Comisión de Delitos, ha optado por el sistema de doble responsabilidad. Y ello para evitar el riesgo de la tentación de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica exclusivamente. Dicha regulación en caso llegare a ser aprobada por la Asamblea Legislativa, se interpretaría en consonancia con el actuar por otro del Código Penal, configura ambas responsabilidades (de la persona física y de la persona jurídica) como estancas e independientes entre sí, de tal manera que la concurrencia en las personas físicas autores del hecho de referencia de circunstancias que afecten a su culpabilidad o agraven su responsabilidad no modifican la responsabilidad penal de la persona jurídica, inclusive ni el caso de que dichas personas hayan fallecido²⁷⁶.

Hasta tal punto se configura la independencia de ambas responsabilidades que inclusive en el supuesto de que el autor del hecho de referencia sea desconocido, ello no es óbice para exigir la correspondiente responsabilidad penal a la persona jurídica.

Tal criterio sobre la exigibilidad de responsabilidad penal al ente colectivo a pesar de la indeterminación del autor es objeto de crítica por la Doctrina al entender que se está imponiendo una presunción de sentido inverso a la de la presunción de inocencia y así la misma parte del presupuesto inicial de que no obstante ser desconocido el autor material del acto de consecuencias delictivas, el mismo habrá sido autorizado o decidido por los Administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica.²⁷⁷

A esta crítica se le opone el argumento que hubiera sido mucho más censurable que la dificultad para individualizar a un responsable físico fuera determinante de la impunidad tanto de éste como de la persona jurídica. Por último, otra cuestión de interés al tratar la relación entre la responsabilidad penal de la persona física y jurídica es aquella que se suscita por la posible pluralidad de personas físicas responsables.

²⁷⁵ Díez, “*Fundamentos modernos de la responsabilidad penal personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*”, 511.

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ Ibidem, 512.

Tal situación se podrá plantear en relación con los actos ilícitos que emanen de grandes organizaciones.

Por ello se afirma que un estudio pormenorizado de la actuación en el seno de organizaciones complejas, como las de tipo empresarial, demuestra que, debido a la complejidad del modo de producción industrial y comercialización de los productos, la división del trabajo existente dentro de las organizaciones, la distribución de funciones²⁷⁸ (de tipo horizontal o vertical), la delegación de las mismas, la existencia del deber de obediencia, las conductas neutras²⁷⁹ que forman parte de los eslabones de funcionamiento de la cadena organizacional²⁸⁰, los comportamientos que pueden dar lugar a lesiones de bienes jurídicos, son conductas de carácter complejo, donde se produce una fragmentarización de la decisión y de la ejecución de las actividades.

En tal caso, la esencia del problema será la de determinar cuántas personas físicas han de responder por ese delito que también genera responsabilidad de la persona jurídica. Lógicamente el presupuesto de partida será aquel en que los directivos han dictado una orden cuyo cumplimiento implica a la comisión de un delito, que a su vez ha cometido un subordinado plenamente consciente²⁸¹ - de no ser así, sería un caso normal de autoría mediata - de la significación jurídica de lo que hacía.

Que, en conclusión, en caso no puede ser aceptable que los que detentan el poder de decisión queden reducidos a inductores de lo que ha hecho un subordinado, ya que, primero: que rebaja a los superiores a partícipes y, segundo: abre el interrogante sobre qué hacer con la llamada inducción en cadena. Así las cosas, solo queda la posibilidad de entender que, en esas situaciones, considerando el compartido poder

²⁷⁸ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, séptima edición (España: Marcial Pons, Madrid, 2000), 44-45.

²⁷⁹ Rodrigo Estevez, *Responsabilidad penal del asesor de empresa: derecho penal tributario, tomo II*, (Argentina: Marcial Pons, 2008), 905-910. "comportamientos estandarizados o conductas neutras", cuya trascendencia práctica radica en que se mueven entre las conductas socialmente adecuadas y la complicidad o participación secundaria. En este sentido, no se trata de desarrollar criterios de imputación distintos para los comportamientos neutrales, sino de trazar el límite mínimo de lo objetivamente imputable a título de participación.

²⁸⁰ Rafael Berruezo, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa, imputación jurídico-penal en base a roles*, (Argentina, Editorial B de F, 2018), 175. La determinación del autor concreto es el problema medular de la imputación de responsabilidad penal dentro de la persona jurídica, pues estas operan mediante complejas estructuras de mandos y sub mandos, donde las decisiones se toman de manera colectiva por organismos especializados "sean juntas directivas o sean asambleas de accionistas" pero se ejecutan en una compleja red donde el dominio del hecho se esparce

²⁸¹ *Ibidem*.

de decisión que tienen superiores y subordinados, lo correcto es calificar la conducta de todos y cada uno de coautoría del hecho, concluye el meritado autor²⁸².

4.6 Tratamiento procesal penal de las personas jurídicas

El Derecho Procesal Penal, tiene como objeto crear el camino necesario, para la aplicación del derecho sustantivo penal, es decir le corresponde el cauce para determinar el procedimiento debido ante un Tribunal independiente e imparcial establecido antes de producirse el hecho delictivo por la Ley²⁸³. La primera orientación que se debe de tomar en consideración es la Autoridad en quien va a recaer la fase de instrucción.

Entre estas garantías que componen el deber de persecución, se encuentra el deber de especificar contra quien se sigue el proceso, y una vez identificado el sujeto a quien se le atribuye la comisión de un hecho delictivo debe garantizarse el derecho de defensa²⁸⁴. La identificación es un requisito indispensable para determinar la calidad de imputado dentro del proceso penal, la Sala de lo Penal expresa que en *“un juicio lo esencial es la relación entre el imputado y el hecho que se le atribuye, y no entre el hecho y el nombre del imputado; que el nombre no es más que un modo o uno de los modos más conocidos civilmente, para la identificación de las personas no el único y exclusivo...”*²⁸⁵.

En la legislación vigente se determina que la calidad de imputado se traslada de la persona jurídica a las personas naturales que integrando los órganos de dirección administración que tomaron la decisión, de ejecutar el acto, tal como lo dice Código Procesal Penal Artículo 80 *“Cuando la comisión de un hecho delictivo se atribuyere a persona jurídica, tendrán la calidad de imputados las personas que acordaron o*

²⁸² Francisco Estepa Domínguez, *La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica*, (España: Universidad Internacional de Andalucía, 2012), 28.

²⁸³ Juan Montero Aroca, *El Derecho procesal en el Siglo XX*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 127.

²⁸⁴ Julio Banacloche Palao, Jesús María Zorzalejos Nieto, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, (Madrid: editorial La Ley, 2011), 153.

²⁸⁵ Sala de lo Penal, sentencia de Casación, referencia: 144-CAS-2011, (El Salvador: Corte Suprema de justicia, 2012).

ejecutaron el hecho punible". Por lo que debería de suprimirse estas disposiciones al no ser compatibles con la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁸⁶.

En palabras de algunos autores consideran que es trasladar toda la normativa del imputado a la persona jurídica, para que el Juez pueda dirigir la imputación al estilo del *mandataire de justice* francés Antonio del Moral, considera dos posibilidades, por un lado reconocer los derechos que tienen la persona jurídica cuando por la legislación vigente es constituida como responsable civil subsidiaria²⁸⁷; como es conocimiento del proceso, notificación de las medidas que le afecten, y presentación de escrito de defensa, sin existencia de persona física imputada; o por otro lado reconocer el derecho de defensa desde el primer momento, con asistencia de un abogado, es lo que denomina "humanización"²⁸⁸.

4.6.1 En qué momento se ejerce el derecho de defensa por las personas jurídicas en un proceso penal

En la búsqueda del ansiado equilibrio entre la imputación temprana garantizando el derecho de defensa, y la imputación tardía procurando la efectiva persecución del delito, sumado a la invariable necesidad de garantizar el derecho de defensa tempestivamente, sin ensuciar innecesariamente el buen nombre o la imagen de un sujeto sobre el que no recae una sospecha suficientemente fundada, tiene por objeto determinar el momento idóneo para la imputación de la persona jurídica²⁸⁹.

Así pues, el derecho de defensa, en general, y la defensa técnica en particular, se admiten "desde el momento en que aparece una imputación contra una persona en el curso de un procedimiento penal de cualquier modo que esta imputación se manifieste, o bien cuando se ha procedido a la detención de una persona antes de haberse iniciado el procedimiento que cabría calificar de imputación extrajudicial"²⁹⁰.

²⁸⁶ Ana María Neira Pena, *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*, (España: Tirant lo Blanch, 2017), 221.

²⁸⁷ Abel Carmelo Andrade Ortíz, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Sombras mas que luces de la reforma, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 112, Número 1, (2012), 59.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ Juan Antonio Toro Peña, *La persona jurídica en el proceso penal: Aspectos civiles, europeos, penales y procesales*, (España: Dykinson, 2013), 90.

²⁹⁰ Nieto, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 160.

En este sentido, cabe afirmar que el derecho de defensa puede nacer tanto de una imputación judicial, como extrajudicial, es decir, de un acto de la Policía o de la Fiscalía, sin embargo, sólo de la imputación judicial se deriva la adquisición del tradicional status de imputado, ahora sustituido por el de investigado o encausado.

Por otra parte, el sistema de base vicarial establecido en el CP, que hace depender la responsabilidad de la persona jurídica de la actuación delictiva de determinadas personas físicas, también va a influir en la determinación del momento en que la entidad ha de adquirirla condición de investigado y encausado²⁹¹. En este sentido, tal y como se intentará argumentar, en ocasiones, ante la imputación de ciertas personas físicas por un delito de los que prevén la responsabilidad de las personas jurídicas, la imputación de la entidad en nombre de la cual los individuos actuaron de forma supuestamente delictiva, deviene prácticamente inevitable. Así pues, es preciso considerar que, a pesar de que la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma respecto de la de sus miembros, existe un importante vínculo de unión entre ambas, cual es, el hecho de referencia cometido por la persona física y presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Precisamente, la corresponsabilidad de ambos sujetos en relación con ese hecho de referencia que se erige en elemento constitutivo de la responsabilidad de ambos, justifica que, como regla general, la imputación de ambos se produzca de forma simultánea²⁹².

La imputación, o si se prefiere, la formalización de la investigación frente al sospechoso, es condición y origen para el nacimiento del derecho de defensa, por lo que la determinación del momento en que la misma ha de tener lugar resulta de trascendental importancia. Si se esté procesado al administrador de la sociedad, debe procesarse de manera simultánea a la persona jurídica²⁹³.

En los casos en que se haya identificado a la persona física, sospechosa de haber cometido el delito base, presupuesto de la responsabilidad penal de la persona

²⁹¹ Peña, La persona jurídica en el proceso penal: Aspectos civiles, europeos, penales y procesales, 98.

²⁹² Neira, La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas, 223.

²⁹³ Gimeno Beviá, El proceso penal de las personas jurídicas, (Navarra: editorial Aranzadi, 2014), 182. Si un administrador, un representante legal u otros sujetos con poder de decisión en una empresa o, incluso, un subalterno integrado en la misma, resultan investigados por un hecho cometido en el desarrollo de sus funciones en la entidad, por alguno de los delitos de los cuales la persona jurídica puede responder, ya existirá, al menos indiciariamente, la sospecha de que la entidad podría terminar siendo declarada responsable portales hechos.

jurídica, habrá que determinar si la entidad debe ser citada a declarar en calidad de investigada y ser encausada formalmente, de forma conjunta o simultánea con el autor material de los hechos²⁹⁴, o si, por el contrario, resultaría más correcto que, tras la imputación de la persona física, y antes de trasladar la imputación a la persona jurídica, se procediese a realizar determinadas comprobaciones sobre la forma de organización y gestión de la entidad, en cuyo caso la adquisición de la condición de parte pasiva por ambos sujetos tendría lugar en momentos sucesivos.

Dado que investigado es todo sujeto sobre el que recaen meras sospechas de haber cometido un delito, según el mismo artículo 80 del Código Procesal Penal *“Tendrá la calidad de imputado quien, mediante cualquier acto del procedimiento, sea señalado como autor o partícipe de un hecho punible”*²⁹⁵, aplicar esta misma regla a las personas jurídicas resulta difícil puesto que los indicios recolectados siempre son en referencia a una persona física, y no es sino hasta realizado el respectivo análisis jurídicos que las investigaciones dan con una persona jurídica, y no puede ser que ante toda investigación de un administrador o representante legal de una sociedad, se entienda que también se está investigando a la sociedad misma.

Usando la terminología clásica, imputado sería aquel a quien cabe atribuir, más o menos fundadamente, un hecho punible, cabe sostener que, si un administrador, un representante legal u otros sujetos con poder de decisión en una empresa o, incluso, un subalterno integrado en la misma, resultan investigados por un hecho cometido en el desarrollo de sus funciones en la entidad, por alguno de los delitos de los cuales la persona jurídica puede responder, ya existirá, al menos indiciariamente, la sospecha de que la entidad podría terminar siendo declarada responsable por tales hechos, con lo que, la investigación debería extenderse de forma y es a partir de ese momento que puede considerarse investigada la persona jurídica, y por lo tanto ejercer los derechos que la ley le confiere mostrando su colaboración en la investigación, aportando prueba que desvirtúe los hechos por los cuales se le procesa.

²⁹⁴ Nieto, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, 180.

²⁹⁵ Código Procesal Penal, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2009) artículo 80 Inciso 1.

4.7 Régimen de penas aplicable a una persona jurídica

Cómo se mencionó en el capítulo II, la teoría de la pena más viable para esta leer la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la teoría de la prevención especial positiva, Todas las teorías positivas de la pena responden a la siguiente estructura razonante: (a) asignan a la pena una función manifiesta determinada; (b) asignan al derecho penal la interpretación de las leyes que disponen una coacción que se ajusta a esa función (excluyen las demás coacciones que quedan en campos ajenos o en ninguno); (c) conforme a la interpretación de las coacciones con la función asignada, las agencias jurídicas deciden a su respecto en cada caso, con exclusión de todo el resto de la coacción estatal²⁹⁶.

Por lo que las penas a imponer no pueden superar el umbral de razonabilidad que se orienta hacia sus fines, claro está que la pena de prisión de la que está plagado nuestro sistema legal, no es posible para una persona jurídica, por lo que es conveniente identificar el catálogo de penas más usadas en la legislación como la española, o francesa²⁹⁷, o incluso el proyecto de ley que actualmente se discute en El Salvador es la multa.

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica.
- c) Clausura de sus locales y establecimientos (por un plazo)
- d) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- e) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

²⁹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal parte General (Editorial: Ediar, Argentina, 2002), 44.

²⁹⁷ Juan Pablo Cavada Herrera, "Responsabilidad penal de personas jurídicas. Legislación de EEUU y países de Europa", Revista Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, (2017), 6. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24498/1/Responsabilidad_Penal_Personas_Jur%C3%ADdicas_def.pdf

- f) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario. (lo que en materia civil se asemeja a la figura del interventor con cargo a la caja, del artículo 633 del Código Procesal Civil y Mercantil)

Los propuestos en el artículo 11 del proyecto de Ley sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por La Comisión de Delitos, son los siguientes:

- a) Disolución y liquidación de la persona jurídica y la cancelación del asiento respectivo o de la personalidad jurídica, según corresponda.
- b) La prohibición de ejercer determinada actividad económica o de celebrar determinada clase de actos o negocios jurídicos.
- c) Inhabilitación temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado o las municipalidades.
- d) Suspensión temporal actividades propias de la empresa
- e) Multa.

Como se apreciará la única consecuencia que no se propone es la intervención de la persona jurídica, consecuencia jurídica que como se mencionó anteriormente sería de vital importancia cuando deba declararse la responsabilidad penal de asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, a continuación, se explican las dos penas principales y mas comunes en las legislaciones, para ambos tipos de personas jurídicas sancionables, tanto personas jurídicas sin fines de lucro, como con fines de lucro.

Sobre la multa puede decirse, que esta es concebida como la simple carga pecuniaria impuesta al condenado, ha sido transformada en la pena por excelencia en detrimento de las penas privativas de libertad, ampliamente cuestionadas. Constituye una restricción de la libertad del condenado en la medida en que se limita su capacidad económica. Con este objeto, se propugna la imposición progresiva de la multa para que tenga como efecto la disminución del nivel de vida durante un lapso determinado. Efecto ya logrado, en cierta medida, con la ejecución de la multa a través del pago de cuotas mensuales²⁹⁸.

²⁹⁸ Joseph du Puit, La Pena de Multa, Anuario de Derecho Penal: El sistema de penas del nuevo Código penal, (1999), 165.

En la Doctrina se diferencia de las correcciones y multas impuestas en uso de facultades gubernativas o administrativas es decir su naturaleza es de carácter penal, ya que el obligado a su cumplimiento es únicamente el condenado por la comisión del delito. Se considera que se podrá fijar la multa a través de una cantidad porcentual²⁹⁹, tomada en consideración relativa al volumen de negocios de la persona jurídica en el año en que realizó o finalizó la infracción, para fijar la cuantía de la multa considera como dato objetivo el volumen de negocio o patrimonio de la empresa (capacidad de pago) y una cantidad porcentual (gravedad del delito)³⁰⁰.

Muy parecido a la formula utilizada por el Proyecto de Ley Especial para la Prevención, control y sanción del Lavado de Dinero y Activos, cuyo artículo 72 respecto de la multa, establece que será un porcentaje del patrimonio social: *“Por la comisión de infracciones muy graves se podrán imponer las siguientes sanciones; b) Imposición a los sujetos obligados, de multas de hasta el dos por ciento (2%) por ciento del patrimonio del sujeto obligado”*³⁰¹.

La pena de multa debe ser la pena principal que se debe aplicar a las personas jurídicas como lo es la pena de privación de libertad para las personas físicas. Sostiene que precisamente porque ello es así, la multa debe regularse con detalle e incluir en su aplicación y en su determinación toda una lista de atenuantes y agravantes, como puede ser el manejar los datos del volumen de negocio de la empresa, así como atender a su tamaño. Se trata, en definitiva, de realizar todo un proceso de concreción de la pena de multa, teniendo en cuenta las características del hecho y del delincuente, y en este caso los datos a tener en cuenta son distintos a los que se barajan cuando se trata de una persona jurídica³⁰².

Explicada que la pena de multa debe ser la pena principal para el caso de las sociedades mercantiles que cometan delitos, puede afirmarse que la pena reina para el caso de las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro debe ser la Intervención

²⁹⁹ Ibidem.

³⁰⁰ Adan Nieto Martin, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”, (Madrid: editorial lustel, 2008), 36.

³⁰¹ Ante Proyecto de Ley Especial para la Prevención, control y sanción del Lavado de Dinero y Activos, (El Salvador: pieza de correspondencia presentada por la Fiscalía General de la Republica, 2018) artículo 72 literal “b”.

³⁰² Jacobo Dopico Gómez Aller, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*, (España: Tirant lo Blanch, 2012), 148. Además, coinciden en esta postura: Mata Barranco, Alonso Gallo y Nieto Martin.

Judicial en la Administración de la persona jurídica, dado que una pena de multa o disolución, podría perjudicar la función de la fundación, de manera tal que Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, (o en el caso de las fundaciones o asociaciones sin fines de lucro, para salvaguardar los intereses de las comunidades o de los sectores que se benefician de esas entidad, así como para reencausar los fondos provenientes de donaciones) por el tiempo que se estime necesario, cuya propuesta para El Salvador debería oscilar entre los tres a cinco años³⁰³.

De la misma manera la intervención debería poder afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio o establecimientos mercantiles. En materia procesal penal al momento de pronunciar sentencia el Juez o Tribunal, debe fijar el tiempo y límite de la intervención, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. También en materia procesal durante la ejecución de la pena debería existir disposiciones que permitan modificar o suspender la intervención judicial dentro de la persona jurídica en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal³⁰⁴.

El interventor para ser efectivo tendría derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o los requisitos para ser nombrado interventor³⁰⁵.

En conclusión, en el presente capítulo se ha dado cierre a los argumentos expuestos en capítulos anteriores sobre la culpabilidad de las personas jurídicas, y la teoría de la pena sobre la que debe construirse dicha culpabilidad, y sobre todo, en la teoría

³⁰³ Angeles Velazquez Martin, "La intervención judicial de bienes como medida penal", Revista del poder judicial, Número 87, (2008), 47. El interventor judicial, es la persona nombrada por el el Tribunal sentenciador, quien tiene como función el control y fiscalización interna de la gestión económico financiera y presupuestaria de la persona jurídica por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder del señalado por la ley.

³⁰⁴ Ibidem.

³⁰⁵ Bernardo Feijoo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, (España: editorial Civitas, 2012), 254. Considera que debería existir un reglamento que reguillare las funciones y reglas a las que debe someterse el interventor, en el ejercicio de sus funciones, debido a que debe procurarse el equilibrio entre la normalización o regularización de la persona jurídica, sin dañar su estructura e inversiones.

del delito en la que operaría dicha teoría de la culpabilidad, orientándose hacia una teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica para El Salvador, y analizando el proyecto de Ley sobre la Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas por la Comisión de Delitos, que actualmente se encuentra en discusión en la Asamblea Legislativa, se realiza una deconstrucción de la responsabilidad penal, utilizando la dogmática jurídico penal, la teoría de la pena, la teoría del delito, y el derecho procesal penal, se ha establecido que, El Salvador debe optar por un sistema que limite la responsabilidad penal solo ante la comisión de un número limitado de delitos, y de igual forma estos delitos solo hacen responsables a personas jurídicas determinadas, que ante todo deberían ser personas jurídicas de naturaleza privada, y las penas imponibles sería un catálogo cerrado de penas especiales, aplicables solo para personas jurídicas, que además debe existir una diferenciación entre las penas preferentes a imponer a las personas jurídicas con fines de lucro y sin fines de lucro.

Además se ha establecido la posibilidad de participar como cómplices o coautores a las personas naturales en los delitos cometidos por personas jurídicas, por lo cual cuando se tenga indicios suficientes para procesar penalmente a una persona jurídica, desde el inicio del procedimiento debe presentarse requerimiento también contra esta y concedérsele todos los derechos que le corresponden a su calidad de imputada para que ejerza su derecho de defensa, y aun antes del proceso, si llegase a tenerse conocimiento de la imputación o la investigación que se realiza en su contra, debe tener la posibilidad la persona jurídica a comparecer mediante un apoderado ante el Fiscalía General de la República, para que en sede administrativa preste su colaboración en la investigación, aportando elementos que desacrediten la atribución del delito, que se le hace, siempre y cuando la investigación no tenga reserva.

En todo caso el sistema que se propone con la información recabada en esta investigación, sería un sistema de autorresponsabilidad acumulativa y paralela a la responsabilidad de la persona física, pero no dependiente de la misma. Como recomendación para técnica legislativa este modelo debe estar plasmado en la parte general del código penal, pues la utilización de leyes especiales para acoplar todo un sistema de responsabilidad nuevo podría concluir con su inaplicación por parte de los tribunales.

Sobre la limitación a un listado limitado de delitos, debe aclararse que para evitar excesos en la aplicación de este tipo de responsabilidad debe optarse por un sistema *numerus clausus*, pudiendo mencionar de manera expresa algunos y otros mencionado todo el capítulo de los delitos por si se agregaren nuevos con futuras reformas, que mínimamente incluya: “Tráfico ilegal de órganos, Trata de seres personas. Delitos informáticos (a excepción de aquellos que por su naturaleza no pueda cometer una persona jurídica). Delitos contra la intimidad, Estafas, todas las Insolvencias punibles, Delitos contra propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores, Delito contra Hacienda Pública y Seguridad Social, Delitos contra el medioambiente, Delitos contra la salud pública, Cohecho, Tráfico de influencias, soborno Internacional, Financiación del terrorismo, contrabando de mercaderías, y los delitos contenidos en la ley contra el lavado de dinero y activos incluyendo el encubrimiento de los mismos.

Limitar la aplicación de la ley a las personas jurídicas de naturaleza privada, y establecer un régimen de agravantes y atenuantes donde se incluya en estas ultimas la existencia de un manual de prevención de delitos aun cuando el mismo no fuera lo suficientemente eficaz, y en caso de ser eficaz en la prevención del delito específico por el cual se procesa se considere como una causa de justificación. A ello debe agregarse un régimen de penas adecuado al tipo de persona jurídica, con su debida proporcionalidad en la aplicación de las mismas.

CONCLUSIONES

Posterior al desarrollo investigativo que ha conllevado el presente trabajo, con un desarrollo y análisis de los capítulos concernientes al tema de “Fundamentos para la incorporación de un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en la legislación salvadoreña”, se llega a la conclusión que se han cumplido los objetivos de investigación, de la manera siguiente:

- a) Se ha establecido que solo la teoría funcionalista, tiene la posibilidad de proporcionar una teoría de la acción que reconozca la capacidad delictual de las personas jurídicas bajo la óptica de la teoría jurídica del delito funcionalista, descartando en el proceso, a la acción causal, y la acción final, que demostraron ser insuficientes al haber sido construida sobre la base de una conducta delincencial realizada por personas naturales.
- b) Se ha establecido que el principio de culpabilidad tal y como está planteado en la constitución y desarrollado en el Código Penal, es rígido en cuanto a la finalidad de la pena y la exigencia de dolo o culpa, lo que conlleva la necesidad de una flexibilización del principio de culpabilidad, mediante una reforma al código penal y una reinterpretación constitucional de este principio. En cuanto a la teoría del delito, se estableció una modificación sobre los distintos niveles de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, cambiando la tipicidad desde la teoría de la acción funcionalista, establecido nuevas causas de justificación, y modificando la culpabilidad, que debe comprenderse como algo más que solo imputabilidad o inimputabilidad, sino como una necesidad de la pena, atendido a fines políticos criminales.
- c) Se ha analizado los fundamentos teóricos en los que se basa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, haciendo énfasis en la exigencia estatal a las personas jurídicas de desarrollar manuales de prevención de riesgo en el cometimiento de delitos, también denominados “copilense”, siendo que los mismos actúan como causas de justificación a nivel de la antijuridicidad para las personas jurídicas, diferenciando de su aplicación y cumplimiento perfecto como una causa de justificación, y su aplicación y cumplimiento imperfecto como una atenuante de responsabilidad penal.
- d) Se ha establecido que, El Salvador debe optar por un sistema que limite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, solo ante la comisión de un número limitado de delitos, y de igual forma estos delitos solo hacen responsables a personas jurídicas determinadas, que ante todo deberían ser personas jurídicas de naturaleza privada, y las penas imponibles, sería un catálogo cerrado de penas especiales, aplicables solo para personas jurídicas.

Se ha establecido además que debe existir una diferenciación entre las penas preferentes a imponer a las personas jurídicas con fines de lucro y sin fines de lucro. el modelo que más conviene para la legislación salvadoreña sería el modelo que derive de una autorresponsabilidad de la persona jurídica, por ser el modelo que menos riñe contra el principio de culpabilidad que es fundamental para un sistema de derecho penal constitucionalmente configurado, contrariamente el modelo que menos se adapta a nuestra legislación sería el de heterorresponsabilidad como claro ejemplo de ello sería el sistema de responsabilidad vicarial.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Nieto Martin, Adan. *Derecho penal económico*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2009.

Nieto Martin, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: editorial lustel, 2008.

Baratta, Alessandor. *Criminología crítica y critica del derecho penal*. Editorial siglo XXI, Argentina, 2004.

Alamo. Mercedes, Alonso. *El Sistema de las circunstancias del delito. Estudio General*. España: Valladolid, 1981.

Neira Pena, Ana María. *La Instrucción de los Procesos Penales Frente a las Personas Jurídicas*. España: Tirant lo Blanch, 2017).

Matallin Evangelio, Angela. *Compliance y Prevención de Delitos de Corrupción*. España: Tirant Lo Blanch, 2018.

Pablos de Molina, Antonio García. *Manual de Criminología: Introducción y Teorías de la Criminalidad*. Editorial: Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2003.

Vodanovic, Antonio. *Manual de derecho civil*. Chile: editorial jurídica cono sur, 2001.

Saura Alberdi, Beatriz. *Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas*. España: Tirant lo Blanch, 2021.

Feijoo, Bernando. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. España: editorial Civitas, 2012.

Schunemann, Bernd. *el sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. España: editorial tecnos, 1991.

Jara Díez, Carlos Gómez. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Buenos Aires: editorial B de F, 2010.

Romeo Casabona, Carlos María. *La insostenible situación del derecho penal*. Gramda: editorial Comares, 2000.

del Valle, Carlos Pérez, "*Introducción al Derecho Penal Económico*". España: Marcial Pons, 1998.

Taylor, Charles. *Fuentes del yo: La construcción de la identidad moderna*. España: editorial Paidós, 2006.

Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. España: Marcial Pons, 1998.

Roxin, Claus. *Política criminal y sistema de derecho penal*. Argentina: hamurabi, 2002.

Roxin, Claus. *Derecho Penal parte general tomo 1, fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. España: editorial Civitas, 1997.

Roxin, Claus. *Culpabilidad y Prevención en derecho penal*. España: Instituto editorial Reus, 1981.

.

Roxin, Claus. *Teoría del Tipo: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Argentina: editoriales de la palma, 1979.

David Bagun. *La responsabilidad penal de la persona jurídica: ensayo de un nuevo modelo teórico*. Argentina: editorial depalma, 2000.

Demetrio Crespo, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. España: editorial lustel, 2009.

Montealegre Lynett, Eduardo. *El funcionalismo en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003.

Echeverría Bereciartua, Eneko. *Las Modalidades de Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas en el Marco del Proceso Penal*. España: Tirant Lo Blach, 2021.

Bacgalupo, Enrique. *Derecho penal parte general*. Argentina: editorial hamurabi, 1999.

Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Colombia: editorial Temis, 1996.

Gimbernat Ordeig, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal ?*. España: editorial Ara, 2009.

Morón Lerma, Ester. *“Internet y derecho penal: haking y otras conductas ilícitas en la red”*. España: editorial Aranzadi, 2005.

Raúl Zaffaroni, Eugenio. *Derecho penal parte general*. Argentina: editorial Ediar, 2002.

Raúl Zaffaroni, Eugenio. *Sistemas penitenciario y alternativas de a la prisión en América Latina y el Caribe*. Argentina: Editoriales de la Palma, 1992.

Raúl Zaffaroni, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal parte General*. Argentina: Ediar, Argentina, 2002.

Laffite, Fernando. *Esbozos para una teoría del delito*. Argentina: editoriales Lernere, 1989.

Kafka, Fran. *El Castillo*. España: editorial debolsillo, 2012.

Bonatti, Francisco. *Copilance penal una teoría del delito*. España: Lefvebe el derecho, 2018.

Estepa Domínguez, Francisco. *La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica*. España: Universidad Internacional de Andalucía, 2012.

Sintura Valera, Francisco. *Aspectos penales de la libre competencia*. Colombia: El navegante, 1998.

Beviá, Gimeno. *Compliance y Proceso Penal: El Proceso Penal de las Personas Jurídicas. Adaptada a las Reformas del CP y LECRIM, Circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*. Pamplona: editorial Civitas, 2016.

Beviá, Gimeno. El proceso penal de las personas jurídicas. Navarra: editorial Aranzadi, 2014.

Medina Schultz, Gonzalo. Informe Intervención en Primer Trámite Constitucional, Historia de la Ley N° 20.393. Chile: Comisión Constitucional, 2009.

Grupo de Acción Financiera del Caribe. *Informe de evaluación mutua antilavado de dinero y financiamiento al terrorismo*. El Salvador: GAFIC, 2010.

Lago, Guardiola. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Jackobs, Gunter. *Dogmática de Derecho penal y configuración normativa de la sociedad*. España: Civitas, 2004.

Jakobs, Gunter. *la imputación penal de la acción y de la omisión*. Universidad Externado de Colombia, centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho, Colombia, 1996.

Jakobs, Gunter. sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. España: Civitas, 2003.

Jackobs, Gunther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. España: Editorial Civitas, 2000.

Jakobs, Gunther. *Sobre la teoría de la pena*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

Jakobs, Gunther. Sobre la teoría de la pena. Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

Jakobs, Günther. La imputación objetiva en Derecho Penal. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

Kelsen, Hans. teoría pura del derecho. Universidad Autónoma de México, México, 1982.

Welsel, Hans. *Derecho penal parte general*, (Argentina: editorial depalma,1976.

Welzel, Hans. El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Editorial B de F, Argentina, 2004.

Welzel, Hans. El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Editorial B de F, Argentina, 2004.

Kant, Immanuel. *“Fundamentación para una metafísica de las costumbres”*, Alianza editorial, España, 2012.

Blanco Cordero, Isidoro. Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Perú: OEA, 2006.

Pérez Arias, Jacinto. *Tres sistemas de atribución de Responsabilidad Penal a las personas jurídicas*. España: Dykinson, 2014.

Gómez Aller, Jacobo Dopico. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*. España: Tirant lo Blanch, 2012.

Fernández Teruelo, Javier Gustavo. las denominada “actuación en lugar de otro” a tenor de la nueva cláusula de extensión de los tipos penales prevista en el artículo 31 del Código Penal. España: editorial Dykson, 2013.

Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Madrid: Editorial Civitas, 2001.

Silvia Sanchez, Jesus-Maria. *Fundamentos Derecho penal de la empresa*. B de F, Argentina, 2016.

Cesano, José Daniel. *entorno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica*. Argentina: Alveroni, 1998.

Hurtado Pozo, José. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada. España: Tirant lo Blanch, 2001.

Zugaldía Espinar, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*. España: Tirant Lo Blanch, 2012.

Toro Peña, Juan Antonio. La persona jurídica en el proceso penal: Aspectos civiles, europeos, penales y procesales. España: Dykinson, 2013.

Gómez Colomer, Juan Luis. *Tratado Sobre Compliance Penal*. España: Tirant lo Blanch, 2019.

Montero Aroca, Juan. *El Derecho procesal en el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

Bonnetcase, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. impresora publímex, S.A. de C.V., Distrito Federal – México, 1997.

Banacloche Palao, Julio. Zarzalejos Nieto, Jesús María. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: editorial La Ley, 2011.

Bauman, Jurguen. *Derecho penal conceptos fundamentales y sistema*. Argentina: edición de la palma, 1973.

Tideman, Klaus, *lecciones de Derecho Penal'*. Promociones y Publicaciones, España, 1993.

Ferrajoli, Luigi. *derechos y garantías: la ley del más débil*. España: Trota, 2005.

Coaña Be, Luis David. *Compliance*. España: Tirant lo Blanch, 2019.

Gracia Martín, Luis. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, Tomo I*. España: Gráficas Navarro, 1984.

Gómez Tomillo, Manuel. *Compliance Penal y Política Legislativa*. España: Tirant lo Blanchm 2016.

Gómez Tomillo, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. España: Arazandi, 2005.

Villegas García, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de los Estados Unidos*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2016.

Guardiola Lago, María Jesús. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Silvestroni, Mariano. *Teoría Constitucional del Delito*. Argentina: editorial del puerto, 2004.

Pereira Garmendía, Mario. Diccionario del Latín Jurídico. Argentina: editorial B de F, 2018.

Weber, Max. Economía y Sociedad, 10° reimpresión. España: editorial J.Winckelmann, 1993.

Foucault, Michelle. *el poder, una bestia magnífica, sobre el poder la prisión y la vida*. editores siglo XXI, España, 2012.

Ontiveros, Alonso Miguel. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. España: Tirant Lo Blach, 2014.

Rodríguez García, Nicolás. Compliance y Responsabilidad de las Personas Jurídicas. España: Tirant lo Blanch, 2021.

Martín, Nieto. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Orellana Wiarco, Octavio. *Teoría Jurídica del Delito sistemas causalista, finalista y funcionalista*. Editorial Porrúa, Mexico, 2004.

Orellana Wiarco, Octavio. *Teoría Jurídica del Delito sistemas causalista, finalista y funcionalista*. Editorial Porrúa, Mexico, 2004.

González Sierra, Pablo. La Imputación Penal de las Personas Jurídicas Análisis del Art. 31 bis cp. España: Tirant Lo Blanch, 2012.

César Busato, Paulo. Tres Tesis Sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas. España: Tirant lo Blanch, 2019.

Berruezo, Rafael. Responsabilidad penal en la estructura de la empresa, imputación jurídico-penal en base a roles. Argentina, Editorial B de F, 2018.

Rubinska, Ramiro. *“derecho penal económico: tomo I”*. marcia ponss, Argentina, 2010.

Eduardo Sánchez, Raúl. *responsabilidad pena de las personas jurídicas*. Colombia: ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2005.

Placencia, Raúl. *Teoría del delito*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000.

Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 23^o edición. España: Espasa, 2014.

Frank, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Argentina: editorial B de F, 2002.

Quirós Pérez, Rene. *Manual de derecho penal I*. Cuba: Editorial Felix Varela, 2005.

Nuñez, Ricardo. *Manual de derecho penal parte general*. Argentina: editorial Cordova, 1999.

de Ruggiero, Roberto. "Instituciones de derecho civil: volumen I". Editorial Reus, España, 1998.

I. Mantilla Molina, Roberto. *Derecho Mercantil, Introducción Y Conceptos Fundamentales Sociedades*. editorial Porrúa, Argentina, 1984.

Lara Velado, Roberto. *Introducción Al Derecho Mercantil*, segunda edición. Editorial Universitaria, El Salvador, 1970.

Luis Vigo, Rodolfo. *visión crítica de la filosofía del derecho*. Argentina, Rubinazal, 1983.

Estevez, Rodrigo. *Responsabilidad penal del asesor de empresa: derecho penal tributario, tomo II*. Argentina: Marcial Pons, 2008.

Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*". Editorial B de F, Argentina, 2003.

Mir Puig, Santiago. *función de la pena y teoría del delito en el Estado social democrático de derecho*. España: editorial Boch, 1982.

Soler, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Argentina: Editorial Tea, 1992.

Escobar Vélez, Susana. *La responsabilidad penal por productos defectuosos*. España: Triant lo Blanch, 2012.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

Ferrari, Vicente. *Funciones del derecho*. España: editorial debate, 1989.

Frisch, Wolfgang. Jakobs, Günther. Köhler, Michael. Roxin, Claus. Bernd Schünemann, *sobre el estado de la teoría del delito*. Editorial Civitas, España, 2000.

TESIS

Mejías Rodríguez, Carlos Alberto. *Circunstancias Atenuantes y Agravantes en la Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal*. Tesis Doctoral, Universidad de la Habana, 2003.

Salvo Ilabel, Nelly. Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno. tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014.

Bacigalupo Saggise, Silvia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un estudio sobre el sujeto de derecho penal. Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

LEGISLACIÓN

Ante Proyecto de Ley Especial para la Prevención, control y sanción del Lavado de Dinero y Activos, (El Salvador: pieza de correspondencia presentada por la Fiscalía General de la Republica, 2018) artículo 72 literal “b”.

Código Civil de El Salvador. Cámara de Senadores, El Salvador 1860.

Código de Comercio de El Salvador. Asamblea Legislativa, El Salvador 1974.

Código de Trabajo. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1972.

Código Municipal. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1986.

Código Penal. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998.

Código Procesal Civil y Mercantil. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2010.

Código Procesal Penal. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2009.

Código Tributario. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2000.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, 1969.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Nueva York: Asamblea General, 1984.

Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998.

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

Ley de Asociaciones y Fundación sin Fines de Lucro. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996.

Ley de Partidos Políticos. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2013.

Ley Especial Contra Actos e Terrorismo. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2006.

DERECHO COMPARADO

Ley N° 30424. Perú: Congreso de la República, 2018.

Ley Orgánica 1/2011. España: Las Cortes generales, 2019.

Ley Orgánica 1/2015. España: Las Cortes generales, 2019.

Ley Orgánica 1/2019. España: Las Cortes generales, 2019.

JURISPRUDENCIA

Cámara de la Segunda Sección de Occidente. sentencia definitiva, ref: INC-PN-120-13. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Cámara Primera De Lo Penal De La Primera Sección Del Centro. sentencia definitiva Referencia 170-2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Cámara Segunda De Lo Penal De La Primera Sección Del Centro. sentencia definitiva, ref: 208-2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo reparaciones y costas, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo reparaciones y costas, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo reparaciones y costas Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014.

Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos. Estados Unidos de Norteamérica: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad, referencia: 52-2003/56-2003/57-2003. Corte Suprema de Justicia, 2004.

Sala de lo Penal. sentencia de Casación, referencia: 144-CAS-2011. El Salvador: Corte Suprema de justicia, 2012.

Sala de lo Penal. sentencia definitiva, referencia: 251C2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala De Lo Penal. Sentencia definitiva, Referencia: C111-1999. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999.

Sala de lo Penal. sentencia definitiva, referencia: 22CAS2015. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sala de los Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad 52-2003. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de los Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad, referencia 52-2003. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Tribunal De Sentencia De Chalatenango. sentencia definitiva, referencia: P0901-89-2006. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006.

Tribunal de Sentencia. sentencia definitiva, referencia: 74-2014. EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014.

Tribunal Supremo Español. Sentencia definitiva, referencia: 316/2018. España: Poder Judicial, 2018.

Tribunal Tercero De Sentencia De San Salvador. Sentencia referencia: P0103-52-2002. San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

Andrade Ortíz, Abel Carmelo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Sombras más que luces de la reforma. Revista jurídica de Catalunya, Vol. 112, Número 1, (2012):42-59.

Súarez Sánchez, Alberto. “La autoría en el actuar por otro en el Derecho Penal colombiano”. revista de derecho penal y criminología, volumen 25, n° 75, (2004): 160-173.

Ayala González, Alejandro. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas. Revista Indret, Enero (2019):1-14.

Angeles Velazquez, Martin. "La intervención judicial de bienes como medida penal". Revista del poder judicial, Número 87, (2008):10-49.

Cavada Herrera, Juan Pablo. "Responsabilidad penal de personas jurídicas. Legislación de EEUU y países de Europa". Revista Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, (2017):4-29. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24498/1/Responsabilidad_Penal_Personas_Jur%C3%ADdicas_def.pdf

Gómez-Aller, Jacobo Dopico. "*estafa y dolo civil: criterios para su delimitación*". revista derecho vol. 21, n.º 1: 7-35(2012), 1-19

Paliero, Carlo Enrico. "*Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano*". revista anuario de derecho penal, Universidad de Fribourg, N° 6, (1996):11-55.

Jara Díez, Carlos Gómez. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal". Revista La Ley, Año XXXI. (2010): 1-26.

Roxin, Claus. "Problemas de Autoría y participación en la criminalidad organizada". Revista Penal Número 2, (1998): 61-70.

Núñez Castaño, Elena. "La responsabilidad penal de la empresa,". Revista de estudios de la justicia, No 10 (2008):120-160.

Robles Salgado, Fernando. "La modernidad irresponsable: la comunicación de la irresponsabilidad organizada en sociedad de riesgo". Revista Madrid, No 13, departamento de antropología de la Universidad de Chile, (2005): 4-22.

Teubner, Gunther. "El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho". Doxa, nº 25, (2002):499-523.

Basualto, Hernández. "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile". revista de política criminal, Volumen 5, N° 9 (2010): 199-223.

Pradel, Jean. "*La responsabilidad penal de la persona moral*". revista anuario de derecho penal, Universidad de Fribourg, N° 6, (1996): 70-88.

Puit, Joseph du. La Pena de Multa, Anuario de Derecho Penal: El sistema de penas del nuevo Código penal, (1999):150-165.

Tiedemann, Klaus. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". revista anuario de derecho penal, Universidad de Fribourg, N° 6, (1996), 101-102.

Boldova Pasamar, Miguel Ángel. "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española". Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII (2013):198-236.

Soler Pascual, Luis Antonio. "Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los Consejos de Administración. Actuar en nombre de otro". revista del Consejo General del Poder Judicial, N° 91, Madrid, (2007): 10-29.

SITIOS WEB

Molins Renter, Albert. "Facebook usó los datos personales de sus usuarios como moneda de cambio para manipular a sus competidores". 07 de noviembre 2019, acceso 10 de septiembre de 2020: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/actualidad/20191107/471440364991/facebook-datos-personales-manipular-comprar-competidores.html>.

Shunemann, Bern. Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas. (ponencia de las jornadas internacionales de derecho penal, en la Universidad Externado de Colombia, 9 de marzo 2003). https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/19301/discover?filtertype=autor&filter_relational_operator=authority&filter=256a45a5-f5bc-4977-8d6d-d50212710f24

Torralba, Carlos. "La amenaza nuclear de Kim Jong-una toma cuerpo". El Pais, 3 de diciembre 2017, https://elpais.com/internacional/2017/12/02/actualidad/1512236948_987704.html.

Circular 1/2016. emitida por la Fiscalía General del Estado Español. sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

<http://www.pactomundial.org/wpcontent/uploads/2016/09/Circular-sobre-la-Responsabilidad-Penal-de-las-Empresas.pdf>. Accedido el 20 de Febrero 2017.

Freedman, Elaine. "Batiendo récords con la irresponsabilidad empresarial y gubernamental". En Vivo Digital, consultado el 20 de mayo de 2021. <https://www.envio.org.ni/articulo/3680>

Corina Orué, Juan Carlos. El uso de la personalidad jurídica con fines extrasocietarios, un tema recurrente y en permanente evolución. 11. Consultado en www.pj.gov.py/ebook/ el veintiséis de septiembre del 2020.

Ley Sobre Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas Por La Comisión De Delitos, Portal de Transparencia de la Presidencia del ejecutivo, consultado el: 8 de febrero de 2021. <https://www.transparencia.gob.sv/instituciones/capres/documents/269511/download#:~:text=La%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20jur%C3%ADdicas%20comprende%20los%20hechos,Responsabilidad%20sucesiva>.

Luna, Óscar. Diez casos de (presunta) corrupción en El Salvador: Caso Diego de Holguín. 24 de octubre de 2016. [https://www.elfaro.net/es/201610/ef_tv/19456/Diez-casos-de-\(presunta\)-corrupci%C3%B3n-en-El-Salvador-Caso-Diego-de-Holgu%C3%ADn.htm?from_date=2013-02-1&to_date=2013-02-28](https://www.elfaro.net/es/201610/ef_tv/19456/Diez-casos-de-(presunta)-corrupci%C3%B3n-en-El-Salvador-Caso-Diego-de-Holgu%C3%ADn.htm?from_date=2013-02-1&to_date=2013-02-28):

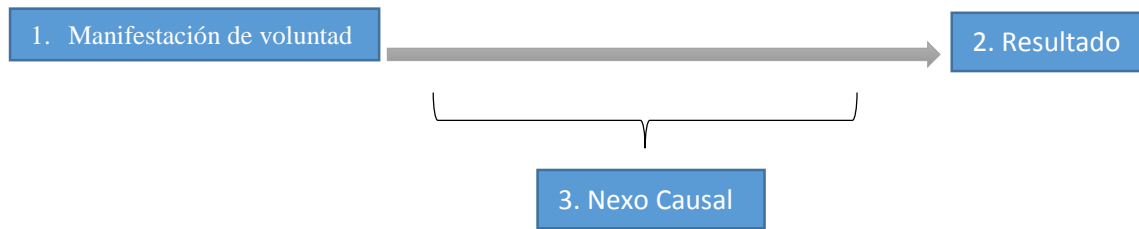
Carías, Patricia. "Fiscalía estima en \$4 mil millones los daños causados por Récord", Elfaró. 13 de diciembre de 2020. [https://www.elfaro.net/es/201104/noticias/3895/Fiscal%ADa-estima-en-\\$4-mil-millones-los-da%C3%B1os-causados-por-R%A9cord.htm](https://www.elfaro.net/es/201104/noticias/3895/Fiscal%ADa-estima-en-$4-mil-millones-los-da%C3%B1os-causados-por-R%A9cord.htm).

Urien, Paula. "Empresas con prontuario: hay una nueva base de datos para delitos de corrupción" La nación. 16 de diciembre de 2018. <https://www.lanacion.com.ar/economia/empleos/empresas-con-prontuario-hay-una-nueva-base-de-datos-para-delitos-de-corrupcion-nid2202757>

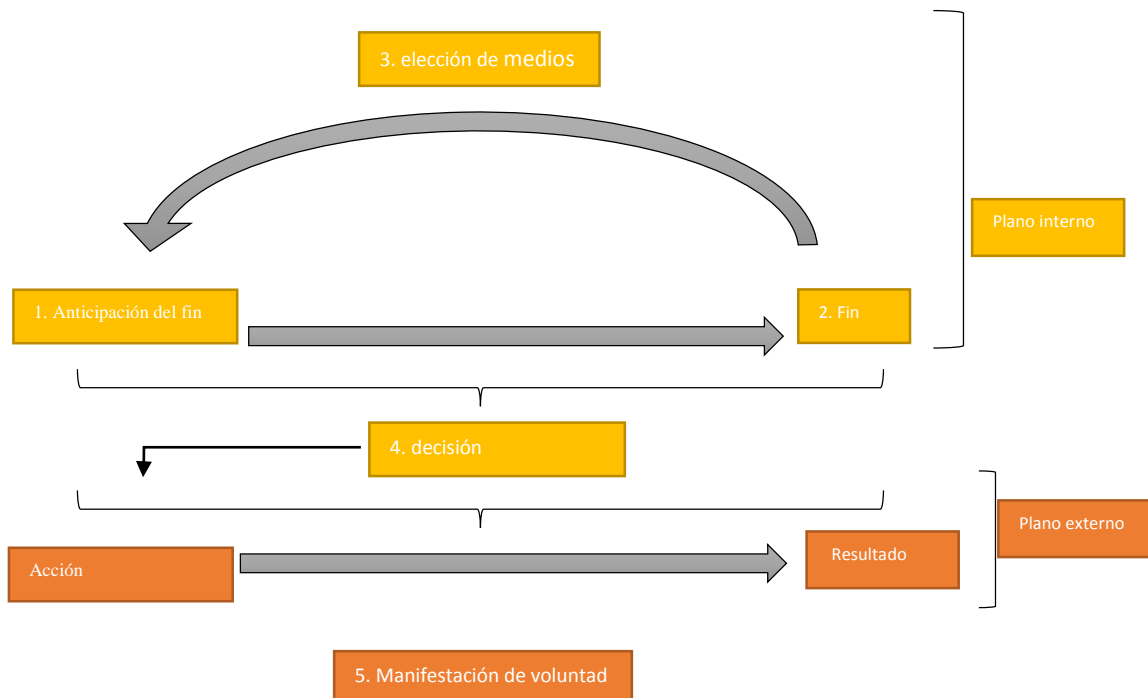
Secretaría de Participación presenta anteproyecto de ley de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas". Transparencia Activa, 7 de diciembre de 2018. <https://www.transparenciaactiva.gob.sv/secretaria-de-participacion-presenta-anteproyecto-de-ley-de-responsabilidad-penal-para-las-personas-juridicas>

ANEXOS

Cuadro grafico de la acción naturalista:



Cuadro grafico de la acción finalista:



Representación gráfica de la acción funcionalista:

