

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



**LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES
EN EL DELITO DE PECULADO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO (A)
EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:
HENRRY FRANCISCO PÉREZ OLMEDO.
FÉLIX ALEXANDER SARAVIA ORTIZ.**

**DOCENTE ASESOR
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ.**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO 2021.

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LICDA. GEORLENE MARISOL RIVERA.
(PRESIDENTE)**

**DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO.
(SECRETARIO)**

**LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ.
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias Alvarado.
RECTOR**

**Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López.
VICERRECTOR ACADÉMICO**

**Ing. Juan Rosa Quintanilla Quintanilla.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Msc. Francisco Antonio Alarcón Sandoval.
SECRETARIO GENERAL**

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

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata.
DECANA**

**Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco.
VICEDECANO**

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

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

**Licda. Diana Del Carmen Merino de Sorto.
DIRECTORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN**

**Msc. María Magdalena Morales.
COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURIDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer en primer lugar a Dios todo poderoso, por darme la oportunidad de culminar esta investigación, que con arduo esfuerzo junto a mi compañero de tesis hemos realizado, del mismo modo, dar las gracias a personas muy especiales en mi vida, que, con consejos, apoyo y sobre todo confianza, han contribuido en esta etapa de mi formación académica, por lo que merecen ser mencionados, en un orden alfabético, de la siguiente manera:

Luis Ernesto Pérez Hernández

Sara Patricia Ramos

Sonia Evelyn Olmedo de Pérez

y mis motivaciones más grandes:

Celeste Xareny Pérez

Zoe Mayari Pérez

Entre otras personas como amistades, familiares, maestros y compañeros de trabajo que han contribuido directa o indirectamente en la finalización del presente trabajo.

Por último y no menos importante, agradecido con la excelente asesoría, apoyo y confianza que me brindo el Licenciado Francisco Granados, para la elaboración de este Trabajo de investigación, en todas las etapas del mismo.

Henry Pérez

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por permitirme terminar mi trabajo de grado; también debo de agradecer a la persona más importante que me motivo a continuar mis estudios que fue mi madre, que a pesar de las dificultades siempre estuvo su apoyo incondicional, al igual que familiares que siempre me dieron su motivación anímica para poder seguir luchando por mis sueños.

Agradezco a mis amigos de la universidad, que compartimos buenos, malos, difíciles momentos, en el transcurso de la carrera, pero así nos formamos y aprendimos; también debo de agradecer a mi compañero de trabajo de grado, porque juntos logramos el último peldaño que nos permitirá graduarnos; y por último y no menos importante al licenciado Granados, por su asesoría en este trabajo, porque a pesar que nos tocó en momentos difíciles de calamidad humana siempre nos seguía asesorando.

Alexander Saravia.

INDICE

RESUMEN	i
ABREVIATURAS Y SIGLAS	ii
INTRODUCCIÓN	iii
CAPITULO I	1
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCEPTO DE AUTORIA Y PARTICIPACION; Y DEL DELITO DE PECULADO.....	1
1.1. Origen y evolución del concepto de autoría y participación.....	1
1.1.1. Concepto de autor	1
1.1.2. Concepto de participación	6
1.2. Antecedentes históricos de autoría y participación en la legislación penal salvadoreña	8
1.2.1. El código penal de 1826	10
1.2.2. El código penal de 1859	13
1.2.3. El código penal de 1881	14
1.2.4. El código penal de 1904	16
1.2.5. El Código Penal de 1974.....	17
1.2.6. El código penal de 1998	18
1.3. Origen y evolución del delito de peculado	20
1.4. Antecedentes históricos del delito de peculado en la legislación penal salvadoreña	23
1.4.1. El código de 1826.....	23
1.4.2. El código de 1859.....	25

1.4.3. El código de 1881	26
1.4.4. El código de 1904.....	28
1.4.5. El código de 1974.....	29
1.4.6. El código de 1998.....	30
CAPITULO II	32
CLASES DE AUTORIA Y PARTICIPACION.....	32
2.1. Clases de autoría.....	32
2.1.1. Autoría directa o individual	32
2.1.2. Coautoría.....	33
2.1.3. Coautoría funcional	34
2.1.4. Autoría concomitante.....	36
2.1.5. Autoría mediata	37
2.1.5.1. Casos en que el instrumento obra sin dolo	38
2.1.5.2. La actuación lícita del instrumento	40
2.1.5.3. Casos de ausencia de responsabilidad del instrumento	41
2.1.5.4. La falta de culpabilidad del instrumento	42
2.1.5.5. Instrumento que obra mediante aparatos de poder organizados	43
2.2. Clases de la participación.....	44
2.2.1. El dolo del partícipe	45
2.2.2. Complicidad.....	46
2.2.2.1. Concepto.....	46
2.2.2.2. Elementos objetivos de la complicidad	47
2.2.2.3. Formas de prestar ayuda al autor directo.....	48

2.2.2.4. El dolo del cómplice	48
2.2.2.5. Clases de complicidad	48
2.2.2.5.1. Cómplice primario	49
2.2.2.5.2. Cómplice secundario	49
2.2.3. Instigadores	50
2.2.3.1. Concepto.....	50
2.2.3.2. Elementos de la instigación.....	51
2.2.3.3. Medios y formas de instigación	52
2.2.3.4. Dolo del inductor	53
2.2.3.5. La instigación a una tentativa	54
2.2.3.6. La acción del instigado.....	55
2.2.3.7. Penalidad del instigador y el instigado	56
2.2.4. La participación en los delitos especiales.....	57
2.2.5. Principios aplicables a la participación	59
2.2.5.1. Principio de Accesoriedad.....	59
2.2.5.2. Principio de comunicabilidad de las circunstancias.....	60
CAPITULO III	64
DELITOS ESPECIALES; Y ESTRUCTURA TIPICA DEL DELITO DE PECULADO.....	64
3.1. Delitos especiales.....	64
3.1.1. Diferencias entre delitos comunes y delitos especiales.....	65
3.1.2. Instituciones que fundamentan los delitos especiales	67
3.1.3. Clasificación de los delitos especiales.....	69
3.1.3.1. Delitos especiales propios.....	69

3.1.3.1.1. Características de los delitos especiales propios.....	70
3.1.3.2. Delitos especiales impropios.....	70
3.1.3.2.1. Características de los delitos especiales impropios.....	71
3.1.4. Delitos de infracción de deber	71
3.1.5. Diferencias entre delitos especiales y delitos de infracción de deber	75
3.2. Estructura típica del delito de peculado	77
3.2.1. Elementos típicos del Peculado (Doloso) Art. 325 C.P.....	77
3.2.1.1. Concepto.....	77
3.2.1.2. Sujeto activo.....	78
3.2.1.3. Sujeto pasivo.....	79
3.2.1.4. Bien jurídico protegido.....	80
3.2.1.5. Objeto material	81
3.2.1.6. Conducta típica	83
3.2.1.7. Tipo subjetivo	84
3.2.1.8. Fases de la ejecución del delito	85
3.2.2. Elementos típicos del Peculado Culposos art. 326 Cp.....	85
3.2.3. Imputación subjetiva al rol	86
3.2.4. Iter Criminis: adelanto de la punibilidad	88
CAPITULO IV.....	90
LA INTERVENCION Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE PECULADO.....	90
4.1. Aspectos jurídico - dogmático del delito de peculado	90
4.2. El peculado como delito especial de infracción de deber	92

4.3. Sujetos intervinientes del delito de peculado	93
4.4. Autoría en el delito de peculado	96
4.5. Autoría mediata en los delitos especiales.....	97
4.6. La intervención del extraneus en el delito de peculado	100
4.7. Teorías del título de imputación.....	102
4.7.1. Teoría de la ruptura del título de imputación	102
4.7.2. Críticas a la teoría de la ruptura del título de imputación.....	103
4.7.3. Teoría de la unidad del título de imputación	104
4.7.4. Críticas a la teoría de la unidad del título de imputación	106
CONCLUSION	109
BIBLIOGRAFIA	112

RESUMEN

Esta investigación, tiene como objeto de estudio la intervención de sujetos en un delito en específico, del delito de peculado, el cual está regulado en nuestro Código Penal, a partir del artículo 325, siendo este objeto de estudio el eje transversal, sobre el cual se basara toda la investigación, para ello, resultado de vital importancia estudiar las figuras de la autoría, participación y peculado, conociendo de cada uno de estos sus antecedentes históricos generales y el desarrollo que estas figuras, a través del tiempo han tenido en los diferentes Códigos que la legislación penal ha tenido vigente desde 1826 hasta 1998.

Respecto al tema de Autoría y participación, se obtuvo como resultado, lo que la doctrina y sus grandes expositores como Mir Puig, Claus Roxin, Edgardo Alberto Donna, entre otros más, han venido defendiendo a través de los años, logrando comparar dichas teorías con lo que en la realidad jurídica penal acontece.

En lo concerniente al delito de peculado, fue necesario utilizar el método deductivo partiendo de lo general hasta llegar a lo particular, es decir, se inició desde el estudio de los delitos especiales, estableciendo sus características y clasificación, para ubicar así, al delito de peculado entre los delitos especiales propios.

Teniendo todo ello necesario se plasma un análisis jurídico dogmático de los sujetos conocidos como intraneus y extraneus, que resultan ser los intervinientes en los delitos especiales y en el delito en específico de peculado, logrando medir el grado de autoría y participación y la responsabilidad de los mismos.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

ART.	Artículo
CF.	Confróntese
CN.	Constitución
JCO.	Jurídico
PR.	Procesal

SIGLAS

CC	Código Civil
CPRCM	Código Procesal Civil y Mercantil
DE	Decreto Ejecutivo
DL	Decreto Legislativo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación contiene un estudio histórico, doctrinario, jurídico y jurisprudencial del tema denominado “*La Autoría y Participación de los sujetos intervinientes en el delito de Peculado*”, ello, ante los continuos y recientes casos de corrupción en nuestro país, donde se deja entre ver que respecto a estos temas dogmáticos existen diversos criterios aplicables.

Con el fin de delimitar más la investigación, y siempre bajo la misma problemática, resulta muy interesante enfocarse específicamente en el tipo penal del peculado, el cual se encuentra regulado en nuestro ordenamiento Jurídico en el Artículo 325 del Código Penal, ya que, respecto a la intervención de los sujetos en este delito en específico, se requieren de ciertas cualidades para para poner de manifiesto la autoría como tal, sin embargo, ¿se puede ser cómplice? –participación-; es aquí que se contraponen la teoría de la unidad del título de imputación: la cual va dirigida a evitar vacíos de impunidad y emitir sentencias en importantes casos de corrupción, penalizando la participación de un tercero de forma proporcional; y por otro lado la teoría de la ruptura del título de imputación: la cual propone sancionar al partícipe con un delito que no ha sido cometido por el autor, dejando a un lado la autonomía de los delitos especiales, debiendo aplicárseles el delito común subyacente, el cual tenga recogido dentro de su tipología básica los elementos que describe el tipo penal especial y si no tiene puede generarse un tipo de impunidad.

Además, dentro de este tipo penal, se encuentra que sus elementos aparte de ser sujetos cualificados, puedan apropiarse en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble; se establece que la administración, custodia o venta debe de estar a cargo en virtud de su función, resultando interesante determinar la situación de los

sujetos que tienen la calidad cualificada por tipo penal, pero que no tienen la función que describe la misma.

Ante tal problemática, se busca que esta investigación logre dar a conocer los pro y los contra de cada teoría enunciada con anterioridad, así mismo, sentar las bases doctrinarias, jurídicas y jurisprudenciales para arribar a ciertas reformas a nuestro Código Penal, que logren cerrar esos vacíos que se tienen, evitando la libre interpretación y aplicación de la norma. Asimismo, se busca, generar mejores criterios sobre la responsabilidad de todas las personas que participan en un delito especial y que no queden en impunidad, por no tener la calidad o función del sujeto activo que requiere el delito de peculado, por ello es de gran importancia para el acusador o aplicador de la norma penal tenga en consideración los avances y nuevos criterios respecto a los sujetos intervinientes en el delito de peculado.

Para lo anterior, esta investigación según su profundidad será de carácter explicativa, descriptiva y explicativa, basada en un método de análisis y síntesis, tomando como base objetiva la realidad que atraviesa nuestro país respecto a este tipo de delitos, realizando un análisis que permita la división mental del todo en sus múltiples relaciones y componentes, por ello hay temas que se tocan de manera superficial, con la intención de encontrar únicamente el nexo con nuestro objeto de estudio. Asimismo, se utilizará el método deductivo apoyándose en las aseveraciones y generalizaciones del tema de investigación a partir del cual se realiza inferencias particulares, con el cual se pasará del conocimiento general al específico.

Por todo lo anteriormente planteado, el presente trabajo de investigación estará conformado por cuatro capítulos, los cuales permitirán conocer y estudiar las figuras de la autoría, participación y peculado, desde aspectos

meramente doctrinarios y jurídicos y posteriormente, llevar estas, a un escenario dogmático que esté más cerca de nuestro objeto de estudio.

El primer capítulo es denominado: Antecedentes Históricos del concepto de Autoría y Participación; y del delito de peculado. En este capítulo se estudia el desarrollo que cada uno de los tres conceptos enunciados ha tenido a través de la Historia, y además conlleva una recopilación de la regulación de estos mismos conceptos, en todos los códigos penales que han existido y han estado vigentes en el Salvador desde 1826 – 1998.

El segundo capítulo es denominado: Clases de Autoría y Participación. Este capítulo se busca desarrollar la clasificación y sub clasificación de la autoría y participación según los autores más dominantes de la doctrina; por un lado, dentro de la Autoría, que hay otras figuras que merecen ser analizadas por separado, estas son: Autoría directa o individual, Coautoría, Coautoría funcional, Autoría Concomitante y Autoría mediata, y siempre en este sentido, dentro de la Autoría mediata, se ha incorporado algunos supuestos donde se ve de manifiesto dicha figura, y estos son: Casos en que el instrumento obra sin dolo, La actuación lícita del instrumento, Casos de ausencia de responsabilidad del instrumento, Falta de culpabilidad del instrumento, Instrumento que obra mediante aparatos de poder organizados y un último apartado dentro de este mismo denominado Autoría mediata en los delitos especiales.

Por el otro lado, se tiene a la Participación y está también ofrece un catálogo de figuras de vital importancia a estudiar, las cuales son: El dolo partícipe, Complicidad (en la cual se desarrolla concepto y clasificación), Instigadores (en la cual se desarrolla concepto y clasificación), La participación en los delitos especiales y Principios aplicables a la participación.

El tercer capítulo es denominado: Delitos Especiales y Estructura Típica del delito de Peculado. En este capítulo se desarrolla en primer lugar, las diferencias entre los delitos comunes y delitos especiales, se dan a conocer las instituciones que fundamentan a estos delitos y la clasificación de delitos especiales propios e impropios, pudiendo enmarcar al delito de peculado dentro de los delitos especiales propios, pero además dentro de los delitos de infracción de deber, generando así una diferencia entre ambas clases de delitos. Respecto a la estructura típica del delito de peculado se enmarcan el concepto, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico protegido, objeto material, conducta típica, tipo subjetivo y las fases de la ejecución del delito.

En el cuarto capítulo es denominado: la intervención y responsabilidad penal del extraneus en el delito de peculado. En este último capítulo van inmersos los resultados obtenidos de la ardua investigación, donde se han sentado bases sólidas y firmes sobre el objeto de estudio perseguido, mismo que se desarrolla de forma clara , precisa y ordenada, empezando con un acercamiento dogmático del delito de peculado, luego un análisis de este delito como delito especial de infracción de deber, verificando los sujetos que intervienen (extraneus - intraneus), logrando acumular definiciones legales y jurisprudenciales de funcionario público y culminado con la confrontación de la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación, generando en cada una las críticas respectivas aplicadas a la realidad.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCEPTO DE AUTORIA Y PARTICIPACION; Y DEL DELITO DE PECULADO

La dimensión que abarcan los conceptos y delito a estudiar en este capítulo, hace que se desarrolle el mismo en dos partes, siendo estas: autoría y participación; y peculado; ello, para lograr que se engloben los aspectos más importantes, de una forma ordenada, completa y sistemática, ya que, en su tenor, que aproximarán y sentarán las bases de nuestro objeto de estudio. Siendo que el marco histórico que posee cada figura es muy extenso, únicamente se centrara en el origen y evolución de estos de forma general y posteriormente en los antecedentes de cada figura en la legislación penal salvadoreña.

1.1. Origen y evolución del concepto de autoría y participación

Al iniciar el estudio sobre el tema del origen y evolución de los conceptos de autoría y Participación, se debe separarlos y desarrollarlos así, en el orden mencionados, con el fin de poder determinar cuáles han sido las diversas teorías que, a lo largo de la historia, diversos autores han postulado respecto a cada concepto.

1.1.1. Concepto de autor

Respecto al concepto de autor se encuentra que, desde su origen y posterior evolución, los más debatidos son los siguientes: concepto unitario, concepto extensivo y concepto restrictivo.

El concepto unitario de autor, renuncia a la distinción entre autores y partícipes. En su versión clásica o formal todo interviniente es autor porque aporta una contribución causal al delito.¹

Es así, que esta, no hace ninguna diferenciación entre los distintos partícipes del delito, considerando autores a todos los intervinientes que aporten una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que haya tenido su colaboración en el marco total del suceso.

La idea básica es abandonar los criterios de distinción entre el autor y el cómplice y reemplazarlos por una correcta mediación judicial de la pena, siendo así, que el juez no debe de analizar si el sujeto fue autor o participe del hecho, sino que simplemente debe medir la pena en base a la importancia y significación de cada interviniente.²

Kienapfel es uno de los defensores más importantes de esta teoría y cuestiona ¿será necesario contar con los “cristales conceptuales dogmáticos” de diferenciación entre el autor y el cómplice para ponderar el ilícito y la culpabilidad de cada colaborador y determinar la pena justa que corresponde a cada uno? Según el, la figura jurídica de autoría aprehende “toda forma imaginable de la colaboración en el acontecer típico”, sin distinción alguna (autoría mediata, coautoría, inducción, complicidad): la respectiva forma de colaboración solo puede encontrar su expresión en la medición judicial individual de la pena.³

¹ Miguel Díaz y Conlledo García, “Autoría y Participación” Revista de Estudios de la Justicia Nº 10, Chile, REJ – (2008): 13.

² Edgardo Alberto Donna, La autoría y participación criminal, 2ª Edición (Rubinzal – Culzoni Buenos Aires: Editores, 2002), 14.

³ Reinhart Maurach, Karl Heinz Geossel y Heinz Zipf, Derecho Penal Parte General Trad. 7ª edición (Buenos Aires: Astrea, 1995), 287.

El concepto extensivo de autor⁴ fue forjado por E. Schmidt y continuado posteriormente por Mezger; Schmidt, concibe como autor “al que ha causado con su acción la realización del tipo, en tanto su acción no aparezca como instigación o complicidad”. Por su parte Mezger en forma similar concibe al autor “al que antijurídica y culpablemente ocasiona la lesión o peligro de un bien jurídico mediante la realización del tipo, en tanto, él no realice el tiempo mediante un sujeto que obra con dolo”.⁵

Este concepto está basado en la “teoría de la equivalencia de condiciones y en la causalidad”, dicho concepto consiste, en que considera como causa, la que, al agregarse a las circunstancias existentes, produce un resultado, es decir es necesaria la causa para que el resultado se produzca. Partiendo de la igualdad de todos los intervinientes, se pueden definir distintos tipos de autoría, como es el caso de las formas de inducción y complicidad.

Esto conduciría a una concepción subjetiva del delito con una absoluta indiferenciación de los intervinientes en éste. El defecto fundamental del concepto extensivo de autor radica precisamente, en el punto de partida causal, que conduce a desconocer que cometer un delito no es igual que producir el resultado del hecho.

El concepto restrictivo de autor, los inconvenientes político criminales del concepto extensivo de autor, junto a otras consideraciones dogmáticas, han llevado a la doctrina dominante alemana a abandonarlo y sustituirlo por el concepto restrictivo de autor. Este otra teoría no es nueva, sino anterior, pero

⁴ Hans Henrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, parte general. V. II. 4° ed., (Barcelona: Bosch, 1985), 895; Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993) 119. Quien denominó, concepto extensivo y restrictivo fue Zimmeri, en 1929.

⁵ Enrique Bacigalupo, Derecho Penal, parte general, 2° ed., (Buenos Aires: Hammurabi, 1987), 317.

en los últimos tiempos ha sido objeto de ciertas matizaciones que han obviado su rigidez originaria y la han hecho aceptable por la mayoría. En España ha sido y es el punto de vista tradicional.⁶

El concepto restrictivo de autor parte de un principio opuesto al punto de partida del concepto extensivo de autor: parte de que no todo el que es *causa* del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho *realiza* el tipo. Causación no es igual a realización del delito. Para esta es preciso algo más que la causación. Los tipos de participación serán, pues, «causas de *extensión* de la pena», ya que si no estuvieran previstos por la ley no serían punibles. La diferencia entre autor y partícipe puede ser objetiva, según la clase de contribución al hecho. Las opiniones se dividen a la hora de precisar el criterio que debe decidir cuándo concurre una contribución de autor y cuando una de partícipe. Se distinguen aquí tres direcciones: *la teoría objetivo-formal, la teoría objetivo-material y la teoría del dominio del hecho.*⁷

a) Para la teoría objetivo-formal lo decisivo es solo y siempre la realización de todos o algunos de los actos *ejecutivos* previstos expresamente (literalmente) en el tipo legal.⁸ Esta teoría resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, en cambio, en los delitos de medios determinados.

b) La teoría objetivo-material intentó evitar los defectos de la teoría objetivo-formal resumiendo a un criterio material más allá de la mera descripción típica: la importancia objetiva de la contribución.

⁶ Santiago Mir Puig, Derecho Penal: Parte General, 10ª Ed. (Buenos Aires: Editorial B de F Ltda. 2016), 381.

⁷ *Ibíd.* 382.

⁸ Díaz, "Autoría y Participación", 441.

Seria autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante.⁹ Dos críticas cabe formular a la teoría objetivo material: por una parte desconoce la importancia de lo subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho, por ejemplo, para decidir si concurre autoría mediata es decisivo tener en cuenta si el ejecutor material conoce o desconoce la situación; por otra parte, de poco sirve como criterio delimitador de autoría y participación la remisión de una fórmula vaga como «mayor importancia objetiva», «mayor peligrosidad objetiva», etc.

c) Para la teoría del dominio del hecho, el autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de esa posibilidad. En la opinión de Wezel:¹⁰ *es el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico*. Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma.

El instigador y el cómplice, intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización. Según Roxin, principal exponente de esta concepción, es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura “clave o central” del suceso. Se trata de una síntesis de factores objetivos y subjetivos.

Así, la comisión del delito depende del control que tenga el agente sobre el desarrollo de la acción y de su consumación. *Las principales consecuencias de la teoría del dominio del hecho son:*¹¹ 1) Es autor quien ejecuta todos los elementos del tipo (dominio de acción). 2) Es autor quien ejecuta el hecho

⁹ Jescheck, Tratado de Derecho Penal, 893.

¹⁰ Wezel, Derecho Penal Alemán, 491.

¹¹ Claus Roxin, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, 7ª Edición, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2004) 58-70.

valiéndose de otro como instrumento (dominio de la voluntad). 3) Es autor el que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho) aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero, participando de la común resolución delictiva.

1.1.2. Concepto de participación

La Participación es un ataque autónomo al bien jurídico mediante colaboración dolosa no constitutiva de autoría en un hecho típicamente antijurídico cometido con dolo típico.¹²

Ahora bien, desarrollando la participación y estudiando las diferentes teorías que enmarcan este concepto, se tendrán en cuenta las que han sido rechazadas por concebir la participación con una cierta autonomía. En la adopción de una u otra tesis está en juego el fundamento que se otorgue a la participación.¹³ Dentro de las teorías que abordan el concepto de Participación están:

a) Teoría de la participación en la culpabilidad o la llamada teoría de la corrupción, para esta, el fundamento de la punibilidad de la participación reside en la culpabilidad del partícipe respecto de la corrupción del autor, es decir, la influencia del que participa en el que actúa, de lo que se deriva su culpabilidad y su pena.

Por ende, la determinación del fundamento de la responsabilidad de la participación puede derivarse, como dice Jakobs, del fundamento de res-

¹² Claus Roxin, Derecho Penal Parte Especial Formas de aparición del Delito, Tomo II, 2º Edición, (Buenos Aires: Editorial Aranzadi, S.A., 2014) 182.

¹³ Bacigalupo, Derecho Penal, 518.

ponsabilidad de la autoría; la participación es entonces autoría menguada. De esta manera, la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor.¹⁴

b) Teoría de la participación en el injusto, se parte de la base de que el fundamento de la punición está dado porque la acción del partícipe hace posible el injusto del autor.¹⁵

c) Teoría de la causación, se parte de la idea del aporte causal del partícipe en la realización del hecho. "No es el injusto del autor lo que se le imputa al partícipe, sino la causación de aquel resultado que constituye el resultado del hecho del autor". La circunstancia de que el aporte causal del partícipe se canalice a través del autor determina su mayor distancia en relación al resultado y, por lo tanto, su menor punibilidad. Si lo esencial, afirma Bacigalupo, es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y, en consecuencia, la participación se convertiría en un delito autónomo, es decir, perdería su naturaleza accesoria. Sin embargo, se ha sostenido que esta teoría no es aceptable habida cuenta de que se contrapone al requisito de la accesoriedad del hecho del partícipe de otro principal.¹⁶

d) Teoría de la participación en el ilícito, manifiesta que explicación de la participación debe partir de la idea básica de que el instigador y el cómplice colaboran en la realización de lo ilícito cometido por el autor. De manera que la esencia de la participación está en la motivación o en el apoyo de un

¹⁴ Otto Trieffterer, Derecho Penal Austriaco en General, 2ª ed. (New York: Editorial Springer, 1994), 411.

¹⁵ Welzel, Derecho Penal Alemán, 16.

¹⁶ Gunter Stratenwerth, Derecho Penal: Parte General, (Buenos Aires: Editorial Placido, 1999), 260.

ilícito típico ajeno, sin consideración de la causalidad del aporte del partícipe para la punibilidad, ni tampoco de si la causalidad debe ser reconocida como elemento esencial fundante de la pena junto a otros. Jakobs afirma que para esta teoría hay que tener en cuenta que en los delitos de la parte especial la ley sólo describe la actividad del autor, por ende, la punibilidad del partícipe es una ampliación de la punibilidad. Si bien el hecho no le pertenece, el partícipe "tiene sólo una parte en el hecho, sólo que reducida cuantitativamente. La ejecución del hecho principal no es sólo ejecución para el interviniente en concepto de autor, sino también para el partícipe.", de modo que "sin el hecho principal la participación no es materialmente delito; aisladamente, no pasa de ser un acto interno entre los intervinientes, pero sin llegar a constituir una perturbación exteriorizada; sólo el hecho principal exterioriza el comportamiento del partícipe".¹⁷

Por último, cabe recalcar, que en este subtema se ha desarrollado de forma superficial el origen y evolución de dichos conceptos, abarcando únicamente aspectos generales, que servirán para tener un acercamiento más directo únicamente al objeto de estudio de la investigación.

1.2. Antecedentes históricos de autoría y participación en la legislación penal salvadoreña

Previo al estudio de los antecedentes históricos de la autoría y participación en la Legislación Penal, es conveniente mencionar que las instituciones jurídicas se recopilan en un Código Penal y este es el resultado de una decisión política y como tal se convierte en una expresión acabada de poder que ha tomado dicha decisión, en ese sentido una adecuada comprensión de

¹⁷ Donna, La Autoría y Participación Criminal, 95.

una legislación determinada únicamente puede lograrse si él es el pensado en función de un contexto mayor que son las pautas político-criminales que la han gestado;¹⁸ en consecuencia, toda norma jurídica surge de una decisión política. Toda norma jurídica traduce una decisión política¹⁹.

Esta idea preliminar constituye el estudio de origen y evolución histórica de los conceptos de autoría y participación en los Códigos penales salvadoreños que han regido desde que se obtuvo la independencia hasta estos días. El derecho extranjero ha ejercido enorme influencia en América Latina que conquistaron su independencia, en el siglo pasado las antiguas colonias de la América Hispánica volvieron sus ojos hacia los países del viejo mundo incorporando los modelos legislativos de mayor prestigio, y en el caso de los países de lengua española, la influencia de la antigua metrópolis (España) constituyó un fenómeno abrumador²⁰.

La evolución histórica de la legislación penal, puede ser equiparada a los períodos de historia de Centroamérica excepto el precolombino; la evolución puede ser dividida en seis etapas, las cuales Miguel Trejo²¹ los define como grandes movimientos de reforma, así:

El primero de 1826 en que se dicta el primer Código Penal de El Salvador, documento que constituye una copia literal del Código Penal español de 1822; el segundo cuando se promulga el Código Penal de 1859, segundo código que también utilizó de inspiración el Código Penal español de 1848; el tercero

¹⁸ Miguel A. Trejo Escobar, *El Derecho Penal Vigente, Antecedentes y Movimientos de Reforma*, (El Salvador: Ediciones Último Decenio, 1995), 1.

¹⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 5ª Ed. (Buenos Aires: Ediar, 1987), 88.

²⁰ Heleno Claudio Frago, *El Derecho Penal comparado en América Latina, en doctrina penal* (Buenos Aires: Depalma, 1978), 713.

²¹ Trejo, *El Derecho Penal Vigente*, 1.

corresponde a 1881 año en que fue declarado ley de la República nuestro tercer código penal que también fue inspirado en su similar español de 1870; el cuarto movimiento se da con la vigencia del Código de 1904, que conservó la estructura de 1881, el cual fue inspirado por el Código español de 1870; el quinto movimiento es el correspondiente al Código Penal de 1974, fue publicado en el diario oficial en 1973 y entró en vigencia el 15 de junio de 1974, el cual tomó como modelo entre los más importantes, el proyecto del Código penal Salvadoreño de 1943, el proyecto de código penal mexicano, el proyecto peco para Argentina, el proyecto López-Rey de Bolivia, el código penal tipo para América Latina y por último el proyecto de código penal salvadoreño de 1959; y el sexto corresponde a nuestro código penal vigente, que fue aprobado por Decreto Legislativo No. 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo No. 335, del 10 de junio de ese año, y entró en vigencia el 20 de abril de 1998.

1.2.1. El código penal de 1826

El Código Penal de 1826, fue decretado por la legislativa el 13 de abril de 1826, fue nuestro primer código penal que constaba de 840 artículos, documento que constituyó una copia fiel del código penal español de 1822, y Trejo citando a Gimbernat Ordeig dice que no se sabe si el código penal español de 1822, entró en vigor, ya que en 1823 retoma el trono Fernando VII, instaurándose la monarquía absoluta, la cual anulaba todos los actos que realizaba el gobierno constitucional;²² en otra opinión Luis Mac Iver, dice que el código español de 1822 tenía algunas virtudes excelsas como su espíritu liberal, fruto de las doctrinas de Jeremías Bentham, como su benevolencia, su sentido de responsabilidad, humanidad, etc., al respecto de la vigencia del código dice

²² Fragoso, El Derecho Penal Comparado, 713.

“en España por obra del Absolutismo y su mediocre Rey Fernando VII, tuviera una fugaz vigencia, hasta el punto de que al tomárselo como modelo El Salvador, estaba derogado²³.

El código penal español fue promulgado el 9 de julio de 1822, después de ser discutido en las cortes, alcanzó a regir durante un año y tres meses en un período liberal; la regulación del Código en 1826, correspondiente a la consideración de las personas que concurren a la comisión de delitos, dice en su artículo 16: “Son autores del delito o culpa:²⁴ Primero: los que cometen espontáneamente la acción criminal o culpable; Segundo: los que hacen a otro cometerla contra su voluntad ya dándole alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar, ya forzándole para ello con violencia, ya privándole del uso de su razón, ya abusando del estado en que no la tenga, siempre que cualquiera de estos cuatro medios se emplee a sabiendas y espontáneamente para causar el delito y que lo cause efectivamente.

Art. 17 “Son cómplices: Primero. Los que espontáneamente y sabiendas ayudan o cooperan a la ejecución de la culpa o del delito en el acto de cometerlo; Segundo: los que ayuden, cooperen a la ejecución de la culpa o del delito en el acto de cometerlo, suministran o proporcionan espontáneamente las armas, instrumentos o medios para ejecutarlo, sabiendo que ha de servir para este fin; Tercero: los que a sabiendas y espontáneamente por sus discursos, sugerencias, consejos o instrucciones provocan o incitan directamente a cometer una culpa o delito o enseñan o facilitan los medios para ejecutarlo siempre que efectivamente se cometa la culpa o delito de resultas de dichos discursos, sugerencias o consejos o instrucciones; Cuarto:

²³ Trejo, El Derecho Penal Vigente, 1,3.

²⁴ Isidro Menéndez, Recopilación de Leyes en El Salvador y Centro América, 2º ed., (Guatemala: Imprenta Luna, 1855), 335-337.

el que espontáneamente y a sabiendas por soborno o cohecho con dádivas, promesas o por órdenes o amenazas o por medios de artificios culpables hacen cometer el delito o culpa que de otra manera no se cometiera.

En las promesas que constituyen el soborno o cohecho se comprenden las esperanzas de mejor fortuna, ofrecidas por el sobornador al sobornado.

Art. 18. “Los cómplices serán castigados respectivamente con la misma pena impuesta por la ley a los autores del delito o culpa a no ser que la propia ley determine expresamente otra cosa...”.

Art. 19. “Son auxiliadores y Fautores:²⁵ Primero: los que espontáneamente y a sabiendas conciertan de consuno la ejecución de una culpa o delito que llega a tener efecto, pero que no cooperan ni ayudan a su perpetración en el acto de cometerla, ni la causan, por ninguno de los medios del Art. 17; Segundo: los que sin noticia ni concierto previo acerca de la culpa o delito y sin ayudar ni cooperar para su ejecución, acompañan en ella espontáneamente y a sabiendas al que lo comete y le ayudan después de cometido para ocultarse o encubrir el delito, o se aprovechan de sus consecuencias con el reo principal.

Tercero: los que, habiendo ordenado, sugerido, aconsejado, enseñado o facilitado espontáneamente y a sabiendas la ejecución de un delito o sobornado, amenazado, o provocado para ella, no causan efectivamente aquel delito, sino que resulta otro mayor o diferente del todo por exceso o por voluntad del ejecutor. Cuarto: los que espontáneamente y a sabiendas por sus discursos, sugerencias, consejos, instrucciones, ordenes, amenazas u otros

²⁵ Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico Tomo IV, (Argentina: Heliasta, 1989), 35. Fautor: Favorecedor; quien auxilia o ayuda a otro en derecho penal, aun no siendo tecnicismo moderno coautor o cómplice, todo el que ayuda o favorece a otro para que cometa un delito.

artificios culpables, aunque no provoquen directamente a cometer el delito o culpa, contribuyen principalmente a que se cometa.

Quinto: los que espontáneamente conciertan con alguno de los reos principales o cómplices antes de cometerse el delito, y con conocimiento de éste, que receptorán y ocultarán la persona de alguno de ellos, o las armas, instrumentos o utensilios de la ejecución o alguno de los efectos en que consiste el delito o que los compararán, responderán o distribuirán en todo o en parte; Sexto: los que espontáneamente y a sabiendas sirven de espías o centinelas, o hacen espaldas a los delincuentes para la ejecución del delito, o les prestan para ello algún abrigo, noticia o auxilio aunque no lleguen a incurrir en alguno de los casos del Art. 17 o les facilitan los medios para reunirse, o les ofrecen antes de la ejecución y con conocimiento de ella, protección, defensa o cualquiera otra ayuda para salvarlos o encubrir el delito.

Los auxiliares y fautores serán castigados con las dos terceras partes de la pena señalada por ley, contra los autores del delito o culpa, a no ser que la ley disponga otra cosa”²⁶.

1.2.2. El código penal de 1859

De los años 1860 a 1864 son productivos en lo que corresponde a la actividad legislativa, el doctor Isidro Menéndez al terminar en 1885 su recopilación de leyes, terminaba el Proyecto de procedimientos judiciales de la República que fue promulgado en 1858. Un año después el 28 de septiembre de 1859, aparece una nueva legislación penal que se le atribuye a una comisión que fue

²⁶ El Art. 20 hacía referencia al encubrimiento en la evolución de las legislaciones, eran considerado como forma de participación y es por ello que en este código y en los siguientes, hasta en el Código Penal de 1974, que se les excluye del concurso de delincuentes.

integrada por los Licenciados José María Silva y Ángel Quiroz, al igual que el Código Penal de 1826, su similar de 1859, tomó como lineamiento el código penal de España de 1848, con ligeros cambios, como por ejemplo, la supresión de las penas infamantes, pues era necesario poner al día los principios de legislación penal y depurar los resabios de las leyes españolas de la colonia.²⁷

Es necesario hacer mención que el código penal de 1848, el cual la legislación penal tomó como modelo tuvo influencias de otras legislaciones penales, una de ellas es el código penal de Brasil de 1830, así como también el eclecticismo francés entonces dominante (en 1848) por influencia de Pellegrino Rossi y también el código de las dos Sicilias²⁸.

El Código de 1859, en su título 2, correspondiente a las personas responsables de los delitos y las faltas, en su capítulo I, de las personas criminalmente responsables de los delitos y las faltas en su artículo 12 dice: “Son responsables criminalmente de los delitos y faltas, 1º los autores, 2º los cómplices, 3º los encubridores. Art. 13. “Se consideran autores: 1º Los que inmediatamente toman parte en la ejecución del hecho; 2º. Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlos; 3º. Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado”. Art. 14. “Son cómplices: los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”.

1.2.3. El código penal de 1881

El 2 de marzo de 1880, por decreto de la constituyente, se comisiona al poder ejecutivo para que se proceda la reforma de toda la legislación, procurando su

²⁷ Jorge Sol Castellanos, “Historia de la legislación Penal Salvadoreña”, El Salvador, revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, (1947): 39.

²⁸ Fragoso, El Derecho Penal Comparado, 7.

debido entendimiento y armonía. Se comisionó para tal efecto a los juristas José Trigueros, Antonio Ruiz y Antonio Castellanos y fue publicado en el Diario Oficial con fecha 20 de diciembre de 1881.²⁹

De este código penal es posible hacer la afirmación de que al igual que los dos últimos códigos, también fue una copia de su similar de España de 1870, y al separar cada uno de sus textos y capítulos equivale a estudiar o entrar en conocimiento de la legislación penal española.

El código tiene una cualidad de innovación, ya que se mencionan situaciones de carácter exclusivo como, por ejemplo: el catálogo de penas del Código penal español, es diferente en ciertos aspectos a la legislación, así como también la inclusión entre las eximentes, el trastorno mental transitorio, el hipnotismo, embriaguez fortuita y el sonambulismo que, en su tiempo, el legislador español no incluyó en su artículo referente a las eximentes.³⁰

El código penal de 1881, en el título II, libro I, correspondiente a las personas responsables de los delitos y faltas en su artículo 12 establece: “Son responsables criminalmente de los delitos: 1º. Los autores, 2º. Los cómplices, 3º. Los encubridores”.

Art. 13. “Son responsables criminalmente de las faltas: 1º. Los autores. 2º. Los cómplices”. Art. 14. “Se consideran autores: 1º. Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando que se evite; 2º. Los que fuerzan o inducen directamente a otros para ejecutarlo; 3º. Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios, aunque se lleve a efecto el hecho o la presencian sin tomar parte en él”.

²⁹ Trejo, El Derecho Penal Vigente, 35.

³⁰ Castellanos, “Historia de la Legislación Penal Salvadoreña”, 40, 41.

Art. 15. “Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho, por actos anteriores o simultáneos”.

1.2.4. El código penal de 1904

El origen histórico del código penal de 1904, radica en el hecho siguiente: El Salvador se suscribe a los tratados centroamericanos sobre derecho penal; uno de los cuales trataba sobre la extradición que se celebró en la república mayor de Centroamérica y los gobiernos de Costa Rica y Guatemala, el día 5 de junio de 1897 en la ciudad de Guatemala. Así también se acuerda la reforma de legislación penal de ese momento y adecuarla para unificar la ley en el istmo donde se suprimirían las penas de ese tiempo para ser sustituidas por penas fijas.³¹

Otro tratado fue suscrito y ratificado por la nación el 12 de febrero de 1901, por delegados plenipotenciarios de El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. La ratificación fue producto de la recomendación que fue aprobada por el segundo congreso jurídico centroamericano, celebrado el 15 de enero de 1901, en San Salvador, y participaron como representantes nacionales los doctores Manuel Delgado y Francisco Martínez Juárez.

Tan numerosas eran las reformas por los compromisos adquiridos en los tratados anteriores, que era necesario promulgar un nuevo Código y para ello se procedió a la elaboración del mismo encomendándole la tarea a los jurisconsultos Teodosio Carranza, Manuel Delgado y Salvador Gallegos (la elaboración de este Código se hizo sobre las bases del código de 1881).

³¹ Trejo, El Derecho Penal Vigente, 37.

Se presentó el anteproyecto el 15 de marzo de 1902, la Corte Suprema de Justicia lo aprobó y sugirió adiciones el 22 de abril de 1903; es aprobado por la legislatura el 8 de abril de 1904, y fue ley de la república el 11 de diciembre de ese mismo año.

El código de 1904, en el Título II, de las personas responsables de los delitos sin falta, en su artículo 11: “son responsables criminalmente de los delitos: 1º. Los autores. 2º. Los cómplices. 3º. Los encubridores”. Art. 12. “Son responsables criminalmente de las faltas: 1º. Los autores. 2º. Los cómplices”. Art. 13. “Se consideran autores: 1º. Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2º. Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3º. Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin cual no se hubiera efectuado”. Art. 14. “Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores y simultáneos”.³²

1.2.5. El Código Penal de 1974

Para la elaboración del código penal de 1974, se tomaron en consideración varios proyectos entre los cuales están: el proyecto del código penal salvadoreño de 1943, el proyecto del código penal venezolano, el anteproyecto del código penal mexicano, el proyecto de código López-Rey para Bolivia, el código tipo para América Latina.³³ En el tópico que ocupa el código no utilizó la redacción esperada de los anteriores proyectos de códigos penales sino que preservó la doctrina italiana que fue transmitida a la legislación a través de la legislación española; la influencia que España tuvo en Italia, se remonta a la Edad Media, en la antigua Italia, en donde el Código Penal español de 1848

³² Código Penal de El Salvador, (El Salvador, Suprema Corte de Justicia, 1904), Artículo 27.

³³ Trejo, El Derecho Penal Vigente. 41.

(código que sirvió de inspiración al código salvadoreño de 1859), adoptó las antiguas doctrinas de los juristas italianos que tuvieron mucha difusión del siglo XVII al XIX, dichas doctrinas concebían al inductor como autor moral y era equiparado con el autor principal.

Dicha doctrina por medio de España, influyó en gran manera en la legislación: en ese sentido, si se concebía al inductor como autor moral y se le equiparaba como autor material, solo es necesario compararlo con el artículo 34 nuestro código penal, en donde el inductor se le considera autor mediato; así también el cómplice primario era equiparado con el autor y al igual que en el caso anterior basta con remitirse al artículo 34 se le considera como autor mediato.³⁴

1.2.6. El código penal de 1998

El anterior Código penal de 1974, representó un adelanto dentro del desarrollo de la ciencia penal y la técnica legislativa, pero en la época de 1998 ya no se perfila de la misma manera porque su contenido no guarda concordancia con el texto de la Constitución de la República de 1983, ni con la realidad política y social que vivía el país, es por ello de la necesidad de crear un nuevo código Penal.

Respecto a nuestro tema de interés (autoría y participación), en este código de 1998, el cual es el vigente, se recogen dichas figuras en el Libro Primero de la Parte General, Título II Hecho Punible y Responsabilidad Penal, Capítulo

³⁴ Fragoso, El Derecho Penal comparado, 722 -723. El Código Penal para Latino América, se elaboró por iniciativa del Dr. Eduardo Novoa Monreal, Presidente en los años 60, del Instituto de Ciencias Penales de Santiago de Chile, convocó a juristas de Latinoamérica para la elaboración de un proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica, y se realizaron seis reuniones para la discusión del mismo; pero luego de la tarea desarrollada no produjo los resultados esperados, pues según Heleno Fragoso, el sistema de trabajo adoptado orientado hacia la búsqueda de soluciones legislativas con criterios democráticos sin base criminológica, dejaban fórmulas inadecuadas de compromiso, inspiradas en doctrinas alemanas e italianas no traían soluciones innovadoras a los problemas penales de nuestro tiempo.

IV, De los Autores y Participes³⁵, en los artículos siguientes: Responsables penalmente, Art. 32.- Incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices. Los autores pueden ser directos o pueden ser mediatos. En los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho.

Autores directos o coautores, Art. 33.- Son autores directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito. Autores mediatos, Art. 34.- Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento. Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor mediato.

Instigadores, Art. 35.- Se consideran instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito. Cómplices, Art. 36.- Se consideran cómplices: 1) Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito; y, 2) Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aun mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél.

En todo caso, no tendrán responsabilidad alguna en los delitos cometidos por medio de la prensa, radio, televisión u otros órganos similares de difusión, las personas que en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa.

Principio y alcance de la responsabilidad de los partícipes, Art. 37.- La responsabilidad penal de los partícipes, principia desde el momento en que se ha

³⁵ Código Penal de El Salvador (El Salvador, La Asamblea Legislativa, 1998), Artículos. 32, 33, 34, 35,36.

iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico o antijurídico.

1.3. Origen y evolución del delito de peculado

El Peculado, es un delito que encuentra su origen legislativo en las civilizaciones más antiguas conocidas. Si se remonta hasta el Código Babilónico de Hammurabi, se encuentra que de acuerdo a él se castigaba con la muerte a aquellas personas que robaban bienes pertenecientes a la divinidad, al templo o a la corte. Es en Roma donde se emplea por primera vez la palabra peculado, siendo que en el derecho romano se define el delito de peculado como *pecuniae publicae ut sacre furtum*.

Etimológicamente la palabra se deriva de *pecus*, que significa *bestia o ganado*, y al usar esta palabra para designar el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado se tomaba en cuenta el hecho de que, antes de generalizarse el uso del dinero, los bienes o muebles de mayor importancia eran los animales destinados al sacrificio. El peculado se podía presentar bajo tres formas diferentes: crimen peculatus, crimen sacrilegi y crimen residuarum pecunigrum.

El crimen peculatus y el sacrilegi eran hurtos de cosas públicas o sagradas cometidas o por particulares que conocían la cualidad de la cosa hurtada, o por los empleados públicos que la tienen en posesión o que debían restituirlas exactamente como le fueron entregadas por sus deudores de especie.

La tercera forma de presentarse el delito, la llamada crimen residuarum pecuniarum, era el cometido por el empleado público deudor de cantidad que no

restituía en el término de un año el dinero público que le había sido entregado, ni comprobaba haberlo gastado en el uso al cual estaba destinado”.³⁶

En las Leyes de Partidas esta delincuencia fue mirada primordialmente como una ofensa a la autoridad real. En este cuerpo de legislación se encuentra supuestos de peculado y residuos, siendo de destacar el distinto tratamiento en cuanto a la pena.

Conforme dichas leyes, debía morir no sólo el oficial del Rey que tuviese algún tesoro en guarda, o que recaudara pagos o derechos y los hurtara, el juzgador que, mientras estuviere en la función, hurtara los “maravedís” del rey o de un consejo, sino también aquél o aquellos que les prestaran ayuda o consejo o los encubrieran. En cambio, aquellos a quienes se les hubiere encomendado realizar un pago y no lo hicieran, o bien no aplicaran los fondos con arreglo a lo encargado, aparecen diferenciados de los anteriores, en cuanto se les aplicaban sanciones de orden pecuniario.

Novísima Recopilación. Las recopiladas se encaminaban, igualmente a la defensa del erario, por cuanto es necesario para bien público la conservación de las rentas y derechos, por depender de ello el sostenimiento del Estado. Sus previsiones estaban dirigidas hacia quienes, de propia autoridad y sin licencia del rey, tomaban para sí tales fondos, o para quienes lo ocupaban a sabiendas y violentamente, y también para los hicieran pública resistencia a los encargados por el rey de la recaudación”.³⁷

Las Recopiladas mandan que el empleado público que usurpare de manera fraudulenta los caudales que están a su cuidado o ayudase o diese consejo a

³⁶ Arnoldo García Iturbe, “Delitos contra la Cosa Pública y Contra la Administración de Justicia”, (Tesis de Grado, Universidad Central de Venezuela ,1967), 14.

³⁷ Daniel P. Carrera, Peculado, 2º ed., (Argentina: Ediciones Depalma, 1983) 5-7.

otro para hacerlo, debe perder todos sus bienes y ser desterrado perpetuamente del reino; y quien conociendo la usurpación no la denuncia dentro de los siguientes dos meses, perderá la mitad de sus bienes y cualquier empleo u oficio que hubiere recibido del soberano. Los tesoreros que empleasen estos caudales en uso propio, aunque lleguen a aportarlos luego, no sólo perderán su empleo, sino que quedarán inhábiles para cualquier otro; y si no hay reintegro, sufrirán pena de presidio por diez años. En caso de violencia en la ejecución, la pena era de muerte y confiscación”³⁸.

Es importante tener en claro que, el Peculado pertenece a los denominados delitos especiales, siendo estos un concepto propio de la Ciencia del Derecho penal. Más concretamente, ha sido un concepto propio de la llamada Teoría general del delito. No es de extrañar, por tanto, que, salvo en contadas ocasiones, no sea posible hallar ni en los textos legales de contenido penal ni en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia referencia alguna ni siquiera indirecta a esta tipología delictiva.³⁹

La principal consecuencia del carácter doctrinal del concepto de delito especial debe verse en la ausencia de una terminología unitaria que comprenda con coherencia las principales características configuradoras del concepto de delito especial. Muchos y muy diversos son, de este modo, los términos que la doctrina penal, especialmente la alemana, ha venido empleando para referirse a los delitos especiales. Junto a la referencia directa al “delito especial” (que en Alemania suele hallarse expresada en muy diversos términos, tales como “sonderbares Verbrechen”, “besonderes Verbrechen”, “Sonderverbrechen” o “Sonderdelikt”) o al hecho delictivo especial (“Sonderstraftat”),⁴⁰ también han

³⁸ García, “Delitos Contra la Cosa Pública”, 16.

³⁹ Víctor Gómez Martín, *Los Delitos Especiales*, (España: Editorial Euros Editores S.R.L, 2006), 4.

⁴⁰ *Ibíd.* 44.

sido utilizados como sinónimos del mismo términos tales como “Delictum sui generis”, “Delictum proprium” o “delito autónomo”, entre otros. El Derecho alemán común asumió de modo prácticamente completo la clasificación de delitos en “delicta propria” y “delicta communia” heredada del Digesto del Corpus Iuris de Derecho penal romano.

1.4. Antecedentes históricos del delito de peculado en la legislación penal salvadoreña

Los delitos especiales siempre han estado inmersos dentro del nuestro Ordenamiento Jurídico Penal, desde el primer código hasta el que se encuentra vigente; consecuentemente el delito de peculado, siendo parte de los delitos especiales, ha tenido su historia en la legislación salvadoreña por ello se estudiarán los antecedentes históricos de este delito, viendo su regulación y penalidad.

1.4.1. El código de 1826

En el primer Código Penal adoptado por El Salvador, no se encontraba articulado el tipo penal de Peculado propiamente tal, pero sí un tipo penal similar que está en el Título 6º De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, Capítulo. 11º Malversaciones de caudales públicos, en el art. 344 establecía que: *“El funcionario público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan con ánimo de apropiárselos, será castigado: 1º Con la pena de arresto mayor, si la sustracción no excediere de diez pesos; 2º Con la de prisión menor, si excediere de diez y no pasare de doscientos; 3.º Con la de prisión mayor, si excediere de doscientos y no pasare de mil; 4º Con la de*

*presidio mayor, si excediere de mil. En todos los casos, con la de inhabilitación absoluta.*⁴¹

Al igual que el Delito de Peculado por culpa no se encuentra articulado, pero hay un tipo penal similar en el art. 345 que establecía: *“El funcionario público que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos de que se trata en los números 1º, 2º, 3º, y 4º del artículo anterior, incurrirá en la multa equivalente al valor de los caudales o efectos sustraídos”*.⁴²

La responsabilidad penal de este delito se encuentra en el título 3, Duración y efecto de las penas, Capítulo 3 sección 1º De la duración de las penas art. 24. *“Las penas de presidio y prisión superior, relegación y extrañamiento duran de ocho a doce, años, las de presidio, prisión y confinamiento mayores duran de cinco a siete años, las de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial duran de dos a seis años, las de presidio, prisión y confinamiento menores duran de dos a cuatro años. Las de presidio y prisión correccionales y destierro duran de seis a veinte meses.; La de suspensión dura de dos meses a dos años.*

La de arresto mayor dura de dos a ocho meses. y La de arresto menor dura de ocho a treinta días. La de caución durará el tiempo que determinen los Tribunales. La multa supletoria como pena inmediata, mente inferior a la última de cada una de las escalas graduales, será de diez y seis á veintiocho pesos. Los plazos de días, meses y años de que se hace mención en este artículo, se computarán con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil”.⁴³

⁴¹ Código Penal de El Salvador (El Salvador, Asamblea Ordinaria de El Salvador, 1826), artículo 344.

⁴² *Ibíd.* Artículo 345.

⁴³ *Ibíd.* Artículo 24.

1.4.2. El código de 1859

De la misma manera que en el Código Penal de 1826, no se reguló el tipo penal de Peculado en sus dos modalidades, pero regulaba una conducta que se adecua al tipo penal en estudio, en este Código Penal la diferencia es el numeral 4º del art. 312 y la inhabilitación perpetua o absoluta al cometer cualquier acción tipificada en este tipo penal; estos artículos se contemplaban en Título 7 De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de su cargo, Capítulo 13, Malversación de caudales públicos, en el art. 312 decía: *“El funcionario público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan con ánimo de apropiárselos, será castigado: 1º Con la pena de arresto mayor, si la sustracción no excediere de diez pesos; 2º Con la de prisión menor, si excediere de diez y no pasare de doscientos; 3.º Con la de prisión mayor, si excediere de doscientos y no pasare de mil; 4º con la condena temporal, si excediera de mil, En todos los casos con la inhabilitación perpetua absoluta”*.⁴⁴

El delito de Peculado por culpa en este código se encontraba en el art. 313 y disponía de la siguiente manera: *“El empleado que por abandono o entorpecimiento del servicio público aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído. No verificándose el reintegro, se le impondrán las penas señaladas en el artículo precedente. Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, incurrirá en las penas de suspensión y multa de cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída”*.⁴⁵

⁴⁴ Código Penal de El Salvador (El Salvador: Asamblea Ordinaria de El Salvador-1859), artículo 312.

⁴⁵ *Ibíd.* Artículo 313.

La responsabilidad penal para este delito se debe de recurrir al artículo 27, Donde establecía la duración de las penas, y decía de la siguiente manera: *“Las penas de cadena, reclusión, relegación y extrañamiento temporal duran de ocho a doce años. Las de presidio, prisión y confinamiento mayores duran de cinco a siete años. Las de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial temporal duran de dos a seis años. Las de presidio, prisión y confinamiento menores duran de dos a cuatro años. Las de presidio y prisión correccionales y destierro duran de seis a veinte meses. La de sujeción a la vigilancia de la autoridad dura de seis meses a tres años. La de arresto mayor dura de dos a ocho meses. La de arresto menor dura de ocho a treinta días. La de caución durara el tiempo que determinen los tribunales. La multa supletoria como pena inmediatamente inferior a la última de todas escalas graduales, será de diez a cien pesos. Los plazos de días, meses y años de que se hace mención en este artículo se computaran con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil”.*⁴⁶

1.4.3. El código de 1881

En este Código Penal de igual forma que los anteriores no se contemplaba el delito de peculado, pero si un tipo penal que se asemeja al delito de peculado como se conoce actualmente, este delito se encontraba regulado en el Titulo VII De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, Capitulo 11º Malversación de caudales públicos.

El art. 343. *“El funcionario público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan con ánimo de apropiárselos, será castigado: 1º Con la pena de arresto mayor, si la sustracción no excediere de diez pesos; 2º Con la de prisión menor, si excediere de*

⁴⁶ *Ibíd.* Artículo 27.

*diez y no pasare de doscientos; 3º Con la de prisión mayor, si excediere de doscientos y no pasare de mil; 4º Con la de presidio mayor, si excediere de mil. En todos los casos, con la de inhabilitación absoluta”.*⁴⁷

El Delito de peculado por culpa que se asemeja en este Código Penal se contemplaba en el art. 344. *“El funcionario público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúa por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos de que se trata en los números 2, 3, y 4 del artículo anterior, incurrirá en la multa equivalente al valor de los caudales o efectos sustraídos”.*⁴⁸

Para conocer la responsabilidad de este delito es de remitir al artículo 24 del Código Penal de su época y establecía que: *“Las penas de presidio y prisión superiores, relegación y extrañamiento duran de ocho a doce años. Las de presidio, prisión y confinamiento mayores duran de cinco a siete años. Las de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial duran de dos a seis años. Las de presidio, prisión y confinamiento menores duran de dos a cuatro años. Las de presidio y prisión correccionales y destierro duran de seis a veinte meses.*

*Las de suspensión dura de dos a meses a dos años. Las de arresto mayor dura de dos a ocho meses. La de arresto menor dura de ocho a treinta días. La de caución durara el tiempo que determinen los tribunales. La multa supletoria como pena inmediatamente inferior a la última de cada una de las escalas graduales, será de diez a seis a veinte y ocho pesos. Los plazos de días, meses y años de que se hace mención en este artículo, se computara con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil”.*⁴⁹

⁴⁷ Código Penal de El Salvador (El Salvador: Supremo Poder Ejecutivo-1880), artículo 343.

⁴⁸ *Ibíd.* Artículo 344.

⁴⁹ *Ibíd.* Artículo 24.

1.4.4. El código de 1904

Cuando estaba en vigencia este Código penal, no se contemplaba este tipo penal de Peculado, pero si penalizaba conductas de los funcionarios públicos que tenían a su cargo caudales o efectos públicos, y ese tipo penal que se articulaba en su momento se asemeja al delito de peculado que se conoce actualmente, este tipo penal se encontraba en Título VII De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, Capítulo 11º Malversación de caudales públicos, en el art. 337. *“El empleado que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere en que otros los sustraiga con ánimo de apropiárselos, será castigado: 1º Con nueve meses de prisión mayor si la sustracción no excediere de cien pesos; 2º Con dos años de prisión mayor si excediere de cien y no pasare de quinientos pesos; 3º Con tres años de presidio si excediere de quinientos y no pasare de cinco mil; 4º con cinco años de presidio si excediere de cinco mil pesos. En todos los casos, con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena”.*⁵⁰

El artículo donde se establecía El delito que se asemeja al peculado por culpa, estaba regulado en el art. 338. *“El funcionario público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se ejecute por otra persona la sustracción de los caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior, incurrirá en la quinta parte de las penas allí señaladas para los respectivos casos”.*⁵¹

Para conocer la sanción penal de este delito, se tiene que recurrir al artículo 16 del código penal de 1904 y disponía de la siguiente manera: *“Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, son las que se comprenden*

⁵⁰ Código Penal de El Salvador (El Salvador: Suprema Corte de Justicia, 1904), artículo 337.

⁵¹ *Ibíd.* Artículo 338.

en la siguiente Escala General: Penas Principales, Muerte. Presidio. Prisión mayor. Prisión menor. Arresto. Multas.

Penas accesorias Perdida o suspensión de ciertos derechos. Comiso. Pago de las costas y gastos del juicio. La pena de presidio dura de tres a doce años, sin perjuicio de la calidad de retención, y se cumplirá en los establecimientos penitenciarios. La de prisión mayor dura de seis meses a tres años, y se cumplirá en las cárceles departamentales. La de arresto dura hasta treinta días y se cumplirá en los lugares de detención, o en la casa del mismo penado si fuere mujer honesta persona anciana o valetudinaria, debiendo determinarse así en la sentencia, sin que el penado pueda salir de dicha casa, en todo el tiempo de la condena.”⁵²

1.4.5. El código de 1974

En el código Penal de 1974 ya contemplaba el tipo penal de peculado propiamente tal, en la modalidad de peculado por dolo y peculado por culpa y se encontraban en el Libro Segundo De los Delitos; Título III Delitos contra la administración pública; capítulo I Delitos por funcionarios y empleados públicos; sección segunda corrupción de funcionarios y empleados públicos en los artículos 438 y 439.

El delito de peculado establecía e la siguiente manera: *“El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare, en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta este encargado en virtud de su función o empleo será sancionado con prisión de*

⁵² *Ibíd.* Artículo 16.

*uno a diez años. Si el peculado se realizare aprovechándose del error de un tercero, la sanción aplicable será de uno a tres años de prisión”.*⁵³

El delito de peculado por culpa se establecía en el artículo 439 y disponía de la siguiente manera: *“El funcionario o empleado público que, por su culpa, diere ocasión a que se cometiere por otra persona el peculado de que trata el artículo anterior, será sancionado con diez a cien días multa”.*⁵⁴

1.4.6. El código de 1998

En el código Penal vigente el delito de Peculado en sus dos modalidades se encuentra regulados en el Libro Segundo Parte Especial de los Delitos y sus Penas; Título XVII Relativos a la Administración Pública; Capítulo II Peculado, conteniendo su última reforma en el art. 325, el cual literalmente dice: *“El funcionario o empleado público o el encargo de un servicio público que se apropiare en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o ventas estuviere encargo en virtud de su función o empleo o diere ocasión a que se cometiere el hecho será sancionado con pena de prisión de acuerdo a las reglas siguientes:*

*Si el peculado fuere hasta cien mil colones, la sanción será de seis a ocho años. Cuando fuere superior a cien colones, pero inferior o igual a quinientos mil colones, la sanción será prisión de ocho a diez años. Si el peculado fuere superior a quinientos mil colones, la sanción será prisión de doce a quince años”.*⁵⁵

⁵³ Código Penal de El Salvador (El Salvador: La Asamblea Legislativa-1974), artículo 439.

⁵⁴ *Ibíd.* Artículo 439.

⁵⁵ Código Penal de El Salvador (El Salvador: La Asamblea Legislativa, 1998), artículo 325.

La segunda modalidad del delito de peculado por culpa , se encuentra en el artículo 326, el cual establece: *“El funcionario o empleado público que, por su culpa, diere ocasión a que se cometiere por otra persona el peculado de que trata el artículo anterior, será sancionada con pena de prisión de dos a tres años si el peculado fuere inferior o igual a cien mil colones; y con prisión de tres años si supera esta cantidad.”*⁵⁶

⁵⁶ *Ibíd.* Artículo 326.

CAPITULO II

CLASES DE AUTORIA Y PARTICIPACION

En el presente capítulo se desarrollará un estudio de la clasificación de Autoría y Participación, siendo punto de partida de la distinción entre ambas figuras, permitiendo contraponer y diferenciar entre otros conceptos relacionados como: coautoría y cooperación, autoría mediata e inducción, ello, con el fin de sentar bases doctrinales para el objeto de estudio de la investigación. Asimismo, en el desarrollo de cada tipología se ha creado un apartado sobre como estas, se ven frente a los delitos especiales.

2.1. Clases de autoría

Desde la perspectiva hasta aquí desarrollada en cuanto al concepto de autor, se desarrollará la clasificación de autoría de la siguiente forma: Autoría directa o individual, Coautoría, Coautoría Funcional, Autoría concomitante y Autoría Mediata. En el último grupo a desarrollar respecto a la Autoría mediata se creará un apartado específico respecto a cómo este tipo de autoría se ve en los delitos especiales.

2.1.1. Autoría directa o individual

Autor directo o individual es quien ejecuta por sí mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial; "el que realiza el hecho por sí solo, o, como se ha dicho, quien ejercita una soberanía de configuración por actuación corporal."⁵⁷ Se trata, en fin, de supuestos en

⁵⁷ Bacigalupo, Derecho Penal, 500.

que la persona realiza la ejecución de propia mano, sin necesidad de otras personas. Como bien se ha afirmado, en estos casos el dominio de la acción es indudable, en tanto el sujeto haya actuado con dolo y se den los elementos del tipo.⁵⁸

Dicho en palabras de Jakobs, el ejecutar el hecho de propia mano es condición suficiente, supuestos los elementos de la autoría específicos del delito de la responsabilidad penal (autoría, dominio del hecho), pero en la mayoría de los casos no es además condición necesaria.⁵⁹

2.1.2. Coautoría

Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho. Según Jakobs, existe coautoría cuando "según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que personas no participantes de la ejecución determinan la configuración de esta o el que se lleve o no a cabo."⁶⁰

Los coautores se reparten la realización del tipo de autoría. Como ninguno de ellos por si solo realiza completamente el hecho, no puede considerarse a ninguno participe del hecho del otro. No rige, pues, aquí el «principio de accesoriedad de la participación», según el cual el participe solo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor, sino un principio en cierto modo inverso: el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones.⁶¹

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Günther Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 4 Ed, (Argentina: Ad-hoc, 2009), 107.

⁶⁰ *Ibíd.* 109.

⁶¹ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, 404.

Según este principio todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable y extensible a todos los demás. Solo así puede considerarse a cada autor como autor de la totalidad. Para que esta imputación recíproca pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo, que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones.

Los elementos de la coautoría serían según este criterio dos: la decisión común del hecho y la intervención en la comisión a título de autor. No hay duda de que el coautor es un autor, de modo que le corresponden todas las características del autor. Es así, que, lo acertado es considerar coautores no solo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva.

Por eso debe tener el codominio del hecho y las calidades exigidas para el autor, en los delitos especiales, así como los elementos subjetivos del tipo que se requieren en el tipo penal.⁶² Esto ha llevado a que los autores exijan en la coautoría un dominio funcional.⁶³

2.1.3. Coautoría funcional

Si se piensa en el sujeto que amenaza a la víctima con un arma mientras su compañero le sustrae la cartera, o en el que sostiene a la mujer por la fuerza mientras otro la accede sexualmente, se verá que hay casos en que varias personas correalizan la ejecución del hecho en distintos papeles o funciones, de forma que sus aportes al hecho completan la total realización del tipo.

⁶² Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal: Parte general, (Colombia: Temis, 1984), 501.

⁶³ Roxin, Autoría y dominio, 27.

El dominio del hecho de cada uno, en estos casos, no se apoya en la ejecución de aquél por propia mano, sino que lo importante es la división del trabajo, sin la cual la comisión del tipo penal sería irrealizable, de manera que esta aportación lo conforma en su totalidad. Cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho, a través de su función específica en la ejecución del suceso total, porque como el plan concreto incluye su aporte, si él no hace su parte el hecho fracasa.

La posibilidad de la coautoría se limita a los hechos dolosos. Sólo un tipo delictivo posible de ser cometido con dolo puede constituir el fundamento de la coautoría, entendida ésta como la concurrencia querida, consciente y con división del trabajo de varios autores, con el fin de obtener el mismo resultado típico. De este modo, sólo puede ser coautor quien sea autor, es decir, aquel que tenga el dominio final del hecho.⁶⁴

La coautoría es autoría, particularizada porque el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor será quien, en posesión de las cualidades personales de autor, sea portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello tome parte en la ejecución del delito.

La coautoría se basa, en la división del trabajo: cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito y responde por el todo. Se exige una ejecución común del hecho, y a ella pertenecen⁶⁵:

a) La decisión común al hecho: el acuerdo recíproco, expreso o tácito, sobre la perpetración común de aquí que puede establecerse hasta el momento de la consumación. Cada coautor responde solo hasta donde alcanza el acuerdo y no habrá responsabilidad por el exceso del otro.

⁶⁴ Maurach, Derecho Penal: Parte general, 367.

⁶⁵ Welzel, Derecho Penal Alemán, 129.

b) La ejecución común del hecho: cada coautor ha de ser, subjetivamente, coportador de la decisión común, y, objetivamente, completar con su aportación los aportes de los demás, configurando un hecho unitario.

Siempre es coautor quien, en posesión de las cualidades personales de autor, efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación con el hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización.

Pero también es coautor quien objetivamente solo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho. Por eso, tiene que comprobársele en forma especial la participación en la decisión delictiva, para lo cual se invocará como indicio el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del hecho.

El mínimo de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con un plus de coparticipación especial en el planeamiento del delito. Esto vale, sobre todo, para el "jefe de banda", que planea el hecho, distribuye los ejecutores y dirige las obras, con lo cual será coautor, aunque personalmente no realice actos ejecutivos.⁶⁶

2.1.4. Autoría concomitante

Se trata en este caso de un obrar conjunto de varios sujetos sin acuerdo recíproco en la producción de un resultado, con lo cual el hecho de cada uno se aprecia y juzga en sí mismo. Verbigracia: A golpea a B y lo deja inconsciente, retirándose. Llega C y al verlo inconsciente aprovecha para

⁶⁶ Roxin, Autoría y dominio, 29.

sustraerle la billetera. A será sancionado por el delito de lesiones y C por hurto, mientras que, si se hubieran puesto de acuerdo y realizado los actos de este modo en base a la división del trabajo, ambos serían punibles como coautores del delito de robo.

También puede haber autoría concomitante mediante el aprovechamiento del plan delictivo ajeno para fines propios. Welzel da el siguiente ejemplo: "A sabe del atentado planeado a un tren ferrocarril por la banda XY, e induce a su tío millonario O a que viaje en el tren puesto en peligro, en el que O perece. A es autor concomitante junto con XY en el homicidio del tío, los que son igualmente autores. Se excluye la coautoría, por la falta de dependencia de la banda XY de A".⁶⁷

2.1.5. Autoría mediata

Es autor mediato quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento.⁶⁸ Lo decisivo es aquí la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación ha de ser tal que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material y a la persona de atrás. Si en principio el autor es el realizador material y la persona de atrás es solo partícipe (inductor), en la autoría mediata sucede precisamente lo contrario.⁶⁹

La razón habrá de ser que en este caso la posición respectiva de ambos sujetos ante el hecho varía en el sentido de que el papel fundamental, el que permite imputar el hecho a alguien como autor, deja de tenerlo el realizador material para pasar a la persona de atrás.

⁶⁷ Welzel, Derecho Penal alemán, 130.

⁶⁸ Mir, Derecho Penal: Parte General, 391.

⁶⁹ Maurach, Derecho Penal: Parte general, 329.

Hay casos en que el autor no necesita ejecutar el hecho por sus propias manos: se puede servir, amén de instrumentos mecánicos, del accionar de otra persona, en cuanto sólo ella posea el dominio de la realización del tipo. En este último caso se habla de autoría mediata⁷⁰.

El autor mediato se vale, para cometer el delito, de un sujeto que es víctima de un error la doncella, ignorándolo, lleva a la víctima la taza de café que el autor mediato ha envenenad; el autor mediato obliga al inmediato, ejerciendo sobre él miedo insuperable, a que realice el delito; el autor mediato mueve a un inimputable (a un loco o un niño) a delinquir⁷¹.

Respecto a los supuestos de la autoría mediata la doctrina sostiene diversos criterios para clasificar estos, pero se hará una construcción integral de las más importantes, de la siguiente manera:

2.1.5.1. Casos en que el instrumento obra sin dolo

La primera hipótesis de autoría mediata se da en el caso del que utiliza, como medio para alcanzar el fin propuesto, a otro cuya acción —por el contrario— no se dirige al mismo fin del autor mediato sino a uno distinto cualquiera.⁷²

Por ejemplo: la utilización de un mensajero que ignora el contenido del paquete para entregar una bomba que estallará al ser recibida por el destinatario; la utilización de una enfermera ignorante del contenido de una jeringuilla para inyectar a otro una dosis mortal. En estos casos no hay problemas, ya que no existe en el instrumento voluntad de acción (dolo) en relación con el resultado

⁷⁰ Roxin, Autoría y dominio, 371.

⁷¹ Enrique Gimbernat Ordeig, Autor y cómplice en Derecho Penal, (España: Editorial Jurídica de Madrid, 1966), 22.

⁷² Ibid, 222.

muerte, mientras que el hombre de atrás si la tiene, y es más, se aprovecha de esa falta de voluntad del autor material.⁷³

El dolo del instrumento faltará siempre que éste obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo. En estos casos el dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento.

Otro ejemplo es, cuando un ladrón que le pide a un tercero que le acerque una cartera y éste cumple con el pedido, sin sospechar que en realidad está sustrayendo la cartera ajena. La tercera persona es una herramienta ciega del autor, un instrumento de la voluntad de aquel, debido al error de tipo.

El dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento, ya que cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro⁷⁴.

Cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro (a no ser que concurren otros factores que permitan establecerlo). Por ejemplo: "A" incita a "B" a que pruebe su habilidad quitando un cigarrillo de la boca a "C" —que está de acuerdo con la prueba— por medio de un disparo de revólver. "B" acepta con idea de ganar la apuesta, dispara y mata a "C". Por lo menos ha obrado con culpa y, en su caso, con dolo eventual. Pero, de todos modos, "B" ha tenido el dominio del hecho: "A" no es autor mediato⁷⁵.

⁷³ Hans Joachim Hirsch, Acerca de los límites de la autoría mediata, en derecho penal. Obras completas, libro homenaje a cargo de José Cerezo Mir y Edgardo A. Donna, (Colombia: Rubinzal-Culzoni, 1999), 200.

⁷⁴ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 192.

⁷⁵ *Ibíd.*, 507.

2.1.5.2. La actuación lícita del instrumento

Según Roxin, es cuando se utiliza como instrumento a una persona que actúa amparada por una causa de justificación, de manera que la conducta lícita del instrumento no excluye la responsabilidad del hombre de atrás.⁷⁶ La falta en el autor mediato de la causal de justificación, sumado a que exista una completa autonomía del actuar final del hombre de atrás, respecto a la lesión del bien jurídico, explica el obrar antijurídico del autor mediato, con respecto al resultado lícito final.⁷⁷

Es el caso particular que señala un sujeto a un funcionario policial, diciéndole que es quien lo acaba de asaltar, para que este lo detenga, el policía lo detiene y con ello actúa, si bien como víctima de un error, jurídicamente. Se trata de un caso de error, motivo por el cual el policía detiene a un inocente, el hombre de atrás sabe que realmente y mediante ese error se priva de libertad ilegalmente a una persona.⁷⁸

Solo existe responsabilidad como autor mediato frente a una actuación lícita del instrumento cuando el hombre de atrás tiene el dominio del hecho y no está cubierto por la causal de justificación aplicable al intermediario.

De allí, que será autor mediato la persona que incite a un enfermo mental para que mate a un tercero, y este lo mate en legítima defensa, el autor de atrás perpetra aquí un homicidio por autoría mediata, a través del actuar libre de un tercero, que está colocado en una situación de legítima defensa, por obra del autor de atrás.

⁷⁶ Roxin, Autoría y dominio, 691.

⁷⁷ Maurach, Derecho Penal: Parte general, 350.

⁷⁸ Joachim, Acerca de los límites de la autoría, 208.

Por el contrario, la autoría mediata queda excluida, por falta de dominio final del hecho, cuando el que está detrás no ha creado la situación de legítima defensa: quien aconseja al agredido de manera antijurídica para que realice una acción de defensa o de ayuda participa de manera no punible en un hecho principal que se ajusta a Derecho, aun cuando a él le importe menos la salvación del agredido que la lesión del agresor.⁷⁹ En estos casos afirma Hirsh, que vuelve a desaparecer la falta de libertad de decisión del instrumento, ya que la situación de legítima defensa convierte al que defiende en instrumento, cuando esta no era evitable.⁸⁰

2.1.5.3. Casos de ausencia de responsabilidad del instrumento

También se dará un supuesto de autoría mediata cuando el instrumento actué típica y antijurídicamente pero no le sea exigible una conducta adecuada a la norma. Es el caso del sujeto que actúa coaccionado, esto es, bajo amenaza de muerte, a cometer un hecho punible. Se ha considerado que el autor inmediato obra como un instrumento pues no tiene libertad de acción; en esto se diferencia con la mera inducción.

Aun desde la posición que admite la categoría de responsabilidad por el hecho se puede afirmar que el llamado autor de adelante tiene un mínimo de libertad, pero esta no le alcanza para dejar de ser instrumento del autor de atrás, ya que es una libertad irrelevante para el Derecho.⁸¹

Sería el caso de la mujer embarazada A que es obligada por B, mediante amenazas graves, a ingerir un medio abortivo; la mujer es la ejecutora del

⁷⁹ Welzel, Derecho Penal Alemán, 126.

⁸⁰ Joachim, Acerca de los límites de la autoría, 208.

⁸¹ Donna, Autoría y participación Criminal, 56.

aborto, pero no tiene responsabilidad por el hecho, B no es mero instigador, sino autor mediato, pues detentó el dominio superior sobre el curso de la acción a través de la presión coactiva sobre A.

También es el caso del padre que es obligado, mediante secuestro de su hijo, a transportar estupefacientes hacia una ciudad del extranjero, bajo la amenaza de que si no lo hace mataran a su hijo. Cuando el padre transporta los estupefacientes en esas condiciones, si bien lo hace con un mínimo de libertad esta no es suficiente para hacerlo responsable por su hecho, pues quien mantiene el dominio final es el secuestrador.⁸²

2.1.5.4. La falta de culpabilidad del instrumento

También habrá autoría mediata en los casos de incapacidad de culpabilidad del instrumento, aunque Schunemann afirme que existe autoría directa, ya que falta dominio de la acción⁸³.

Se puede incluir en este grupo a los inimputables, que no comprenden la criminalidad del hecho (artículo 27 CP) y actual provocados por el autor mediato, que avisa del incapaz de culpabilidad y lo lleva a cometer el delito, así como aquellos que actúan bajo el error de prohibición. Existe en estos casos el abuso del incapaz que es lo que caracteriza al autor mediato.

Se trata como lo ha dicho la doctrina, del caso más importante y antiguo de la autoría mediata. El problema que se plantea en el caso del inimputable es si, para considerar la autoría mediata, solo deberían tenerse presente los factores que hacen el injusto, ya que las insuficiencias de la culpabilidad del autor inmediato, han sido tenidas ya en cuenta por la accesoriedad limitada.⁸⁴

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Maurach, Derecho Penal: Parte general, 352.

⁸⁴ Donna, Autoría y participación Criminal, 56.

2.1.5.5. Instrumento que obra mediante aparatos de poder organizados

La autoría mediata no está limitada a una acción defectuosa del instrumento, puede darse perfectamente aun frente a un actuar plenamente delictivo del intermediario: el dominio del hecho de varias personas también es posible, en cuanto a la lesión respectivamente del bien jurídico.⁸⁵

Las posibilidades de autoría mediata no se agotan con las dos formas básicas, esto es, la voluntad de dominio del inspirador o manipulador que descansa sobre una coacción o sobre un error del manipulado, sino que hay otra modalidad del dominio mediato de las acciones, caracterizada por la circunstancia de que el inspirador tiene a su disposición personal un “aparato”- generalmente organizado por el Estado- con cuya ayuda puede consumir sus delitos sin tener que transferir a los ejecutores una decisión autónoma sobre la realización.

Para analizar este tipo de autoría se debe pensar, por ejemplo, en la matanza de los judíos por parte del régimen NAZI y en las estructuras mafiosas de poder, en este supuesto es difícil interpretar estos hechos con los parámetros normales de autoría. Esto llamo la atención de Roxin⁸⁶ respecto las figuras de autoría, instigación y complicidad, e intento dar una explicación que se ajustara a lo que realmente había acaecido.

Asimismo, se da autoría mediata en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada. Por ejemplo: el agente de un servicio secreto que cumple una orden de matar a un diplomático extranjero; el funcionario de

⁸⁵ *Ibíd.* 60.

⁸⁶ Roxin, *Autoría y dominio*, 399.

un Estado ilegítimo que pone en marcha en una etapa intermedia de realización de una operación de exterminio o privación de libertad de un grupo de personas. Los "funcionarios" o el agente del servicio de los casos propuestos no obran ni coaccionados ni por error.

Sin embargo, dada la fácil fungibilidad del sujeto, que podría ser reemplazado en el trámite por otro cualquiera, se admite la autoría mediata para los miembros superiores del "aparato de poder". Por supuesto, la punibilidad del "instrumento" como autor inmediato no es discutida. Para otros autores estos casos se deben considerar según las reglas de la coautoría⁸⁷.

2.2. Clases de la participación

La participación se caracteriza desde un aspecto negativo. Partícipe es aquel que no tiene el dominio del hecho, aunque haya tomado parte en él. Por eso es cierta la afirmación de que el partícipe no debe haber tenido el dominio del hecho o no haber estado obligado por el deber especial en los delitos de infracción al deber⁸⁸.

Por lo tanto, el concepto de participación alcanza a los cómplices e instigadores, porque sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, con la aclaración de que no son acciones típicas en sí mismas, en el sentido de que no realizan por sí solas la acción descrita en el tipo, sino que se montan sobre la tipicidad del autor.

Determinar a otro a matar a un tercero (instigar) no es matar a otro; prestar ayuda a otro para que robe no es robar, sino cooperar en un robo. De ahí que

⁸⁷ Jescheck, Tratado de Derecho Penal, 546.

⁸⁸ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 517.

no sea posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe.⁸⁹

Asimismo, la participación se caracteriza por una propia dirección de la voluntad y de conocimiento de quienes intervienen: el autor principal actúa dolosamente y, a su vez, el partícipe lo hace con voluntad de consumación del hecho punible ajeno, inspirando o apoyando al autor. Resumiendo, se puede deducir que todos los que no tengan el dominio del hecho (es decir, que no son autores, ni coautores, ni autores mediatos) sólo pueden ser responsables si han determinado al autor a cometer el hecho punible (instigación) o si le han prestado una ayuda para que lo cometa.

2.2.1. El dolo del partícipe

No sólo el autor principal debe actuar con dolo, sino también el partícipe, quien debe realizar su aporte en forma dolosa. El dolo del partícipe debe dirigirse a la producción de la consumación del hecho típico principal de manera que siempre deberá hablarse de un dolo en referencia a un tipo penal determinado. Por ende, debe existir la conciencia y la voluntad de cooperar en un hecho delictivo de otro. La doctrina ha admitido que es suficiente el dolo eventual⁹⁰.

El acuerdo entre el autor y el cómplice no es necesario que sea expreso y anterior al hecho, sino que basta con que sea tácito y simultáneo. Sin embargo, hay que tener presente que en aquellos tipos particulares que exigen una forma de dolo más estricta que el eventual, ésta debe concurrir en el autor principal y ello debe ser conocido por el partícipe⁹¹.

⁸⁹ *Ibíd.* 1050.

⁹⁰ Mir, *Derecho Penal: Parte General*, 234.

⁹¹ Maurach, *Derecho Penal: Parte general*, 250.

Si la actuación del autor excede de aquello que se encuentra comprendido por el dolo del partícipe, existe exceso cuantitativo. Será el caso en que una persona instigue a otra a robar y esta última no sólo roba, sino que además mata. En este supuesto, el instigador sólo responde por el robo. Ahora, si, por el contrario, el instigador determina al autor a matar a otro y éste comete un hecho diferente, esto es un robo, entonces el exceso es cualitativo.

2.2.2. Complicidad

Complicidad es una acción típicamente antijurídica sometida a los principios generales determinados para todas las formas de participar en el delito. Complicidad es actuar doloso en un hecho doloso.⁹²

2.2.2.1. Concepto

Para dar una primera aproximación se podría afirmar que el cómplice es aquel que, interviniendo de cualquier manera en el hecho, sin el dominio funcional ni con las características de autor idóneo, participa en el hecho de otro y es cómplice.

Cómplice, en sentido amplio, es quien coopera dolosamente en la realización de un hecho doloso cometido por otro. En palabras de Jescheck complicidad es el auxilio doloso a otro en su hecho antijurídico y dolosamente realizado. También se puede afirmar que es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso. El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno, no participa en el dominio del hecho y el autor no necesita conocer el apoyo que se le presta. En este punto se diferencia la complicidad de la

⁹² Carlos Fontan Balestra, Derecho Penal. Introducción y Parte General, 2ªEd. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998), 430.

coautoría, puesto que ésta requiere el dominio del hecho, sobre la base de una resolución común de cometerlo.⁹³

2.2.2.2. Elementos objetivos de la complicidad

La complicidad puede consistir en ayuda material o en consejos, de modo que la aportación no debe ser, necesariamente, material y causal. La complicidad puede darse tanto por medio de un consejo como de un hecho. En el primer caso se habla de complicidad intelectual o psíquica, y en el segundo, de complicidad técnica o física, sin ser posible una delimitación exacta de ambas formas, puesto que una prestación de ayuda técnica puede, al mismo tiempo, en la medida en que el autor principal tenga conciencia sobre ella, constituir un fortalecimiento moral de su voluntad y así una complicidad intelectual.

La importancia práctica de ello se da, especialmente, cuando el autor principal no utiliza el medio técnico puesto a su disposición por el cómplice, es decir, cuando la complicidad fracasa. Pero, en tales casos, puede subsistir una complicidad intelectual exitosa, por la convicción proporcionada al autor principal acerca de la ejecutabilidad de su propósito delictivo.

Por ello, sólo ante un rechazo inmediato de todo apoyo es posible hablar de un fracaso completo, y por ende, de la impunidad del cómplice.⁹⁴ La ayuda intelectual admite cualquier forma, de modo que es posible que también se pueda aportar mediante consejos, que pueden ser jurídicos, indicaciones sobre el lugar de los hechos o los movimientos de la víctima, el fortalecimiento en la voluntad criminal, la entrega de objetos que sirvan para impedir la individualización del autor.

⁹³ Jescheck, Tratado de Derecho Penal, 64.

⁹⁴ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 529.

2.2.2.3. Formas de prestar ayuda al autor directo

No se cree que se pueda discutir que la complicidad es posible antes o durante el hecho y hasta su consumación material. Jescheck expresa que el auxilio no necesita ser prestado al mismo hecho principal, sino que puede referirse exclusivamente a una acción preparatoria, siempre que al menos el hecho principal se intente de un modo punible, por ejemplo, la indicación de la dirección de quien practica abortos.

Además, la complicidad cabe hasta la terminación material del hecho principal. Ejemplo: cuando los ladrones ya han emprendido la fuga, cabe aún la complicidad en el robo, mediante el empleo de violencia contra el dueño.⁹⁵

2.2.2.4. El dolo del cómplice

La cooperación debe ser dolosa. El cómplice debe saber que presta un aporte a la ejecución de un hecho punible.⁹⁶

El dolo del cómplice debe referirse tanto a la ejecución del hecho principal como a su favorecimiento. También el dolo del cómplice tiene que dirigirse a un hecho principal individualmente determinado, pero tratándose de acciones de favorecimiento en la fase previa, no se precisa que conste definitivamente la persona del autor.

2.2.2.5. Clases de complicidad

El Código Penal de El Salvador diferencia entre los cómplices primarios y los secundarios.

⁹⁵ Jescheck, Tratado de Derecho Penal, 64.

⁹⁶ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 530.

2.2.2.5.1. Cómplice primario

El artículo 36 del Código Penal número 1 establece: “Los que presten al autor una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito”⁹⁷.

El cómplice primario o el cooperador necesario es el que en la etapa de la preparación o ejecución del hecho aporta una contribución, sin la cual el delito no hubiere podido cometerse. El elemento que caracteriza a esta forma de complicidad afirma Bacigalupo, es la intensidad objetiva de su aporte al delito, ya que sin éste el hecho no habría podido cometerse de la forma en que se lo hizo⁹⁸.

De manera distinta a lo que puede deducirse, según algunos autores, del Código español, no parece posible que el aporte sólo pueda darse en la etapa de preparación, ya que, de lo contrario, si toma parte en la ejecución del hecho sería un autor. Desde la perspectiva, se es autor sólo si se tiene el dominio del hecho, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Luego, la única forma de que sea autor, aunque intervenga en la ejecución, es que sea señor del acontecimiento⁹⁹.

2.2.2.5.2. Cómplice secundario

El artículo 36 del Código Penal en el numeral 2 señala: “Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aun mediante

⁹⁷ Código Penal, 1998, artículo 36.

⁹⁸ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 530.

⁹⁹ Mir, Derecho Penal: Parte General, 244.

promesa de ayuda posterior a la consumación de aquel"¹⁰⁰. Cómplice secundario es quien ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito.

Afirma Zaffaroni que, en la complicidad secundaria, la cooperación no debe ser necesaria para la comisión del hecho, y agrega de manera precisa que "en cuanto al criterio para determinar la necesidad, la doctrina argentina no resulta del todo clara, hasta el punto de haberse pretendido que debía quedar librada al prudente arbitrio judicial"¹⁰¹.

2.2.3. Instigadores

2.2.3.1. Concepto

Es la motivación dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito¹⁰². Y más concretamente se trata de la corrupción de un hombre libre. Con lo cual el instigador hace que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica y antijurídica. Y en este punto vale aclaración de Cerezo en cuanto el instigador ha de conseguir que el autor realice la acción delictiva, mediante influencia psíquica. Bacigalupo afirma que los medios son indiferentes, que pueden consistir en beneficios que se prometen, por ejemplo, aunque concluye que se requiere una concreta influencia psicológica.¹⁰³ En palabras de Nuñez, son instigadores los que han determinado directamente a otro a cometer un delito¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Código Penal 1998, artículo 36.

¹⁰¹ Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, 770.

¹⁰² Maurach, Derecho Penal: Parte general, 551.

¹⁰³ *Ibíd.*, 548.

¹⁰⁴ Ricardo Núñez, Derecho Penal argentino. Parte general, 3° ed., (Argentina: Lerner, 1960), 298.

2.2.3.2. Elementos de la instigación

El Código Penal en el art. 35. ha empleado la expresión determinar a otro, con lo cual ha creado cierto tipo de problemas en su interpretación, que surgen con la palabra determinar. Ésta, ha sostenido Jakobs con razón, es de interpretación difícil y polémica. Y esto es así porque el cómplice de alguna manera determina, de modo que se ha buscado que esa determinación tenga un carácter de tipo espiritual¹⁰⁵.

Literalmente, determinar presupone ejercer influencia sobre la dirección del comportamiento de otra persona. Esta última debe orientar su conducta a la meta mencionada por el instigador, consistente en la lesión típica de un bien jurídico.

Por ello, determinar exige una influencia dirigente sobre la dirección de la conducta, que proporciona a quien aún no se encuentra resuelto a cometer el hecho, precisamente, la decisión de hacerlo bajo su propia responsabilidad, es decir para actuar con dominio del hecho. De este modo el influjo psíquico constituye inducción sólo si el autor adopta su decisión y persevera en ella con dependencia de la voluntad del que influye¹⁰⁶.

Maurach y Gossel han afirmado que determinar presupone la influencia de una persona sobre la dirección del comportamiento de otra, de modo que este último oriente su conducta a la meta mencionada por el inductor, que consiste en la lesión al bien jurídico. Determinar exige una influencia dirigente sobre la dirección de la conducta, que se proporciona a quien aún no ha resuelto la comisión.

¹⁰⁵ Jakobs, La imputación objetiva en Derecho, 143.

¹⁰⁶ *Ibid.* 145.

2.2.3.3. Medios y formas de instigación

Los medios por los cuales el inductor puede determinar a otra persona a cometer un delito son múltiples: puede ser una amenaza o el halago de bajas pasiones, el ofrecimiento de un precio o recompensa si ejecuta el hecho, la promesa de una retribución posterior de cualquier clase, el abuso de una situación de preeminencia que comporta otra sumisión del inducido, como puede ser la patria potestad.¹⁰⁷

La influencia síquica puede consistir en un consejo, una solicitud o una provocación, siempre y cuando posea la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva. Además, la inducción no debe tener el carácter de sutil, por medio de tentaciones u otros medios indirectos, toda vez que no existe una determinación directa del inductor al inducido.¹⁰⁸

También pueden ser medios para la instigación la persuasión, consejo, hasta aparente disuasión. En estos medios el autor, naturalmente, no pierde el dominio del hecho, pues si lo pierde se estaría ante un supuesto de autoría mediata. De todos modos, se requiere en todos los casos una concreta influencia psicológica. El simple crear una situación exterior para que otro se decida al delito no es suficiente.¹⁰⁹

Según Donna es posible considerar como idóneo cualquier medio del cual se ejerza una influencia creciente sobre la dirección de voluntad del sujeto a

¹⁰⁷ José María Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, Parte General, 9 Ed, (España: Dykinson, 1983) 761.

¹⁰⁸ Mir, Derecho Penal: Parte General, 431.

¹⁰⁹ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 526.

inducir; y no hay duda de que el número de formas de inducir es difícil enumerar.¹¹⁰

2.2.3.4. Dolo del inductor

La determinación dolosa de otro al hecho antijurídico dolosamente cometido por el inducido presupone lo que se ha llamado el doble dolo; en primer lugar, respecto de la propia conducta y, en segundo lugar, en relación con el hecho doloso del inducido.

El dolo del inductor debe abarcar, en primer lugar, el hecho principal, con sus elementos objetivos y subjetivos. Bacigalupo señala que esta afirmación requiere algunas precisiones. Basta con que el inductor haya determinado dentro de sus rasgos fundamentales el hecho al que induce, de modo que puede dejar margen para una u otra forma de ejecución¹¹¹.

El dolo del inductor debe dirigirse a una o varias personas determinadas, es decir, concretarse sobre un objeto personal de la acción de inducción¹¹². Pero esto no significa que el inductor deba conocer personalmente al autor o inducido. Toda inducción exige un destinatario, sin embargo, ello no significa que el inductor deba conocer personalmente al autor.

El dolo del inductor debe abarcar, además, lo doloso del hecho principal, de modo que, si el hombre de atrás quiere motivar al autor inmediato a un hecho culposo, sólo se podrá hablar de autoría mediata. Pero si el autor obra culposamente, en ese caso la cuestión cambia, ya que el inductor apuntaba a un hecho doloso, de ahí que se sostenga que la inducción será castigada con

¹¹⁰ Donna, La autoría y la participación criminal, 128.

¹¹¹ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 527.

¹¹² Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, 769.

las reglas de la tentativa¹¹³. La inducción debe extenderse a los demás elementos subjetivos del tipo.

2.2.3.5. La instigación a una tentativa

El agente provocador. Cerezo Mir define al agente provocador como el individuo que no quiere que un delito se cometa, pero induce a otro a cometerlo para luego detenerlo¹¹⁴.

Según Bacigalupo, el agente provocador es el que induce con el objeto de hacer incurrir a otro no en la consumación, sino sólo en tentativa, es considerado como no punible, pues la inducción, se dice requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico¹¹⁵.

En la doctrina esta exigencia se manifiesta en el llamado doble dolo de la inducción, por el cual el inductor debe haber querido no sólo la realización de la acción, sino la consumación del hecho.

En los delitos de tenencia (de armas o de drogas) se requiere que el "segundo" dolo alcance al agotamiento del delito. Estos delitos se consuman con la mera realización de la conducta, es decir, tener el objeto ilícito.

Si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocado alcance la consumación e, inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico habrá que admitir inducción punible pues habrá existido, al menos, dolo eventual.¹¹⁶

¹¹³ Maurach, Derecho Penal: Parte general, 551.

¹¹⁴ Welzel, Derecho Penal Alemán, 122.

¹¹⁵ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 526.

¹¹⁶ Maurach, Derecho Penal: Parte general, 686.

Si se admite que es agente provocador también quien quiere el delito consumado, con la sola condición de que lo que interesa al instigador no es la consumación del delito en sí misma, sino, por ejemplo, que por él le suceda un mal al instigado, y que atenerse al concepto del dolo y a la disponibilidad o no disponibilidad del bien tutelado por la ley.¹¹⁷

A decir de Rodríguez Devesa, existe un serio problema para distinguir entre la provocación y la inducción, pues ni la interpretación gramatical ni la sistemática permiten distinguirlas. Es preciso acudir a los antecedentes históricos que muestran como el fondo de la ley ha tratado de ampliar, sin variar sustancialmente, rompiendo la primitiva restricción a determinados medios (impresión, grabado u otro medio mecánico de publicación).¹¹⁸

La provocación, por consiguiente, requiere de medios públicos como pueden ser, además de los indicados, los discursos u otros parecidos a los que tenga acceso un número indeterminado de personas.

Se presupone que quien provoca no ha resuelto cometer el delito y le falta la determinación bastante para inducir a otra u otras personas a cometerlo lo que concede a sus intenciones un carácter genérico. El que instiga con el objeto de hacer incurrir a otro no en la consumación, sino sólo en tentativa, es considerado como no punible, pues la instigación, se dice, requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico.¹¹⁹

2.2.3.6. La acción del instigado

Respecto a la acción del instigado se puede tratar dos aspectos:

¹¹⁷ Fontan, Derecho Penal, 426.

¹¹⁸ Rodríguez, Derecho Penal Español, 762.

¹¹⁹ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 526.

- a) Aspecto objetivo: Conforme con el principio de accesoriedad, válido para todas las formas de participación, el instigado debe, al menos, haber comenzado la ejecución del delito para que él y el instigador sean punibles. Ya se señaló al comienzo que la instigación requiere un resultado (éxito): tentativa o consumación del delito por el instigado¹²⁰. Es éste el principio denominado de exterioridad. Por otra parte, la conducta del instigado debe reunir todas las características de la acción en sentido jurídico penal. De no ser así, el instigador queda equiparado al que actúa solo y es autor directo o inmediato;
- b) Aspecto subjetivo: El instigado debe actuar dolosamente. Cuando actúa por error o bajo coacción, el otro se constituye en autor mediano, y el coaccionado en instrumento. Para que pueda hablarse de instigado, de modo tal que su conducta cree responsabilidad penal para el instigador, es preciso que el hecho material haya sido determinado por la acción psíquica del inductor. Por esta razón, no puede ser instigado quien tiene ya tomada la determinación del hecho. Esto no significa, en modo alguno, que el autor material no haya tenido la idea del delito; porque entre la idea y la decisión, que es lo que el instigador forja, aún hay un camino largo. Esta imposibilidad de instigar no impide la complicidad.

2.2.3.7. Penalidad del instigador y el instigado

El artículo 65 del Código Penal, establece que a los autores (en este caso el inducido) y para los instigadores se les impondrá la pena que para cada caso se halle señalada en la ley. A manera de ejemplo: si "A" determinar a "B" para que este cometa el delito de Calumnia, regulado en el Artículo 177 del Código Penal, en perjuicio de "C"; tanto el inducido como el inductor se les aplicara

¹²⁰ Fontan, Derecho Penal, 42.

una pena que oscilara dentro del marco penal que establece ese injusto criminal, es decir, con prisión de uno a tres años.

2.2.4. La participación en los delitos especiales

La participación de sujetos extraños en delitos especiales es posible, tal como se planteó enunciativamente en el apartado de la Autoría mediata en los delitos especiales.

Si se trata de un delito especial, como por ejemplo un delito propio de un funcionario público, al participe le será aplicada la pena del intraneus, aunque debería ser atenuada. Pero, si se tratara de un delito especial en sentido amplio – un delito impropio de un funcionario público-, por ser una cualidad agravante de la pena el extraño solo será penado de acuerdo con el delito base sobre el cual se construye el respectivo tipo especial en sentido amplio¹²¹.

A título de ejemplo, cabe señalar el delito especial propio de prevaricación judicial. El mismo, por su naturaleza, solo puede ser cometido por un Juez o Magistrado, sin embargo, se admite la participación, como cooperador necesario o inductor, de quien no sustente dicha condición (extraneus).

El problema reside aquí en determinar cómo se debe castigar al extraneus, al no reunir éste las condiciones necesarias para la comisión del delito. Y a este respecto, debe tenerse en cuenta la limitación general del principio de accesoriadad en la participación, en virtud del cual no se puede castigar más al partícipe que al autor del delito.

¹²¹ Donna, Teoría del delito y de la pena, 23.

Otra cuestión de especial interés y que lleva, aún hoy, a una amplísima discusión doctrinal, es la posible laguna penal en los casos invertidos en que no se habla de un partícipe no cualificado en un delito cometido por un intraneus, sino de supuestos en que el extraneus actúa como autor material del delito especial, siendo el intraneus quien se reserva el papel accesorio, como partícipe. En principio, al no poder ser el extraneus autor del delito, y en virtud del principio de accesoriedad (que exige la presencia de una conducta principal, de autoría, para el castigo del partícipe), ello conduciría a la impunidad de ambos intervinientes.

Sin embargo, para evitar la impunidad, un sector doctrinal defiende que debe acudirse a la autoría mediata, creando la figura del “instrumento doloso no cualificado”, siendo el extraneus el instrumento que utiliza el intraneus (autor mediato) para la comisión del delito.

A pesar de ello, aunque se admitiera que la solución debe ser la impunidad de todos los intervinientes, tendría escasa aplicación práctica, ya que existe una amplia previsión legal que recoge o bien la equiparación del consentimiento por parte del sujeto activo a la ejecución material por parte del mismo, o bien que el extraneus sea considerado autor si el partícipe cumple con las características necesarias.

Esto lleva a considerar la problemática que se derivaría en caso de que un extraneus cometiera materialmente un delito especial y no estuviera expresamente recogida su punición por la ley.¹²²

¹²² “José Domingo Monforte: La participación del extraneus en los delitos especiales; consecuencias penológicas”, Laws & Trends, acceso el 3 de mayo del 2019. <https://www.lawandtrends.com/noticias/penal/la-participacion-del-extraneus-en-los-delitos-especiales-consecuencias-penologicas-1.html>.

2.2.5. Principios aplicables a la participación

2.2.5.1. Principio de Accesoriedad

Constituye el basamento rector de los títulos de participación, y es el que devela el carácter esencial de los mismos.¹²³

La participación funciona sobre las condiciones que le determina éste principio, el cual va referido a la naturaleza eminentemente secundaria o accesorio de la participación, que forma la contra partida de la figura central del suceso en forma de acción complementándose la relación de dependencia de ambas formas, en donde la autoría se construye autónomamente por ser principal, y de esa construcción primaria depende la existencia de la participación, razón por la cual no se puede suscribir la tesis de Creus – o algo similar -, en la que sostiene que la coautoría es bifuncional, ya que según él se comporta como autoría y participación en estricto sentido a la vez¹²⁴, y con ello ignora el ser de ambas figuras, ¿Cómo se puede ser la figura central si se lo ubica en un plano secundario? La dependencia de la participación es el enfoque unánime en la doctrina moderna de la misma, y a la vez su eje y punto de partida, la misma se arraiga en el autor como figura central del hecho y por ende se rechazan las posturas que degradan tal posición. (Como el concepto extensivo de autor o la tesis de la autoría por exclusión).¹²⁵

Entonces la participación requiere como condición indispensable la existencia de un hecho ilícito¹²⁶ de carácter principal realizado por el autor lo que

¹²³ Conocidas como las formas de participación y estas son la instigación o inducción y la complicidad en sus dos modalidades necesaria y no necesaria.

¹²⁴ Carlos Creus, Derecho Penal. Parte General. 5°. Ed. (Argentina: Astrea, 2004), 399.

¹²⁵ Roxin, Autoría y dominio, 44.

¹²⁶ Welzel, Derecho Penal Alemán, 134.

constituye el punto de arranque de la dependencia, de ahí que la misma observe una doble faceta en su configuración ya que ese suceso ilícito principal, posee determinado desarrollo interno y externo, ambos son requisitos mínimos habilitadores de la participación o dependencia, el desarrollo externo se refiere a la estructura mínima que ha de sufrir el desarrollo de la acción en la línea del iter criminis. En tanto que la dependencia interna gira en torno de la calificación categorial de la acción en la estructura sistemática del delito.¹²⁷

2.2.5.2. Principio de comunicabilidad de las circunstancias

Este es otro principio que rige en la relación entre autores y partícipes de un suceso criminal y entre éstos y los partícipes en estricto sentido, dice Enrique Urzúa¹²⁸ que es un principio extenso por regular también la coautoría, sin embargo el mismo lo restringe de la autoría mediata, que la responsabilidad penal es para ambos, responderán de distinto título en base a su particular posición personal, más claro quedo aun al verse los delitos especiales impropios, posición que Roxin sostiene de igual forma en la coautoría la situación es más obvia, aclarando la definición rectora de este principio regulativo, en base a él, ante el cometimiento de un determinado hecho, habiendo varios intervinientes, la posición personal de cada uno en relación al hecho determinará su calificación típica, a esta posición se le denomina en doctrina teoría pluralista del título de imputación, en un ejemplo : “A” le propone a “C” matar a “B”, “B” es progenitor de “A”, “C” está de acuerdo, preparan el plan y ambos lo ejecutan, según la teoría pluralista “A” responderá penalmente por homicidio agravado, mientras que “C”, por homicidio simple, ya que su posición personal esta distintamente calificada por su especial relación con el

¹²⁷ Donna, La autoría y la participación criminal, 58.

¹²⁸ Creus, Derecho Penal, 398.

suceso, esta teoría rompe con el título único de participación, postura según la cual todos los intervinientes en un suceso criminal deben responder por el mismo tipo, sin importar las condiciones personales de los mismos, enfoque que ha decaído en la actualidad por las injusticias que encierra.

Esa misma regla de diferenciación de la posición pluralista rige para los partícipes, en el ejemplo anterior de haber un cómplice que no tiene la relación familiar con el occiso, es cómplice de homicidio simple, y no de agravado por faltar la calidad personal.

La Teoría del Conocimiento es la otra postura que debilita el título único de imputación, esta ópera sobre la idea del conocimiento que posee el interviniente en relación con el hecho, conocimiento o desconocimiento que determinará la calificación típica que ha de imputársele, sobre la línea del ejemplo anterior si A no sabía que era su padre al que mató, responderá por homicidio simple. Por desconocer tal agravante, ese conocimiento es lo que permite cualificar el tipo.¹²⁹

El Art. 67 Pn. Acoge tanto la teoría pluralista como la del conocimiento y lo hace expresamente así: “las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, solo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra (Teoría Pluralista) o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades. (Teoría del conocimiento) La misma regla se aplicará respecto de circunstancias y cualidades que configuren un tipo penal especial”.

Ambas posturas se pueden aplicar simultáneamente en un mismo hecho ya que se complementan, se integran y determinan la imputación de los

¹²⁹ *Ibid.*, 399.

intervinientes según su posición personal o su conocimiento del hecho en forma de acción, ya sea en calidad de autores o partícipes.

Es así como la comunicabilidad entraña las razones que posibilitan aplicar distintas calificaciones jurídicas a los intervinientes en el suceso delictivo como lo manifiesta Fierro así el Art. 67Pn. expresamente se pronuncia por una incomunicabilidad de las circunstancias, consagra por ende reglas de calificación muy justas, cada uno responde según su conocimiento o su plano personal, lo que constituye una consecuencia del sub-principio de responsabilidad por el hecho consagrado en la Constitución.¹³⁰

La disposición del Art. 67 Pn. encuentra su asidero en el principio de culpabilidad contemplado en el Art. 12 Cn. de donde se deriva la responsabilidad por el hecho, según el cual el infractor responde por el suceso injusto que él ha cometido sin mediar referencia con respecto a otros, y sin que la responsabilidad de otros influya en él, es así que un determinado sujeto solo es responsable del hecho realizado por él, esta diferenciación personal es igual tanto si se es autor como partícipe, diferenciación que guarda doble contraste , por una parte distingue entre autor y partícipe, y por otra, a la persona en si tanto si es autor como partícipe en su relación con el hecho cometido.

Esto representa una responsabilidad penal en proceso de definición, primero se precisa si la persona guarda una relación de figura central o figura periférica con respecto al hecho, luego de esa delimitación, se precisa la posición personal muy peculiar que tiene el sujeto como figura central o como figura periférica del suceso, entran en juego primero elementos típicos que son

¹³⁰ *Ibid.*, 558.

absorbidos por la conducta del sujeto a raíz de su conocimiento e intervención personal determinándose que calificación típica se le imputará – coincidente o no con la de la otros -, después las circunstancias modificativas de la responsabilidad que sufrirá cada quien, habiendo en el primer supuesto una actividad a nivel de tipicidad, donde puede haber especialización del tipo o más acercamiento a sus rasgos generales (básico), privilegios, cualificaciones, en fin una diversidad típica, el segundo tiene un movimiento dentro de correspondiente marco penal ya determinado para cada quien, que implica aumento o disminución de la dosificación penal individual, tal es la influencia del principio de culpabilidad en la personal responsabilidad penal.

CAPITULO III

DELITOS ESPECIALES; Y ESTRUCTURA TIPICA DEL DELITO DE PECULADO

En este capítulo se abordarán aspectos doctrinales sobre los delitos especiales, para aclarar algunos puntos dogmáticos que se discuten sobre los mismos, logrando una diferenciación entre delitos especiales y delitos comunes, conociendo, además, la clasificación principal de delitos especiales propios y delitos especiales impropios; resaltando, un breve estudio de los delitos de infracción de deber. La segunda parte de este capítulo contiene un estudio más específico, del delito de peculado, desarrollando su Estructura Típica del mismo.

3.1. Delitos especiales

Se considera importante partir de la base de la enunciación de una clásica y – aparentemente- sencilla definición de lo que es un delito especial, que permita sentar los cimientos necesarios para el objeto de estudio de esta investigación.

Si bien sobre el concepto genérico de delito especial reina cierto consenso doctrinario, no ocurre lo mismo a la hora de explicar el sustrato material que justifica el injusto de esa clase de ilícitos, precisamente por el diverso alcance valorativo que se les asigna. Por eso se considera indispensable dejar plasmada una primera aproximación a la noción de *delicta propria*, que haga las veces de plataforma inicial sobre la cual repose todo este apartado.

Tradicionalmente, la doctrina ha entendido que son delitos especiales aquellos de los cuales no puede ser autor cualquier persona, sino tan solo quien reúna

las particulares condiciones objetivas exigidas para aquel por el tipo penal. De ahí que también se los llame delitos de autor calificado.¹³¹

3.1.1. Diferencias entre delitos comunes y delitos especiales

Se debe aclarar que el uso alternativo que aquí se hace de las expresiones “delitos especiales” o “delicta propria” como conceptos sinónimos y opuestos a los “delitos comunes” o “delicta communia”, obedece a la adopción de la terminología propia del derecho penal militar Romano, que fue la primera fuente legal expresa en los delitos especiales. En efecto según Sturm la primera diferencia a esta clase de delitos se encuentra en el Digesto de Arius Menander.¹³²

El delito común se entiende como aquel que puede ser realizado por cualquier persona, no se le exige ninguna condición natural o jurídica al presunto sujeto agente; y delito especial, aquel que tan solo puede ser realizado por algunas personas en particular, donde se exige del presunto sujeto agente una determinada condición natural o jurídica.

Los sujetos obligados a observar el precepto son menores que en el primero, por cuanto de aquellos se exigen determinadas calidades personales y de éstos ninguna. Esta afirmación también contribuye a explicar la diferencia entre delitos comunes y especiales.

En los delitos especiales un reducido número de coasociados por su condición y posición personal en la sociedad, están obligados a respetar el precepto penal, mientras que en los delitos comunes la conminación alcanza a un mayor

¹³¹ Zaffaroni; Manual de Derecho Penal, 788.

¹³² Gómez, Los delitos especiales, 4.

número de sujetos, precisamente porque a ellos no se les exige ningún tipo de condición o posición personal en el ámbito social.¹³³

A continuación, se mostrará la importancia del porque que, se tiene que distinguir esta clase de delitos:¹³⁴

- a) Porque los sujetos seleccionados por el legislador para observar la norma penal ocupan en la sociedad una posición especial que los hace diferente a los demás.
- b) Porque esa posición especial a raíz de sus condiciones personales de carácter jurídico o natural les exige un comportamiento de mayor responsabilidad y moralidad en el contexto social.
- c) Porque esa posición especial de la persona en la sociedad, lo convierte en un sujeto obligado a cumplir con especiales deberes de protección de los bienes jurídicos puesto bajo su cuidado o con los cuales ejerce determinadas relaciones.
- d) Porque es más reprochable e intolerable el comportamiento de un sujeto cualificado socialmente que el de aquel que no ostenta ninguna cualificación.

Por cuanto la especialidad del sujeto cualificado, legitima al Estado para exigirle un mayor compromiso y respeto por los bienes jurídicos colocados bajo su custodia, y a consecuencia de eso, facultades para aplicar sanciones

¹³³ José Antón Oneca, Derecho Penal, 2º Ed, (Akal, Madrid, 1986), 89.

¹³⁴ Alfonso Arroyo de las Heras, Manual de Derecho Penal: El Delito. II. (España: Akal, 1985), 77.

sumamente drásticas, en el momento en que lleguen a defraudar la confianza depositada en ellos.

La diferenciación entre delitos comunes y especiales resulta importante para determinar la valoración y efectos del comportamiento de los sujetos que intervienen en la realización de una conducta prevista como punible y para establecer o descartar si esa persona se le puede considerar autor, coautor o partícipe de una determinada clase de delito y de acuerdo con ello, el tipo de sanción a imponer.

3.1.2. Instituciones que fundamentan los delitos especiales

Así como los delitos comunes se fundamentan en la institución negativa del *neminem laede* (No causar daño a nadie)¹³⁵, los tipos de infracción del deber especial se basan en las instituciones positivas. A lo largo de la historia se han reconocido tres instituciones de este tipo, de las cuales emanan deberes también positivos, que fundamentan, por tanto, la importancia en materia penal,¹³⁶ estas son:

a) Institución familiar. La familia considerada como la base fundamental de la sociedad, según el Artículo 32 de la Constitución de la República; estando los miembros de dicho grupo familiar obligados a dar ciertas prestaciones, de tipo alimenticia, educación, seguridad, salud, etc., a otros integrantes de dicho grupo. Es por ello que estos miembros tienen mayores responsabilidades que otros sujetos en la sociedad, y si dejan de prestar

¹³⁵ “Real academia española: Diccionario del Español Jurídico”, RAE, acceso el 30 de diciembre del 2019. <https://dej.rae.es/lema/neminem-laedere>.

¹³⁶ Jairo Daniel Chávez Mata, *Autoría y participación Criminal en el injusto criminal*, (San Salvador: Imprenta Universitaria, 2009), 39.

sus obligaciones o cometen otros atentados en contra sus familiares, la ley penal agrava esa conducta, por considerarla más reprochable.

b) Institución estatal. El Estado es el máximo ente social del que derivan imperativos, con relación en determinado status que se desempeñan en el mismo, como el de funcionario, empleado público, agente de autoridad, entre otras, y que son status por la razón que incluye una situación jurídica, mediante la cual están obligados ciertos sujetos frente al Estado a la protección y mantenimiento de determinado bien jurídico, obligación que es el resultado de una positivación por la norma legal, como las funciones que le corresponden al juez o al fiscal por lo que se puede concluir que son imperativos precisos no indeterminado.¹³⁷

c) Estrechas relaciones de confianza. En este tipo de relaciones en la que el titular del bien jurídico deposita la confianza en otra persona, que ha aceptado el cuidado y protección del bien jurídico en determinadas situaciones de peligro, por tanto se admite la posición de garante en la comunidad de vida y en la comunidad de peligro, estructurada sobre la base de la ayuda mutua en situaciones que implica peligro para el bien.¹³⁸

Por ejemplo, los doctores respecto de la actividad médica. Esta relación no aparece expresa en los cuerpos normativos, así como también la acción de los salvavidas en la playa, etc.

Las instituciones positivas tienen la función de ser tipo de interpretación, definiéndose los mismos como las ideas rectoras que rigen la aplicación de los tipos particulares de la parte especial, determinando en definitiva el sentido

¹³⁷ Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, 34.

¹³⁸ *Ibid.*, 40.

teleológico de los tipos cualificados, siendo estas descripciones de conductas, que realiza el legislador por medio del supuesto de hecho de la norma penal.¹³⁹

3.1.3. Clasificación de los delitos especiales

Son muchos los autores de la doctrina que dividen a los delitos especiales en dos categorías: propios e impropios. No obstante, un importante sector doctrinario considera incorrecto el distingo entre delitos especiales propios e impropios, se trata de la llamada *posición unitaria*, la cual estima que siempre que el legislador haya construido un tipo especial, la cualidad especial de autoría será el fundamento de la pena.¹⁴⁰ Para efectos de la investigación estudiaremos la posición que mayoritariamente sostiene la doctrina: propios e impropios.

3.1.3.1. Delitos especiales propios

Son "aquellos que no tienen correspondencia con un delito común" porque "la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho sería atípico", es decir, en el delito especial propio el hecho tiene que ser cometido por un sujeto que reúna las características específicas, de no ser así el hecho es inexistente desde el punto de vista jurídico penal.¹⁴¹ Ej.: El delito de Prevaricato, (Art. 310 del Código Penal) donde necesariamente el Sujeto Activo ha de ser un juez, porque si no lo es, la persona que crea dictar una sentencia no conforme a derecho estaría bajo la figura de un delito imposible.

¹³⁹ Chávez, Autoría y participación Criminal, 4.

¹⁴⁰ Gómez, Los delitos especiales, 433. Dentro de esa posición unitaria se han ofrecido históricamente distintas respuestas al arduo tema de la participación del extraneus en el delito del intraneus, en especial en lo relativo a la forma de graduar la pena. Sobre el tema, que excede en mucho las pretensiones de estas líneas.

¹⁴¹ Gimbernat, Autor y cómplice en Derecho, 252.

3.1.3.1.1. Características de los delitos especiales propios

- a) Es un delito autónomo, por cuanto no depende de otro de ninguna naturaleza.
- b) Es un delito autónomo con sujeto cualificado. La cualificación no es otra cosa que una condición personal (natural o jurídica) que debe ostentar el sujeto agente. Es un elemento indispensable para la existencia del delito especial, de tal manera que, faltando esa condición personal, la conducta dejaría de ser típica para ese sujeto frente al bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal.

3.1.3.2. Delitos especiales impropios

Son aquellos "que tienen correspondencia con un delito común", pero su realización por sujetos especialmente cualificados hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto. En estos casos existe un delito común subyacente que puede ser cometido por cualquier persona, sin embargo, si es cometido por alguno de los sujetos especialmente cualificados se produce una modificación del título de imputación derivándose hacia el delito especial impropio.

El delito especial impropio es aquel en el que, aunque también se parte de un círculo reducido de posibles sujetos activos, sin embargo, tiene su correspondencia con un delito común.¹⁴² En estos casos, existe un delito común subyacente que puede ser cometido por cualquier persona, pero que, si se trata de alguno de los sujetos especialmente cualificados, se produce una modificación del título de imputación derivándose hacia el delito especial impropio.

¹⁴² *Ibíd.*

Este tipo de delitos son aquellos en los que la calificación específica del autor opera como fundamento de agravación. Ejemplo: la agravación de la privación ilegal de la libertad cometida por un funcionario, empleado público, agente de autoridad o autoridad pública (art. 290 del Código Penal).

Así como también, el delito de Peculado (art. 325 del Código Penal) cometido por funcionario público está cualificado por el Sujeto Activo, pero si no lo fuese esto es, si se tratase de un particular, tal Peculado no sería Atípico, sino que el título de imputación variará al de apropiación o retención indebida (Artículo 217 del Código Penal).

Delito de Parricidio u Homicidio Agravado (Art. 129 Numeral 1 del Código Penal) es un delito impropio pues tiene correspondencia con un delito común (Homicidio Simple, Art. 128 C. Pn.), se trata de un delito especialmente calificado, es decir porque se origina de un delito común, y el parentesco entre víctima y autor lo vuelve especial.

3.1.3.2.1. Características de los delitos especiales impropios

- a) Es un delito común realizado por un sujeto especial.
- b) Es un delito común atenuado o agravado por la calidad personal del sujeto agente que lo realiza. La calidad especial del sujeto agente es indispensable para la existencia del delito.
- c) Es un delito especial subordinado a uno de naturaleza común.

3.1.4. Delitos de infracción de deber

La teoría de los delitos de infracción de deber fue fundada por Claus Roxin y en la actualidad se ha impuesto en la doctrina, la jurisprudencia, entre tanto,

viene asumiéndola crecientemente, pues se trata de una construcción teórica que permite solucionar con solvencia los problemas de autoría y participación en delitos cuyos tipos penales contienen deberes especiales¹⁴³.

En este planteamiento los delitos especiales fueron refundidos en la nueva categoría de delitos consistentes en la infracción de un deber, que es definida a partir del fundamento de la restricción del círculo de autores, que a su vez es cifrado exclusivamente en la titularidad de un deber extrapenal.¹⁴⁴

Efectivamente, fue el propio Roxin quien en 1963 empleara por primera vez en el Derecho penal la categoría de los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikten), después de llevar a cabo una investigación, en su ya clásico *Täterschaft und Tatherrschaft*, acerca de la existencia de delitos que responden a otro criterio distinto al dominio del hecho¹⁴⁵: “el dominio del hecho no puede ofrecer un criterio idóneo de delimitación entre autoría y participación para todos los delitos y sus tipos”¹⁴⁶.

De este modo, señala Roxin como ámbitos impenetrables a la operatividad del criterio del dominio del hecho: los delitos culposos, los delitos de omisión, los delitos de propia mano, y los delitos de deber. A diferencia del resto de tipos penales (delitos comunes que Roxin equipara a los delitos de dominio), en los delitos especiales o de infracción de deber la idea del dominio del hecho no rige como criterio para determinar la conducta típica de autoría; más, también

¹⁴³ Raúl Pariona Arana, *Delitos contra la Administración Pública*, (Lima, Perú: Idemsa, 2013), 95.

¹⁴⁴ José Leandro Reaño Peschiera, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, (Lima: Juristas Editores, 2014), 26.

¹⁴⁵ Javier Sánchez Vera, Gómez Telles, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, (Madrid: Marcial Pons, 2002), 28.

¹⁴⁶ Claus Roxin, *Dogmática Penal y Política Criminal*, (Madrid: Idemsa, 1998), 362-364.

en estos casos, se dice que el fundamento de la punición consiste en la lesión de un bien jurídico¹⁴⁷.

Roxin, al enfrentarse al problema de la intervención del extraneus en delitos especiales concluye que hay figuras en las que el autor, la figura central del suceso acaecido, no es quien domina el hecho. En efecto, en los delitos en que se requiere una calidad especial en quien realiza la conducta ocurre que si quien tiene el dominio del hecho es un sujeto que no goza de dicha calidad, es un extraneus, en virtud del principio de legalidad no podrá ser sancionado como autor por el tipo correspondiente.

El contenido de estos delitos se deriva a partir de la existencia de deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho. Roxin cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad.¹⁴⁸

En esta clase de delitos, el obligado es tal en virtud de una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en, figura central, del suceso de la acción. De todo esto deduce Roxin que el criterio del dominio del hecho no es un “principio universal” para determinar la figura central del

¹⁴⁷ Reaño, Formas de intervención, 26.

¹⁴⁸ Sánchez, Delito de Infracción, 29. “La categoría dogmática de los delitos de infracción de deber no se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor, en el rol de funcionario”.

suceso, ni, por tanto, la autoría¹⁴⁹. Los delitos de infracción de deber tratan de proteger la “capacidad de función” de diversos “campos de la vida que ya se encuentran preformados”, mientras que, en los delitos de dominio, el autor quebranta un espacio que, “según el Derecho, debiera haber dejado intacto”¹⁵⁰.

Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona que, por medio de coacción (autor mediato), obtiene de un juez el pronunciamiento de una sentencia injusta. Esto se explica porque se trata de delitos en cuya configuración no se atiende a la naturaleza externa del comportamiento, sino que el fundamento de la sanción reside en el incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial.

Estas figuras son las que Roxin denomina delitos de infracción de deber: tipos penales en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a la formulación del tipo. Delitos que se estructuran sobre la base de la infracción de un deber especial que recae sobre ciertas personas, “deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas”. El resto de los ilícitos penales, en cambio, tiene como fundamento el deber general de respetar las normas.

Sin embargo, en la formulación Roxiniana de los delitos de infracción de deber, no es posible hallar un fundamento que diga en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejándose en manos del legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, puesto que finalmente y a juicio de Roxin,

¹⁴⁹ *Ibíd.* 28.

¹⁵⁰ *Ibíd.* 31.

es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador el de si conforma un delito como de dominio del hecho o como de infracción de deber¹⁵¹. Por tanto, la existencia o no de un delito de infracción de deber se infiere de la interpretación del correspondiente tipo penal de la parte especial.

3.1.5. Diferencias entre delitos especiales y delitos de infracción de deber

Resulta necesario diferenciar a los delitos de infracción de deber de las figuras delictivas conocidas, como delitos especiales. Los delitos especiales implican una mera modificación formal respecto a los delitos comunes.

Dicha distinción discurre en el plano analítico formal y tiene como base las posibilidades de configuración de las expectativas normativas, que bien pueden dirigirse de modo generalizado a cualquier persona, o bien formularse de manera particularizada respecto a un grupo específico de destinatarios¹⁵². Los delitos de infracción de deber, por el contrario, implican un giro total respecto a los delitos de dominio, el cambio en ellos es radical¹⁵³.

La división entre delitos comunes y delitos especiales es ya tradicional en la dogmática penal, y surgió con base a la idea de que la autoría de ciertos delitos no puede ser atribuida a cualquier persona, sino solamente a los sujetos que reúnen las cualidades físicas o jurídicas descritas formalmente en los tipos legales de la Parte Especial¹⁵⁴.

A este respecto, es de tener en cuenta que, mientras que los deberes positivos ocupan el centro de los delitos consistentes en la infracción de un deber, el

¹⁵¹ *Ibíd.* 33.

¹⁵² Reaño, *Formas de intervención*, 23,24.

¹⁵³ Percy García Cavero, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, (Barcelona: Bosch, 1999), 41.

¹⁵⁴ Reaño, *Formas de intervención*, 23.

núcleo de los delitos especiales lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor, o de la acción, o bien la forma en que un determinado objeto de bien jurídico puede ser lesionado.

Por tanto, no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales porque ello sólo evidencia, una confusión de planos, pues mientras la división de “delitos comunes/delitos especiales” se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, los conceptos “delitos de dominio/delitos de infracción de deber” sí recoge una diferenciación material.

A diferencia de Roxin, Jakobs entiende que la infracción de un deber institucional no es sólo una regla para determinar la autoría sino, sobre todo, el fundamento de la imputación jurídico penal. En ese sentido, la distinción de delitos comunes y delitos especiales tiene un fundamento distinto a la distinción entre delitos de infracción de deber y delitos de dominio; de ahí precisamente que un delito común tampoco puede ser igual a un delito de dominio. Efectivamente, la delimitación de las conductas prohibidas a través de la exigencia de determinadas cualidades personales en el destinatario no obedece a razones materiales, sino que se trata simplemente de un uso lingüístico del legislador.¹⁵⁵

El análisis dogmático de los tipos penales debe respetar la mencionada separación entre planos formales y materiales, pues una confusión de tales niveles analíticos anularía todo el rendimiento distintivo al que aspira la categoría de los delitos especiales.

Efectivamente, si se tiene en cuenta que el proceso de normativización del tipo penal emprendido por la dogmática penal moderna ha demostrado que el

¹⁵⁵ *Ibíd.* 24.

estatus de garante es condición necesaria para la autoría de todo delito, la introducción de consideraciones materiales en tal categoría formal llevaría a concluir que todos los tipos penales describen delitos especiales, en tanto en cuanto sólo puede ser autor quien es garante o incumbente.¹⁵⁶

3.2. Estructura típica del delito de peculado

Este apartado contiene el desarrollo de la estructura típica de los dos peculados reconocidos en la legislación Penal Salvadoreña, se trata del Peculado (Doloso) art.325 C.P.; y del Peculado Culposos art. 326 C.P.

3.2.1. Elementos típicos del Peculado (Doloso) Art. 325 C.P

3.2.1.1. Concepto

La denominación en esta materia no es uniforme, según los códigos tengan su fuente en la legislación italiana o en la legislación española, el delito es llamado peculado o malversación respectivamente. Nuestro anterior Código Penal, cuya fuente era la legislación española, denominaba al delito en comento “Malversación de caudales públicos”.

De entre ambas denominaciones que definen un mismo delito, se cree que la definición adecuada es la que trae el actual Código Penal como Peculado. Al respecto se está de acuerdo con la sostiene “que es la denominación realmente adecuada y no la de malversación de caudales públicos con que la conoce la doctrina española”.

Malversar (de latín, male, mal y versare, volver) admite idiomáticamente tanto la acepción de inversión ilícita de caudales como la de aplicarlos a usos

¹⁵⁶ *Ibíd.* 31.

distintos de aquellos para los cuales están destinados. Es, pues, más genérica que peculado lo cual la vuelve imprecisa y “puede genéricamente cubrir las distintas modalidades de delito que su sentido abarca y de los que el peculado viene a ser una forma con sus características y singularidades propias”.

Según las palabras de Arnoldo García Iturbe: “El peculado puede ser una clase de o especie de mal usar, de malversar el dinero o los bienes muebles, se debe tener presente que la malversación no se agota en la figura jurídica del peculado y puede comprender otras formas, de manera que a la imprecisión del término malversación se opone la precisión de la voz peculado.” Se ha definido el peculado como “el delito que consiste en el hurto de caudales del erario hecho por aquél a quien está confiada su administración”¹⁵⁷.

Por su parte Joaquín Escriche, define el Peculado como la sustracción de caudales del erario público hecha por las mismas personas que los manejan.

3.2.1.2. Sujeto activo

El sujeto activo en el delito de Peculado personas descritas en el artículo 39 del Código Penal, como funcionarios o empleados públicos o encargados de un servicio público, siendo necesario que mantengan con el objeto material la relación a la que se hará referencia al comentar la conducta típica.

La inclusión de los encargados de servicios públicos, que no parecen a ninguna de las categorías descrita en el art. 39, obedece a la especial relación de ese particular con un ámbito de actuación pública, en cuya virtud entra en la misma relación dicha con el objeto material del delito.

¹⁵⁷ García, “Delitos Contra la Cosa Pública”, 55.

Según el art. 39 Código Penal se considera: funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares, en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos.¹⁵⁸

Empleados públicos y municipales. Todos los servidores del Estado o de sus organizaciones descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico.

3.2.1.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, como titular del bien jurídico protegido, dependerá de la postura mantenida.

Así, se tiene que Buccelati dice que la verdadera víctima es la sociedad. Carrara, Mecacci, Impallomeni, dicen que sujeto pasivo es la persona o la cosa sobre la que recae materialmente la acción, confundiendo así el concepto de objeto material con el sujeto pasivo.

Algunos otros autores como Hans, Ortolan, Garraud, dicen que el sujeto pasivo es la persona a quien pertenece el derecho. Alimena y Ferri dicen que no es el poseedor del bien jurídico. Dice Ferri: “pero existen también un sujeto pasivo jurídicamente sustancial que es el que sufre la lesión del propio derecho o bien jurídico (vida integridad personal, honor, propiedad, etc.) al anterior concepto, otros autores como Florian, Cuelllo Calón y Del Rosal, agregan “A

¹⁵⁸ Código Penal, 1998, artículo 39.

de un interés”. Así, Cuello Calón expresa que “Sujeto pasivo del delito es el titular del derecho e interés lesionado o puesto en peligro por el delito”.¹⁵⁹

Luis Jiménez de Asúa, al criticar las teorías anteriores, opina que la primera es imprecisa, ya que, en última instancia, siempre la sociedad es parte lesionada¹⁶⁰. Observación que considera correcta, como que tratar de colocar a la sociedad como sujeto pasivo de los delitos equivale a eludir el problema sustancia en vía de obtener una aparente y fácil solución del mismo. Agrega que la segunda teoría, confunde sujeto pasivo con objeto material. Para el autor español la solución o teoría más correcta es la tercera.

Alfonso reyes quien dice que es sujeto pasivo la persona titular del interés o bien jurídico protegido o titulado y cuya ofensa estructura el delito. Al contrario de lo que acontece con el sujeto activo, tanto las personas naturales como las jurídicas son susceptibles de ser sujetos pasivos del delito; entre estas últimas debe incluirse el Estado, quien lo es principalmente de aquellos ilícitos que ofenden su seguridad interior o exterior, su administración pública o la recta administración de la justicia que la dispensa¹⁶¹. En este orden de ideas, se dirá que el Estado es el sujeto pasivo del delito de peculado, porque es el titular del bien jurídico de la administración pública.

3.2.1.4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido, ha discutido en torno a la naturaleza de este delito, son varias posturas respecto al tema, uno de ella minoritaria, se dice que son delitos contra la propiedad, cualificados por a) la condición objeto material, al

¹⁵⁹ Eugenia Cuello Calón, Derecho Penal, 9° ed., (España: Edit. Bosch, 1948), 290.

¹⁶⁰ Luis Jiménez de Asúa, Tratado de derecho penal, (Argentina: Edit. Losada, 1951), 78.

¹⁶¹ Alfonso Reyes, La tipicidad, 3 ed. (Colombia: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1967), 25.

tratarse de efectos públicos, y b) la condición del sujeto activo, que es un funcionario o empleado público o el encargado de un servidor público, operando estas condiciones como agravantes del tipo; en cambio, para la postura mayoritaria, es un delito de funcionario, con entidad propia, por lo que su colocación actual entre los delitos contra la administración pública y en capítulo propio, es correcta, entendiendo que no son delitos contra la propiedad porque el bien jurídico protegido es distinto en estos delitos y en el de peculado.

No han faltado autores que han sostenido la tesis de una naturaleza mixta, entendida que este delito ataca al deber de fidelidad del funcionario o empleado público o encargado de un servicio público para con la administración, en este caso, en la gestión de fondos públicos y, al mismo tiempo ataca intereses económicos del Estado.¹⁶²

Consecuencia de la posición que se mantenga respecto de la naturaleza de estos delitos debe ser la que se adopte respecto del bien jurídico protegido. Para la postura minoritaria el bien jurídico protegido es el valor patrimonial atacado por la acción típica. Para la postura mayoritaria el auténtico bien jurídico protegido son los servicios que la Administración debe prestar a los ciudadanos, financiados con cargos a recursos.

3.2.1.5. Objeto material

Son el dinero, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble, de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado el sujeto activo en virtud de su función o empleo.¹⁶³

¹⁶² García, "Delitos Contra la Cosa Pública", 55.

¹⁶³ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, Código Penal de El Salvador comentado, (El Salvador: Imprenta Nacional, 2004), 648.

En definitiva, puede ser objeto material de este delito cualquier cosa mueble que tenga un valor económico, presente o no, con tal que resulte apreciable, siendo lo más frecuente que se trate de dinero, pero pudiendo ser objetos como mobiliarios, automóviles, animales, valores, negociables o no, y, como se ha dicho lo que sea mueble.

Estas cosas han de permanecer a la Administración, siendo indiferentes a que aspectos de esta han de estas destinadas, de algún modo, a los fines públicos. El objeto material adquiere la naturaleza pública desde que un funcionario, empleado público o encargado del servicio público, legitimado, lo recibe con destino a la administración. Por tanto, los efectos públicos desde la administración tienen un derecho expectante sobre ellos, aunque todavía no hayan sido ingresados en las arcas públicas.

Para que unos objetos públicos puedan ser objeto material de un delito de peculado es necesario que entre ellos y el sujeto activo haya una especie relación que es descrita por la ley con la exigencia de que este tenga su cargo su administración, recaudación, custodia o venta, por razón de su función o empleo.

La jurisprudencia salvadoreña establece como objeto material del delito de peculado lo siguiente: cualquier cosa mueble que tenga valor económico, las cuales han de pertenecer a la administración pública, siendo indiferente aspectos de ésta y han de estar destinadas, de algún modo a fines públicos, adquiriendo la naturaleza pública desde que el funcionario, empleado público o el encargado de un servicio público, legitimado, lo recibe con destino a la administración.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Cámara Segundo de lo Penal de la primera sección del centro, Sentencia de resolución de recurso de apelación, referencia: 46-2018, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

3.2.1.6. Conducta típica

Es apropiarse de los objetos materiales o dar ocasión a que se cometiere el hecho, lo que es igual a consentir que otro se apropie.¹⁶⁵ La primera de las dos modalidades, apropiarse, es de acción, la segunda, dar ocasión a que otro se apropie, es de omisión.

Apropiarse significa la incorporación definitiva de los objetos materiales del delito al patrimonio del sujeto activo o al de otra persona, ya que es indiferente que el sujeto busque favorecerse el o entregar el dinero, valores o demás objetos a un tercero, siempre que su acción signifique aparte definitivamente los caudales del fin público al que estaban destinados.

La conducta omisiva es un delito de comisión por omisión, ya que el sujeto activo no realiza directamente la apropiación, pero se le imputa responsabilidad en tal apropiación porque no la ha evitado, cuando estaba obligado a impedirlo, por su especial posición, al tener los efectos a su cargo. Se castiga la infracción de este deber en cualquier forma, sea haciendo algo, como entregando la llave, sea no haciendo nada, infracción del deber que es eminentemente dolosa, pues tiene que estar conectada con la exigencia de que se dé ocasión a que otro se apropie los objetos, lo que supone una conformidad del sujeto activo a la acción del que se apropia, siendo indiferente que haya convenio o no entre ambos, aunque lo más frecuente será que exista y siendo necesario que la apropiación sea objetiva imputable al consentimiento del funcionario, empleado público o encargado del servicio público.

Esta equiparación del comportamiento activo y omisivo se ha justificado en la identidad del daño que producen al bien jurídico protegido, siendo la voluntad

¹⁶⁵ Carrasco, Código Penal de El Salvador comentado, 665.

del legislador excluir la modalidad omisiva de las reglas generales de la participación, para evitar que el funcionario que consiente en la apropiación se vea favorecido respecto del que se apropia, pue, de no existir la modalidad omisiva, al sujeto público que sustrajere se le castigaría como autor de peculado, y al que diere ocasión, como participe en un delito vigente carece de matices e impone iguales penas a hechos que pueden ser muy diversos en cuanto a la participación del autor, que no resuelve los casos de plena omisión del funcionario y que lleva a romper el título de imputación.

3.2.1.7. Tipo subjetivo

El tipo es de exclusiva comisión con dolo directo, tanto en la conducta activa como en la omisiva, ya que se define el ánimo al que se hace referencia a continuación.

Se exige en el sujeto activo ánimo de lograr una ventaja patrimonial en el propio patrimonio o en el de otro mediante la incorporación al mismo del objeto material mediante la apropiación definitiva de este lo que es destino del genérico ánimo de enriquecimiento, que puede estar presente en el tipo de malversación del artículo 332 Cp.

Este tipo penal es de exclusiva comisión con dolo tanto en la conducta activa como en la omisiva, así mismo el dolo está conformado por el elemento conocimiento y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo; con respecto a la consumación de este tipo penal, se produce en el momento en que se realiza la apropiación, es decir, la incorporación definitiva del objeto material al patrimonio del sujeto activo o de otra persona.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Cámara Segundo de lo Penal de la primera sección del centro, Sentencia: 46-2018.

La diferencia entre el delito de peculado y el de malversación se encuentra, exclusivamente, en el tipo subjetivo, pues, en el delito de peculado el sujeto activo busca apropiarse del objeto material, lo que significa apartarlo definitivamente del servicio público al que se encontraba destinado o de la finalidad también pública a la que servía, mientras que en el caso de la malversación, tal animo se centra en utilizar esos objetos para finalidad diferente de su destino público, pero sin apartarlo definitivamente del mismo.

3.2.1.8. Fases de la ejecución del delito

La consumación se produce en el momento en el que se realiza la apropiación, es decir, cuando existen actos que significan la incorporación definitiva del objeto material al patrimonio del sujeto activo o de otra persona, de forma que, el objeto queda definitivamente apartado de la esfera pública. Es posible la tentativa cuando no se logra tal apropiación así descrita.¹⁶⁷

3.2.2. Elementos típicos del Peculado Culposo art. 326 Cp

Este delito tiene los mismos elementos del tipo penal que el peculado del art. 325 Cp. Por ello se limitará solo abordar los parámetros necesarios de este delito de peculado por culpa.

Este delito no puede ser cometido por encargado de servicio público, quedando restringido a funcionario y empleado público. La única diferencia con la conducta omisiva sancionada en el artículo anterior pertenece al tipo subjetivo, pues, mientras que el artículo precedente, el sujeto activo, voluntariamente, deja que otro sustraiga el objeto material, en el presente precepto, se trata de

¹⁶⁷ Carrasco, Código Penal de El Salvador comentado, 668.

un comportamiento culposo, ya que no se da ocasión voluntariamente a que otro se apropie del objeto material, pero el sujeto activo infringe su deber público de vigilancia y custodia de lo encomendado, por abandono o por cumplimiento descuido.¹⁶⁸

Esta falta de cautela debe de dar lugar a lo apropiación por otro, no bastando con que el objeto material desaparezca por culpa del encargado, sin que este acreditada la apropiación, siendo preciso, además, que esta apropiación sea objetivamente imputable a la culpa del funcionario, de tal forma que no apropiación sea objetivamente imputable a la culpa del funcionario, de tal forma que no existe este delito si la apropiación hubiera tenido lugar de todos modos aunque el sujeto activo hubiese desplegado la diligencia debida en el cumplimiento de su función.

Para determinar este delito se deben de cumplir con los parámetros exigidos por el tipo penal de Peculado por Culpa, se trata de una conducta omisiva imprudente, por lo que en el orden lógico del razonamiento inferencial, si bien pueden faltar los actos propiamente consumativos, es decir "que por su culpa diere ocasión a que se cometiere por otra persona el peculado de que trata el artículo 325 Cp., es imprescindible para la calificación culposa de la conducta, demostrar la negligencia o infracción al deber de cuidado, ya que este es precisamente el principal elemento del delito imprudente.¹⁶⁹

3.2.3. Imputación subjetiva al rol

Problema clásico de ciertos delitos de funcionarios es el de la imputación subjetiva. Nuestro Código Penal contempla el delito de peculado doloso y

¹⁶⁸ *Ibíd.* 670.

¹⁶⁹ Sala de lo Penal, Recurso de casación, referencia: c52-02, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002).

culposo. El peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo.

El delito de peculado culposo, por su parte, se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión que un tercero sustraiga de la Administración Pública, caudales o efectos que están confiados a él en razón del cargo que ostenta para el Estado. Es de hacer la pregunta como ¿Cómo distinguir si el funcionario tenía ánimo de apropiación o no?

Pues bien, a pesar de lo que habitualmente se cree, la prueba del dolo se resuelve en los delitos de funcionarios de igual manera, o incluso más: de forma precisamente más sencilla, que en los delitos comunes de dominio. En efecto, la imputación subjetiva que se ha de realizar tiene como referente, como principio de identificación, un determinado rol, el rol de funcionario de una determinada administración, de un juez o magistrado, etc., por lo que la imputación podrá basarse simplemente en ese rol.¹⁷⁰

En ese sentido, se tiene que acreditar dentro del proceso penal, cuando menos, que el autor actuó mediante negligencia, imprudencia o impericia en el hecho investigado, pues si el funcionario o servidor público tenía conocimiento de los hechos de sustracción de caudales o efectos por parte de otras personas, y no obstante ello permite que otras personas hagan sustracciones; este hecho será considerado, ya no como autor del delito de peculado culposo, sino de autor del delito de peculado doloso¹⁷¹.

¹⁷⁰ Sánchez, Delito de Infracción, 478.

¹⁷¹ James Reategui Sánchez, Delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública, (Lima: Juristas Editores, 2014), 391.

3.2.4. Iter Criminis: adelanto de la punibilidad

Al ser el Peculado un delito de resultado es perfectamente posible que, en el caso del Peculado Doloso, éste se quede en grado de tentativa. A modo de ejemplo, se está ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo.¹⁷²

Dicho en otras palabras, la sola infracción de sus deberes estatales por parte del funcionario, aún sin acaecimiento de posterior perjuicio, ya fundamenta una responsabilidad penal en grado de tentativa art. 24 Cp., puesto que la afectación al erario público sólo es relevante para la verificación del resultado lesivo. Dicho con un ejemplo, el funcionario público que ofrece dinero del Estado a un particular ya es punible como autor de peculado en grado de tentativa, y ello, aunque el particular se niegue a aceptar dichos caudales.¹⁷³

Rojas Vargas señala que las formas de tentativas inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento, son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para consumar el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afectación al patrimonio del Estado a título de lesión o peligro de lesión.¹⁷⁴

En lo que respecta al delito de peculado culposo, sin embargo, por más que el funcionario público o servidor público haya podido realizar un comportamiento

¹⁷² Ramiro Salinas Siccha, El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana, Delitos contra la administración Pública, (Lima: Idemsa Centro de Estudios Penales, Perú, 2013), 371.

¹⁷³ Reaño, Formas de intervención, 30.

¹⁷⁴ Fidel Roja Vargas, Delitos contra la Administración Pública, 3ª ed., (Bogotá: Temis, 1995), 344.

negligente, imprudente, con respecto al cuidado y vigilancia de los caudales o efectos del Estado, y sin embargo, esto no ha permitido que terceras personas –extraneus- hayan podido sustraer de manera dolosa dichos caudales, no habrá peculado culposo con respecto al funcionario o servidor público, pues tiene que haberse realizado la respectiva sustracción del caudal o efectos de los terceros, tiene que haber salido efectivamente de los ámbitos de custodia y vigilancia de la Administración Pública.

Una opinión en contrario daría pie a que se repriman penalmente meros actos de tentativa o interrupciones en el proceso ejecutivo en el marco de un delito culposo o imprudente¹⁷⁵.

Al protegerse un bien jurídico supraindividual en la mayoría de los preceptos no se exige una lesión del correcto funcionamiento de la Administración Pública para la consumación. El legislador penal ha decidido proteger ciertos presupuestos básicos con independencia de su carácter lesivo en el supuesto concreto. Más bien, se vela por mantener las condiciones indispensables para que la Administración Pública pueda llevar a cabo su labor constitucional.¹⁷⁶.

¹⁷⁵ James Reategui Sánchez, La infracción penal por Peculado culposo, Análisis a partir del artículo 387, cuarto párrafo, del Código Penal, en Heydegger, Francisco (Coord.), Delitos contra la Administración Pública, (Lima: Idemsa, Centros de Estudios Penales, 2013), 402.

¹⁷⁶ Bernardo Feijoo Sánchez, Delitos Contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas, Delitos contra la Administración Pública, (Lima: Idemsa, Centros de Estudios Penales, 2013), 17.

CAPITULO IV

LA INTERVENCION Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE PECULADO.

En este capítulo se desarrolla la esencia de esta investigación, ya que en los capítulos anteriores se ha ido llevando a cabo una secuencia lógica, que permitiera acercar al objeto de estudio: Responsabilidad penal del Extraneus en el delito de peculado. Para ello, verifican dos tipos de teorías que doctrinalmente han sido postuladas respecto a nuestro objeto de estudio, mismas que serán desarrolladas y analizadas, tratando de aplicar la que más se acople a la legislación penal, se trata de la Teoría de Unidad del título de Imputación y de la Teoría de la Ruptura del Título de imputación.

4.1. Aspectos jurídico - dogmático del delito de peculado

Los tipos penales del artículo 325 y 326 del Código Penal tipifican el peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa. Al delito de peculado doloso se puede definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público o el encargo de servicio público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se “apropia” o “utiliza”, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya administración o custodia se le encarga por el cargo funcional que desempeña.¹⁷⁷

El deber del sujeto activo, establecido en el art. 325 y 326, respecto de los caudales o efectos que tiene a su cargo, constituyen un deber institucional

¹⁷⁷ Herbert Benavente Chorres y Leonardo Calderón Valverde, Delitos de corrupción de funcionarios, 2° Ed., (Lima: Gaceta Penal, 2012), 164.

fundado en una relación o cualificación que el ordenamiento jurídico atribuye a un sujeto como funcionario público.¹⁷⁸

En la actualidad, casi nadie ha defendido el carácter puramente patrimonial del delito de peculado, sin que más bien su naturaleza se ha concebido desde una perspectiva dual.

Por una parte, se destaca el aspecto patrimonial, puesto que la conducta se proyecta sobre caudales o efectos públicos, pero, por otra, se acepta también como componente definidor del mismo la deslealtad del funcionario, en cuanto infracción de los deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que tienen a su cargo por razón de sus funciones.

Por lo que a esta última dimensión se refiere, cabe indicar que el sustrato homogéneo a todos los delitos de funcionarios se centra en el correcto ejercicio de la actividad administrativa, en la función pública como razón de ser de su incriminación en última instancia.

Ahora bien, resulta difícil hacer referencia al correcto ejercicio de la actividad administrativa o a la función administrativa al servicio de la sociedad, sin tener en cuenta los concretos deberes que obligan al funcionario.¹⁷⁹

Como dato de actualización, se encuentra que la última reforma respecto del delito de peculado fue en noviembre de 2004, agregando el cuarto inciso en el 325 y modificando por completo el 326 respecto al Peculado por Culpa.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Alex Van Weezel de la Cruz, *Delitos Tributarios*, (Santiago: Editorial Jurídica, 2007), 251.

¹⁷⁹ Luis Roca Agapito, *El delito de peculado en España y en Perú, Delitos contra la Administración Pública*, (Lima: Idemsa, Centro de Estudios Penales, 2013), 411.

¹⁸⁰ Reforma del código penal, D.L. No. 487, del 27 de octubre de 2004; D.O. No.217, Tomo No. 365, del 22-11-2004.

4.2. El peculado como delito especial de infracción de deber

Tal como se ha desarrollado con anterioridad, no es correcto afirmar, sin más, que se trata de un “delito especial”, pues ello supondría estancarse en plano formal. Lo correcto es decir que se trata de un “delito especial de infracción de deber”.

La categoría de los delitos de infracción de deber refiere a criterios materiales de imputación que se deducen de la función social que cumple el Derecho penal, consistente en garantizar la separación y vinculación de esferas de organización.¹⁸¹

Por tanto, es incorrecto sostener la existencia de la clasificación entre delitos de infracción de deber propios e impropios.¹⁸² Cuando se afirma que el tipo de peculado ha sido estipulado por el legislador en el Código Penal como delito especial propio y que a la vez constituye un delito de infracción de deber, se alude a distintos planos analíticos que impiden equiparar ambas clasificaciones como si de una se derivara necesariamente la otra.

Si bien quien no tenga la cualidad de funcionario público no podrá ser considerado autor de un delito especial como el peculado¹⁸³, la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación de deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación.

Sobre este tema ya se ha pronunciado la Sala de lo penal, refiriéndose que el delito de Peculado busca proteger el correcto funcionamiento y desarrollo de

¹⁸¹ Reaño, Formas de intervención, 25.

¹⁸² Sánchez, Delito de Infracción, 474.

¹⁸³ Alfonso Gómez Méndez y Carlos Gómez Pavajeau, Delitos Contra la Administración Pública, 3° Ed. (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2008), 128.

la administración pública, referido concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales por la confianza depositada en el funcionario encargado del manejo o cuidado de esos bienes.¹⁸⁴

4.3. Sujetos intervinientes del delito de peculado

Es de tener claro quiénes pueden intervenir en el delito de peculado, para ello es necesario a los sujetos que pueden tener participación en este delito especial de Peculado¹⁸⁵.

Entre estos sujetos que se mencionan se encuentra al Intraneus y al Extraneus, siendo así, se puede obtener un acercamiento inicial al concepto de cada uno de ellos, en el orden que se mencionan: “Intraneus” que etimológicamente proviene de in, prefijo que indica entre otras cosas, posición interior, y de administración, de manera que, por este aspecto, intraneus es la persona que está dentro de la administración pública, como empleado o representante de ella¹⁸⁶; y el “extraneus” al contrario deriva de “ex” que quiere decir: “fuera de”, vocablo que antepuesto al de administración, denota a que está fuera de la administración pública; relacionado con el presente caso indicara la persona que esta fuera de la administración pública es decir sería un ciudadano particular y sin ningún nexo con el ente estatal es decir no sería un funcionario, empleado o encargado de un servicio público.

¹⁸⁴ Sala de lo penal de la corte suprema de justicia Referencia: 167C2016; (San Salvador, Corte suprema de Justicia, 2017) 2.

¹⁸⁵ Carlos, Creus, Delitos Contra la Administración Pública, (Buenos aires: Editorial Astrea, 1981), 324.

¹⁸⁶ Erleans de Jesús Peña Ossa, Delitos contra la Administración Pública, (Bogotá: Depalma, 1995), 33.

Resulta prudente mencionar, que un aspecto vinculante en este tema, es si es o no funcionario público, para ello es de vital importancia, hacer un estudio normativo y jurisprudencial de este concepto.

En la Ley sobre enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados público, en el Título I, en el apartado referente de las personas sujetas a esta ley, el Art. 1 reza “*La presente Ley se aplica a los funcionarios y empleados públicos que en el texto de la misma se indican, ya sea que desempeñen sus cargos dentro o fuera del territorio de la Republica*”; así mismo el Art. 2 dice: “*Para los efectos de esta Ley se consideran funcionarios y empleados públicos: 1° Las Personas que con ejercicio de autoridad o jurisdicción o bien sin él, por elección popular, por elección de la Asamblea Legislativa, por nombramiento de autoridad competente o por designación oficial, participen de manera principal o secundaria en las funciones o actividades públicas de los organismos, dependencias o instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado o del Municipio*”¹⁸⁷.

En el mismo orden lógico, se encuentra que, en la Ley de ética gubernamental, Capítulo I, en el apartado de Definiciones, el Art. 3. Literales b), c) y d) dice textualmente lo siguiente: “*Para los efectos de la presente Ley se entiende por: (...), b) Funcionario Público. Persona natural que presta temporal o permanentemente servicios dentro de la administración pública, con facultad para tomar decisiones dentro de las atribuciones de su cargo; c) Empleado Público. Persona natural que presta temporal o permanentemente servicios dentro de la administración pública y que actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico, dentro de las facultades establecidas en su*

¹⁸⁷ Ley sobre enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados público, Numero del decreto:2833, No. Diario Oficial: 87 Número de Tomo: 183 Fecha de Publicación: 18/05/1959.

*cargo; d) Servidor Público. Persona natural que presta temporal o permanentemente servicios dentro de la administración pública.*¹⁸⁸

En el Código Penal vigente, se encuentra en el artículo 39, el concepto de funcionario, empleado público y municipal, autoridad pública y agente de autoridad, dicho precepto legal textualmente reza: *“Para efectos penales, se consideran: 1) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; 2) Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. 3) Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o Delegación del funcionario o superior jerárquico; y 4) Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil”*¹⁸⁹.

A propósito de tal definición, la Sala de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, considera que es de suma trascendencia, incorporar a su razonamiento la siguiente postura doctrinaria, por estimarla acertada y útil para la mejor comprensión en cuanto a la delimitación del sujeto activo del delito de peculado¹⁹⁰: *“El concepto de funcionario a efectos penales es más amplio que el que proporciona el orden administrativo, pues mientras en éste se atiende a condiciones de ingreso, organización, dependencia, inclusión escalafonaria,*

¹⁸⁸ Ley de ética gubernamental, Numero del decreto: 873, No. Diario Oficial: 22, Número de Tomo: 393, Fecha de Publicación: 07/12/2011.

¹⁸⁹ Código Penal.

¹⁹⁰ Sala de lo penal de la corte suprema de justicia Sentencia nº 1C2017, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017). 5.

forma de percepción de haberes y adquisiciones de derechos pasivos, el Derecho penal se conforma escuetamente con la participación legítima en el ejercicio de una función pública. En una palabra, en el concepto penal basta el criterio del encuadramiento en la organización administrativa estatal. Y el motivo por el cual la noción penal es más amplia que la suministrada por el Derecho Administrativo se justifica con base a que el Derecho Penal dispensa protección a la función pública más allá del campo estrictamente administrativo, dada la diversa finalidad que persiguen esos ordenamientos.”¹⁹¹

4.4. Autoría en el delito de peculado

Los funcionarios o empleados públicos, o encargados de un servicio público que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son posibles de cometer peculado a título de autores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación o retención indebidas o en un determinado caso de hurto.¹⁹²

Por el contrario, distinto es el caso de quien tiene que ocuparse de una determinada institución positiva, respondiendo en caso contrario como autor, lo hará en el supuesto de que él mismo cause el daño, pero también, naturalmente, en el supuesto de que no salve el bien protegido por la institución positiva que se encuentre en peligro, y finalmente también cuando ayude a un tercero a dañar el bien.

En este último caso, a pesar de que su acción fue aparentemente de ayuda, responderá también como autor¹⁹³.

¹⁹¹ Nivaldo Brunoni, Malversación y Peculado. Análisis comparativo entre las legislaciones españolas y brasileñas, (España: Universidad Autónoma de Madrid, 2009), 142.

¹⁹² Salinas, El delito de peculado, 366.

¹⁹³ Sánchez, Delito de Infracción, 458-486.

Así, entonces, para que la conducta típica del Peculado, Art. 325 Pn., se configure requiere el cumplimiento de dos elementos: El Tipo objetivo, es decir, el sujeto activo del delito debe ser funcionario público que tenga a su cargo en razón de sus funciones una determinada relación con bienes de valor económico que le han sido conferidos, pero que indebidamente se ha apropiado en beneficio personal o de un tercero. En cuanto al Tipo subjetivo: lo que determina la relevancia es el dolo, es decir, la voluntad realizada por el autor de extraer los bienes de la tenencia efectiva o simbólica que el ámbito administrativo han sido colocadas en razón de las leyes, reglamentos y normativas específicas, pues la sustracción es para su beneficio o de persona ajena.

4.5. Autoría mediata en los delitos especiales

Respecto a este apartado, se partirá diciendo que los delitos especiales son aquellos en los que sólo un grupo de sujetos pueden ser autores, en virtud de reunir ciertas cualidades para la ejecución de los mismos, de modo que no es criterio para delimitarlos de la teoría del dominio del hecho y, por lo tanto, no es aplicable la autoría mediata.

Las normas en estos casos se dirigen a ciertas personas, no así en el caso de complicidad. En otras palabras, se trata de los llamados delitos especiales propios. En éstos la autoría se limita al círculo de las personas calificadas o autores idóneos, mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho.

De manera que, parte mayoritaria de la doctrina sostiene que el «*extraneus*» (es decir la persona no calificada con los requisitos que exige el tipo penal

especial) no puede ser autor de estos hechos punibles ni como autor directo, ni como autor mediato, ni como coautor. Su participación es posible.¹⁹⁴

Por eso Hirsch ha podido sostener, y con razón, que "En la autoría mediata queda claro que el dominio del hecho constituye el decisivo punto de partida. Cuando el que actúa directamente es simplemente un instrumento del hombre de atrás es precisamente porque éste tiene el dominio sobre los acontecimientos."¹⁹⁵

Ahora bien, por otro lado al establecer los límites de la autoría mediata, Mir Puig¹⁹⁶, sostiene que los delitos especiales son aquellos que solo pueden cometer determinados sujetos – no pueden ser cometidos en autoría mediata por quien no reúna la cualificación necesaria. Estableciendo una excepción, donde sostiene que si cabe en tales delitos la autoría mediata por parte de un sujeto cualificado, cuando este utiliza a otro cualificado o no cualificado como instrumento. Como ejemplo, Mir Puig, cita lo siguiente: no cabe la autoría mediata de Prevaricato por parte de un particular que engaña a un juez y le determina a dictar sentencia injusta, mientras que el funcionario si puede ser autor mediato del delito del artículo 413 (aplicado a la legislación penal sería el artículo 334) utilizando un particular para que destruya documentos a aquel confiados por razón de su cargo.

Gimbernat Ordeigha trató el tema y resume la postura dominante de la siguiente forma: "Como un elemento personalísimo del tipo aparece la pertenencia del autor a una determinada clase de personas, exigida en algunos tipos delictivos: la pertenencia a la clase de los funcionarios, a la clase

¹⁹⁴ Maurach, Derecho Penal: Parte general, 359.

¹⁹⁵ Joachim, Acerca de los límites de la autoría, 196.

¹⁹⁶ Mir, Derecho Penal: Parte General, 398.

de los extranjeros; aquí rige lo siguiente: *Si duo faciunt ídem, non est ídem*". Es evidente que quien no pertenezca a esta clase (*extraneus*) no puede cumplir en absoluto el tipo en cuestión, en otras palabras: este requisito personal es intransmisible, no basta que se de en la persona del autor mediato usado como instrumento.¹⁹⁷ Si un *extraneus* utiliza a un funcionario como instrumento, no por ellos se convierte aquel en autor mediato del delito especial, pues falta un elemento típico en el aspecto personal.

Con la misma unanimidad con que se afirma que el *extraneus* no puede ser autor mediato de un delito especial, se defiende la tesis de que el *intraneus* (funcionario público, pariente) puede ser un autor mediato, aunque utilice un *extraneus* para realizar el delito. La única excepción se establece cuando el delito, además de ser especial, es también de propia mano.¹⁹⁸

Además, hay otros caminos para atenuar las injusticias a que parece llevar esta corriente (porque con ella, el hijo que mata a su padre directamente tiene pena mucho mayor que el que planea el parricidio, de modo tal de utilizar a otro como instrumento y luego responde por delito común), tales como la inclusión en el tipo de la conducta de algunos autores mediatos, el juego de las agravantes y la posibilidad de castigar como inductor o cooperador con la concurrencia de alguna agravante.

Si el caso es al revés: el autor mediato es *extraneus* y el ejecutor *intraneus*, la doctrina es coincidente en afirmar que el extraño nunca podrá ser autor en sentido estricto, pues si el texto legal habla de "funcionario público", es claro que quien no lo es no podrá ser nunca abarcado por el tipo especial.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Gimbernat, Autor y cómplice en Derecho, 228.

¹⁹⁸ Joachim, Acerca de los límites de la autoría, 208.

¹⁹⁹ Gimbernat, Autor y cómplice en Derecho, 242.

Se entiende que los delitos especiales en sentido estricto, es decir, aquellos en los cuales el círculo de autores está determinado por ley, en virtud de que la conducta conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico, la autoría del *extraneus* es imposible en cualquier forma; mientras que su participación es posible en tanto el autor sea el sujeto calificado por la ley²⁰⁰. Ello es así porque la calidad de autor es un elemento del tipo objetivo sin el cual la conducta sería atípica. En los delitos especiales en sentido amplio, esto es, en aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona pero que si son realizados por determinada categoría de autores se castigan más severamente, rigen las reglas generales de la autoría y la participación, ya que el tipo básico admite a cualquier persona como autora²⁰¹.

Después de lo explicado hasta aquí, sobre autoría mediata no hace falta extenderse mucho para justificar por qué, en estos delitos, no es posible que sea autor en sentido estricto el autor mediato: es que el tipo legal siempre referencia a una actividad bien concreta, y quien no la realiza directamente no podrá ser nunca “el que” a quien se refiere el precepto. La consecuencia inmediata es que los terceros que no participan de ese círculo solo pueden ser cómplice o inductores del autor principal, ya que cooperan en una acción de otro, pero de ninguna manera coautores o autores mediatos²⁰².

4.6. La intervención del extraneus en el delito de peculado

El tema de la autoría y la participación se complica en aquellos casos en los cuales un tercero no cualificado (*extraneus*) “interviene” en la configuración de un hecho delictivo que está estructurado sobre la base de una determinada

²⁰⁰ José Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Tomo II (Madrid: Tecnos, 2001),334.

²⁰¹ Edgardo Alberto Donna, Teoría del delito y de la pena, (Buenos Aires: Astrea, 2002), 86.

²⁰² *Ibíd.*

calidad especial exigida para ser destinatario de la norma subyacente al tipo penal. Es en estos casos en donde se vislumbran claramente las deficiencias de la teoría tradicional, del dominio del hecho, seguida por nuestro Código Penal.

La discusión se ha llevado a cabo utilizando conceptos dogmáticos obsoletos que en modo alguno se ajustan a la realidad actual de la criminalidad. Así, la insuficiencia dogmática, legislativa y jurisprudencial existente en nuestro país –aunado ello a la gran conmoción social que generan los actos de corrupción– se observa en el intento por evitar, a como dé lugar, la impunidad del extraneus que interviene en un delito de infracción de deber; y ello con la agravante que implica el llegar a dicha solución sin respetar las garantías que constituyen el límite del ius puniendi, esto es, fundamentalmente, los principios de legalidad y de proporcionalidad²⁰³.

Ejemplo de ello es la resolución emitida por la Sala de lo penal de referencia 3-CAS- 2004²⁰⁴ que sostuvo lo siguiente: *“En el caso de mérito, si bien existen elementos comunes entre el Peculado y la Apropriación o Retención Indevidas, la naturaleza de las infracciones discrepa sustancialmente debido a la índole del bien jurídico, y que el primero se orienta a la protección de la administración pública, en tanto que el segundo busca tutelar el patrimonio de los particulares”*

Para dilucidar el tema de quién es autor y quién es partícipe en los delitos especiales contra la administración pública (los cuales, como ya se ha observado, son confundidos por la doctrina con los delitos de infracción de deber), se han visto enfrentadas dos grandes teorías, estas son, la teoría de

²⁰³ Miguel Reyna Alfaro, Desarrollo Jurisprudencial en la lucha contra la corrupción administrativa: El Mismo, Comentarios a la Legislación Anticorrupción, (Lima: Jurista, 2002), 84.

²⁰⁴ Sala de lo penal de la corte suprema de justicia, Referencia 3-CAS-2004, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004).

la ruptura del título de imputación y la teoría de la unidad del título de imputación. Ambas teorías han ofrecido distintas soluciones, las mismas que, sin embargo, son comprensibles solamente atendiendo a la lógica tradicional en la que se desarrollan, y que se ha explicado anteriormente.

4.7. Teorías del título de imputación

4.7.1. Teoría de la ruptura del título de imputación

Según esta teoría, un extraneus nunca podrá ser tenido como autor ni como partícipe en los delitos especiales contra la administración pública.²⁰⁵ El extraneus, en el peor de los casos, tendrá que responder por el delito común, en caso se trate de un delito especial impropio contra la administración pública. Ello significa que, si el sujeto activo es un extraneus que interviene como autor o partícipe de un delito especial propio contra la administración pública, no quedará más remedio que la impunidad²⁰⁶.

Un primer argumento de esta teoría señala que el extraneus no puede responder por delitos especiales porque el tipo penal de éstos no lo permite. El tipo penal limitaría esa posibilidad en aras del principio de legalidad.

Por otra parte, un segundo argumento se encuentra en la existencia de un límite que vendría dado por las reglas de incomunicabilidad de circunstancias y cualidades personales, lo que impediría considerar como sujeto activo a un extraneus en el caso de un delito especial contra la administración pública; pues esta incomunicabilidad, que establece el artículo 67 Cp., no lo permitiría.

²⁰⁵ Jacobo López Barja de Quiroga, *Autoría y Participación*, (Madrid: Akal, 1996), 251.

²⁰⁶ Carlos Pinedo Sandoval, *Problemas de intervención en los delitos contra la Administración Pública en VII congreso Nacional de Derecho Penal y Criminológico*, (Perú: Editorial de Universidad Nacional: José Faustino Sánchez Carrión, 2010), 18. Cabe señalar, sin embargo, que tal doctrina fue modificada a nivel jurisprudencial con posterioridad, por lo que, en la actualidad, para esta teoría, se acepta sin mayores problemas la punibilidad del extraneus según el delito principal.

A modo de ejemplo: se imagina que un funcionario público se apropia de caudales que tiene a su cargo, para lo cual recibe el apoyo de un extraneus. Según la teoría de la ruptura del título de imputación el funcionario responderá por delito de Peculado, y como quiera que el extraneus no pudiera ser partícipe del delito de Peculado, tendría que ser responsable penalmente a título de cómplice del delito común de apropiación ilícita. Solamente así se cumpliría la exigencia que plantea esta teoría. Es decir, el extraneus no responde como autor porque no está considerado como funcionario ni como servidor público, y tampoco puede ser partícipe del delito de peculado porque el tipo penal no lo permitiría.²⁰⁷

4.7.2. Críticas a la teoría de la ruptura del título de imputación

Sin embargo, se objeta que ese extraneus respondería a título de partícipe de un delito que no se ha cometido, sería cómplice del delito de apropiación ilícita, el cual no se ha cometido, puesto que lo que se ha cometido ha sido un delito de peculado.

Se critica así, siempre desde una óptica tradicional, que la teoría de la ruptura de la imputación desconoce la característica “más notoria” de la participación, esto es, la “accesoriedad”, pues, el partícipe siempre será un responsable accesorio respecto del autor.²⁰⁸

Bajo esa misma óptica se plantea la cuestión de ¿Qué sucedería si es el extraneus quien se apodera de una suma de dinero del Estado que está siendo administrada por un funcionario público, limitándose este funcionario público a prestarle un auxilio? De acuerdo la teoría tradicional, es el extraneus quien

²⁰⁷ *Ibid.*, 18.

²⁰⁸ *Ibid.* 19.

tiene el dominio del hecho (llega a la caja, saca el dinero, lo pone a buen recaudo, lo traslada a su domicilio, etc), por lo tanto, éste es quien tendría que responder como autor del delito de Hurto (Art. 207 Cp.), mientras que el intraneus debe responder como cómplice del delito de Peculado (Art. 325 Cp.)²⁰⁹.

Ahora bien, la mayoría de las críticas que se hacen a esta teoría hacen hincapié en que, en los delitos especiales propios contra la administración pública, el extraneus siempre terminará siendo impune, no responderá ni como autor ni como partícipe. Ejemplo: La persona que instiga a un Juez para que prevarique porque tiene interés en esa resolución, y consigue efectivamente que el Juez dicte la resolución prevaricadora, será impune.

En atención a lo expuesto, se tendrá que concluir que esta teoría es bastante riesgosa so pretexto de ampararse en el principio de legalidad, ocasionando un grave vacío de punibilidad.²¹⁰

4.7.3. Teoría de la unidad del título de imputación

Esta teoría sostiene que el extraneus sí puede ser partícipe del delito especial contra la administración pública. Las razones para ello serían fundamentalmente dos:

- a) En primer lugar, la norma que subyace al tipo penal especial también está dirigida al extraneus en materia de delitos contra la administración pública, en razón a que el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública”, es un bien jurídico trascendente para la convivencia

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Ibid. 1.

social, para la existencia y el desarrollo mismo del Estado y, en consecuencia, no solamente se debe reconocer como tal sino que, además, tanto particulares como funcionarios públicos deben tener presente dicha máxima para no vulnerarla²¹¹.

b) La segunda razón es que la famosa tesis de que la incomunicabilidad prevista en el artículo 67 Cp. es eminentemente personalísima y no es transmisible o comunicable, no es aplicable para los efectos de la autoría ni la participación, puesto que ello no tiene relación con el tema concreto de la tipicidad.

La incomunicabilidad está absolutamente vinculada con el tema de la culpabilidad; por tanto, al estar, el tema de la autoría y la participación dentro del ámbito de la tipicidad y no de culpabilidad, no es aplicable la regla prevista en el artículo 67 Cp. Se afirma que quienes defienden la tesis de la incomunicabilidad como elemento determinante para impedir que extranei pueda ser comprendido y considerado, para los efectos de sanción penal, en los delitos especiales propios contra la administración de justicia, incurren en un grave error puesto que el artículo 67 Cp. no está vinculado al tema de la autoría y participación sino más bien al tema de la culpabilidad²¹².

Otro aspecto que resulta importante señalar es que esta teoría busca consagrar definitivamente la característica de “accesoriedad” de la participación pero en función del delito real que se ha cometido, siendo ello el motivo por el cual la doctrina mayoritaria la considera como la teoría de más aceptación, al permitir sancionar como corresponde tanto al intranei como al

²¹¹ Ibid. 20.

²¹² Ibid.

extranei, sin dejar lugar a la impunidad, solución perniciosa en una sociedad como esta en que uno de los grandes temas es el tema de la corrupción²¹³.

En ese sentido, se señala que: Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.

Es esta, a grandes rasgos la solución que la doctrina tradicional ha intentado ofrecer a la problemática de la intervención de los extraneus en los delitos de infracción de deber, los cuales son confundidos por esta misma doctrina con los delitos especiales. De acuerdo con este punto de vista: «Los particulares (extraneus) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de peculado cometido. Sólo complicidad. No hay diferencia entre complicidad primaria y secundaria como se hace en la teoría del dominio del hecho, la misma que no sirve para explicar los delitos de infracción de deber».²¹⁴

4.7.4. Críticas a la teoría de la unidad del título de imputación

El gran problema de las teorías de la ruptura y de la unidad del título de imputación ha sido el partir de la consideración de que la diferencia entre autor y partícipe se encuentra en un plano cualitativo.

Se habla así de un “hecho principal” (cometido por el autor o autores/con dominio del hecho) y un “hecho accesorio” (cometido por el partícipe o partícipes/sin dominio del hecho). Conforme se afirma erróneamente: “La

²¹³ *Ibíd.* 2.

²¹⁴ Salinas, El delito de peculado, 36.

participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores”²¹⁵.

Esta lógica basada en la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho ha sido asumida por el legislador nacional²¹⁶, siendo ello respaldado por la doctrina tradicional la cual afirma que “toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia”²¹⁷.

En ese sentido, por ejemplo, Salinas Siccha señala que: Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto sólo en calidad de cómplices. Es obvio que en los delitos de infracción de deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria como en la teoría del dominio del hecho. En la teoría de infracción del deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices.²¹⁸

Sin embargo, esta solución representa en la actualidad una doble incoherencia valorativa. Porque sancionar al extraneus según el mismo título por el que se castiga al intraneus en un delito especial propio implica, por una parte, que a ambos se les juzga con igual parámetro, a pesar de que en el primero no concurren las circunstancias personales que fundamentan el ilícito en cuestión

²¹⁵ Ramiro Salinas Siccha, *Delitos Contra la Administración Pública*, (Lima: Grijley, 2009), 8.

²¹⁶ Roja, *Delitos contra la Administración*, 4.

²¹⁷ Salinas, *Delitos Contra la Administración Pública*, 1. Quien formula un razonamiento contradictorio, puesto que más adelante afirma: “Aceptar que los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la autonomía de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo hecho”.

²¹⁸ Salinas, *El delito de peculado*, 366.

y, en particular, a pesar de que en su caso no existe una infracción del deber específico del autor.

Por otra parte, esto entraña un tratamiento desigual del partícipe no cualificado según se esté ante un delito especial propio o impropio. En el primer caso, se le sanciona con el mismo rigor que al intraneus, mientras que en el segundo su responsabilidad resulta atenuada, porque la pena se fija de conformidad con un delito común de menor severidad. En otras palabras, se atenúa la responsabilidad penal cuando la calidad especial sólo modifica la gravedad del hecho, mientras que ello no ocurre cuando la fundamenta.

CONCLUSION

En la investigación se logra conocer que a lo largo de la historia el concepto de la autoría y participación ha tenido diferentes posturas entre ellas se encuentra tres: 1) el concepto unitario de autor, 2) el concepto extensivo de autor, 3) el concepto restrictivo de autor, y la legislación salvadoreña adoptó el concepto restrictivo de autor, porque hace de mejor manera la distinción entre quienes son autores y partícipes de un delito, mediante las cláusulas relativas a las formas de participación (extensivas de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad) es posible castigar a personas distintas del autor o autores, porque la responsabilidad de los partícipes puede ser accesoria a la de los autores, este concepto restrictivo de autoría, con la nota de la accesoriedad (limitada) de la participación es el más apropiado, sobre todo por permitir un mejor recorte o determinación de lo típico y adaptarse con ello en mayor grado a los principios del Derecho penal propio de un Estado de Derecho.

A través de una recopilación detallada del delito de peculado, se logra identificar que en la legislación, ha tenido su evolución a lo largo de la historia, como se sabe que el actuar humano es cambiante, así ha ido evolucionando, primera mente el delito de peculado estaba inmerso sobre delitos de malversación de fondos públicos y lo único que iba cambiando en la legislación salvadoreña era la penalidad, y fue hasta el código penal de 1974 que se contemplaba como delito de peculado propiamente tal, y se mantiene hasta nuestro código penal vigente.

El código penal contempla la figura de autor directo o individual que es la persona que por su propia mano realiza una conducta típica, antijurídica, es el que tiene por sí solo el dominio del hecho criminal, el autor directo en el delito de peculado sería: uno de tres funcionarios públicos en cargo de la custodia

de los bienes, decide por su cuenta sustraer dinero de fondos públicos de una alcaldía; Coautoría son los que por mutuo acuerdo deciden realizar un hecho criminal, distribuyendo sus funciones para perpetrar un delito, en el caso del delito de peculado se puede decir que se puede realizar de la siguiente manera: tres funcionarios públicos encargados de la custodia de los bienes públicos de una municipalidad deciden sustraer dinero y para ello se distribuyen funciones para realizar la extracción del dinero; la autoría mediata es que un sujeto instrumentaliza a otro sin el consentimiento a realización de un delito, en el delito de peculado, el autor mediato se puede configurar de la siguiente manera, primero es de tener claro que es un delito especial y solo un sujeto cualificado descrito por la norma penal puede cometer el delito en este caso un intraneus, puede instrumentar a otro a que realice el delito por el y hace que un particular (extraneus) que lleve el dinero que es de una municipalidad y lo deposite en una cuenta, en este caso se puede configurar la autoría mediata, no al contrario sensu, que un extraneus instrumentalice a un sujeto cualificado para que cometa el delito de peculado.

Para determinar la participación en el delito especial de peculado, es de aclarar que el partícipe es el que no tiene el dominio del hecho, aunque haya tomado parte en él, su participación es accesoria al del principal, y también que debe de actuar con dolo, las clases de participación que contempla nuestro código penal es: 1) cómplice es el sujeto que coopera sin el dominio funcional de hecho, y que tiene las características propias de un autor, actuando de manera accesoria al hecho. El cómplice tiene dos clases que son a) cómplice necesario o primario y b) cómplice no necesario o secundario, contemplados en el art. 36 Cp., la figura de complicidad en el delito especial de peculado no se puede dar, porque este partícipe no reúne las condiciones del tipo penal, del sujeto cualificado por la norma penal, pero con ello no se está aclarando que se tenga una responsabilidad penal; 2) instigadores es el

sujeto que motiva dolosamente a otro sujeto a cometer un hecho delictivo, trata de corromper la libertad de pensamiento del otro sujeto para la perpetración de un hecho delictivo, esta clase de participación es difícil de encontrar una responsabilidad penal al delito especial de peculado, porque en este caso un extraneus que no infringe la infracción del deber que tiene el delito especial de peculado, porque el único que puede cometer el delito son las personas que están al resguardo de los bienes, y no podrán alegar la motivación de un extraño para cometer el delito, de igual manera que el delito de prevaricato, es penalizado solo al juez por no dar una sentencia apegada a derecho, y no al que motiva a que le de una sentencia contraria a la ley.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Arroyo de las Heras, Alfonso. Manual de Derecho Penal: El Delito. España: Akal, 1985.

Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal, parte general, Buenos Aires: Hammurabi, 1987.

Benavente Chorres, Herbert y Leonardo Calderón Valverde. Delitos de corrupción de funcionarios, Lima: Gaceta Penal, 2012.

Brunoni, Nivaldo. Malversación y Peculado. Análisis comparativo entre las legislaciones españolas y brasileñas, España: Universidad Autónoma de Madrid, 2009.

Carrasco, Francisco Moreno y Luis Rueda García. Código Penal de El Salvador comentado, El Salvador: Imprenta Nacional, 2004.

Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Madrid: Tecnos, 2001.

Chávez Mata, Jairo Daniel. Autoría y participación Criminal en el injusto criminal, San Salvador: Imprenta Universitaria, 2009.

Creus, Carlos. Delitos Contra la Administración Pública, Buenos aires: Editorial Astrea, 1981.

Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte General. Argentina: Astrea, 2004.

Cuello Calón, Eugenia. Derecho Penal, España: Edit. Bosch, 1948.

Daniel P. Carrera. Peculado, Argentina: Ediciones Depalma, 1983.

Donna, Edgardo Alberto. La autoría y participación criminal, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.

Feijoo Sánchez, Bernardo. Delitos Contra la Administración Publica: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas, Delitos contra la Administración Publica, Lima: Idemsa, Centros de Estudios Penales, 2013.

Fontan Balestra, Carlos. Derecho Penal. Introducción y Parte General, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

Fragoso, Heleno Claudio. El Derecho Penal comparado en América Latina, en doctrina penal, Buenos Aires: Depalma, 1978.

García Cavero, Percy. La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación, Barcelona: Bosch, 1999.

Gimbernat Ordeig, Enrique. Autor y cómplice en Derecho Penal, España: Editorial Jurídica de Madrid, 1966.

Gómez Martin, Víctor. Los Delitos Especiales, España: Editorial Euros Editores S.R.L, 2006.

Gómez Méndez, Alfonso y Carlos Gómez Pavajeau. Delitos Contra la Administración Publica, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2008.

Jacobo López Barja de Quiroga. Autoría y Participación, Madrid: Akal, 1996.

Jakobs, Günther. La imputación objetiva en Derecho penal, Argentina: Ad-hoc, 2009.

Jescheck, Hans Henrich. Tratado de Derecho Penal, parte general. Barcelona: Bosch, 1985.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal, Argentina: Edit. Losada, 1951.

Joachim Hirsch, Hans. Acerca de los límites de la autoría mediata, en derecho penal. Obras completas, libro homenaje a cargo de José Cerezo Mir y Edgardo A. Donna, Colombia: Rubinzal-Culzoni, 1999.

Maurach, Reinhart Karl, Heinz Geossel y Heinz Zipf. Derecho Penal Parte General Trad. Buenos Aires: Astrea, 1995.

Menéndez, Isidro. Recopilación de Leyes en El Salvador y Centro América, Guatemala: Imprenta Luna, 1855.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal: Parte General, Buenos Aires: Editorial B de F Ltda. 2016.

Núñez, Ricardo. Derecho Penal argentino. Parte general, Argentina: Lerner, 1960.

Oneca, José Antón. Derecho Penal, Madrid: Akal, 1986.

Pariona Arana, Raúl. Delitos contra la Administración Pública, Lima, Perú: Idemsa, 2013.

Peña Ossa, Erleans de Jesús. Delitos contra la Administración Pública, Bogotá: Depalma, 1995.

Reaño Peschiera, José Leandro. Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, Lima: Juristas Editores, 2014.

Reategui Sánchez, James. Delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública, Lima: Juristas Editores, 2014.

Reategui Sánchez, James. La infracción penal por Peculado culposo, Análisis a partir del artículo 387, cuarto párrafo, del Código Penal, en Heydegger, Francisco (Coord.), Delitos contra la Administración Pública, Lima: Idemsa, Centros de Estudios Penales, 2013.

Reyes, Alfonso. La tipicidad, Colombia: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1967.

Reyna Alfaro, Miguel. Desarrollo Jurisprudencial en la lucha contra la corrupción administrativa: El Mismo, Comentarios a la Legislación Anticorrupción, Lima: Jurista, 2002.

Roca Agapito, Luis. El delito de peculado en España y en Perú, Delitos contra la Administración Pública, Lima: Idemsa, Centro de Estudios Penales, 2013.

Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español, Parte General, España: Dykinson, 1983.

Roja Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública, Bogotá: Temis, 1995.

Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Madrid: Editorial Marcial Pons, 2004.

Roxin, Claus. Derecho Penal Parte Especial Formas de aparición del Delito, Buenos Aires: Editorial Aranzadi, S.A., 2014.

Roxin, Claus. Dogmática Penal y Política Criminal, Madrid: Idemsa, 1998.

Salinas Siccha, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública, Lima: Grijley, 2009.

Salinas Siccha, Ramiro. El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana, Delitos contra la administración Pública, Lima, Perú: Idemsa, Centro de Estudios Penales, 2013.

Sánchez Vera, Javier. Gómez Telles, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Madrid: Marcial Pons, 2002.

Sandoval, Carlos Pinedo. Problemas de intervención en los delitos contra la Administración Pública en VII congreso Nacional de Derecho Penal y Criminológico, Perú: Editorial de Universidad Nacional: José Faustino Sánchez Carrión, 2010.

Stratenwerth, Gunter. Derecho Penal: Parte General, Buenos Aires: Editorial Placido, 1999.

Trejo Escobar, Miguel A. El Derecho Penal Vigente, Antecedentes y Movimientos de Reforma, El Salvador: Ediciones Último Decenio, 1995.

Trieffterer, Otto. Derecho Penal Austriaco en General, New York: Editorial Springer, 1994.

Weezel de la Cruz, Alex Van. Delitos Tributarios, Santiago: Editorial Jurídica, 2007.

Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Zaffaroni, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, Ediar, 1987.

TESIS

García Iturbe, Arnoldo. "Delitos contra la Cosa Pública y Contra la Administración de Justicia", Tesis de Grado, Universidad Central de Venezuela ,1967.

LEYES

Código Civil de El Salvador, El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1860.

Código Penal de El Salvador, El Salvador: La Asamblea Legislativa-1974.

Ley sobre enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados público, Numero del decreto:2833, No. Diario Oficial: 87 Número de Tomo: 183 Fecha de Publicación: 18/05/1959.

Ley de ética gubernamental, Numero del decreto: 873, No. Diario Oficial: 22, Número de Tomo: 393, Fecha de Publicación: 07/12/2011.

Código Penal de El Salvador, El Salvador, Asamblea Ordinaria de El Salvador, 1826.

Código Penal de El Salvador, El Salvador, La Asamblea Legislativa, 1998.

Código Penal de El Salvador, El Salvador, Suprema Corte de Justicia, 1904.

Código Penal de El Salvador, El Salvador: Asamblea Ordinaria de El Salvador-1859.

Código Penal de El Salvador, El Salvador: Supremo Poder Ejecutivo-1880),

JURISPRUDENCIA

Cámara Segundo de lo Penal de la primera sección del centro, *Sentencia de resolución de recurso de apelación, referencia: 46-2018*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala de lo Penal, *Recurso de casación, referencia: c52-02*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002.

Sala de lo penal, *Referencia 3-CAS-2004*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004.

Sala de lo penal, *Referencia: 167C2016*; San Salvador, Corte suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo penal, *Sentencia nº 1C2017*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.

Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, *Sentencia Condenatoria, referencia: 87-07*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

REVISTA

Díaz, Miguel y Conlledo García, “Autoría y Participación” *Revista de Estudios de la Justicia* Nº 10, Chile, REJ – (2008).

Sol Castellanos, Jorge, “Historia de la legislación Penal Salvadoreña”, *El Salvador, revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (1947).

DICCIONARIO

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo *Compendio de Derecho Laboral*. Actualizada por José N Gómez Escalante. Editorial Heliastas, Argentina, 1992.

SITIOS WEB

“Monforte, José Domingo: *La participación del extraneus en los delitos especiales; consecuencias penológicas*”, *Laws & Trends*, acceso el 3 de mayo del 2019. <https://www.lawandtrends.com/noticias/penal/la-participacion-del-extraneus-en-los-delitos-especiales-consecuencias-penologicas-1.html>

“Real academia española: *Diccionario del Español Jurídico*”, RAE, acceso el 30 de diciembre del 2019. <https://dej.rae.es/lema/neminem-laedere>