

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO



TEMA DE INVESTIGACIÓN:

**“LA PUNIBILIDAD DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE PECULADO
COMO DELITO ESPECIAL IMPROPIO”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO**

PRESENTADO POR:

RICARDO ALBERTO MIRANDA MIRANDA

DOCENTE ASESOR:

MSC. JUAN JOSE CASTRO GALDAMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE DE 2021

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga López
VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval
SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

**AUTORIDADES FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES**

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
SECRETARIA

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

ÍNDICE

RESUMEN	i
INTRODUCCIÓN	ii
ABREVIATURAS UTILIZADAS	v
CAPÍTULO I	1
LOS DELITOS ESPECIALES EN EL SALVADOR	1
1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL.....	2
3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL DELITO ESPECIAL	6
3.1. MODELOS CONCEPTUALES SIMPLES	7
3.2. MODELOS CONCEPTUALES COMPLEJOS.....	13
3.3. MODELOS CONCEPTUALES AUTÓNOMOS Y DEPENDIENTES	16
4. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES.....	18
4.1. DELITOS ESPECIALES PROPIOS.....	18
4.2. DELITOS ESPECIALES IMPROPIOS.....	20
5. LOS DELITOS ESPECIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO- PENAL DE EL SALVADOR	21
5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DELITOS ESPECIALES EN EL SALVADOR	21
5.2. LOS DELITOS ESPECIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL VIGENTE.....	29
5.3. LOS DELITOS ESPECIALES EN LA JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA	33

6. EL DELITO DE PECULADO COMO DELITO ESPECIAL IMPROPIO ..	37
6.1. SUPUESTOS DE PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE PECULADO	43
6.2. EL DELITO DE PECULADO Y LA CORRUPCIÓN EN GENERAL COMO OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO	48
CAPÍTULO II	52
LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO	52
1. INTRODUCCIÓN.....	52
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE AUTOR DEL DELITO	53
2.1. EL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR	54
2.2. EL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR	56
2.3. EL CONCEPTO RESTRINGIDO O RESTRICTIVO DE AUTOR	58
2.4. DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE LOS DIVERSOS CONCEPTOS DE AUTOR	62
2.5. TEORÍAS DIFERENCIADORAS DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN	64
3. CLASES DE AUTORÍA.....	75
3.1. AUTORÍA DIRECTA.....	75
3.2. AUTORÍA MEDIATA	77
3.3. COAUTORÍA.....	82
4. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE CADA SISTEMA EN LOS DELITOS ESPECIALES	84

5. LA COAUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	88
6. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER	93
7. ANÁLISIS DE LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL EN EL DELITO DE PECULADO.....	99
CAPÍTULO III	102
LA PUNIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL <i>EXTRANEUS</i> EN LOS DELITOS ESPECIALES.....	102
1. INTRODUCCIÓN.....	102
2. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE <i>EXTRANEUS</i> E <i>INTRANEUS</i> EN LOS DELITOS ESPECIALES.....	103
3. LA PUNIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL <i>EXTRANEUS</i> EN LOS DELITOS ESPECIALES.....	108
3.1. TEORÍAS PENALIZADORAS.....	110
3.2. TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN.....	110
3.3. TEORÍAS DE LA IMPUNIDAD	114
CAPÍTULO IV.....	119
EL TRATAMIENTO DE LA INTERVENCIÓN DEL <i>EXTRANEUS</i> EN EL DERECHO PENAL SALVADOREÑO Y COMPARADO	119
1. INTRODUCCIÓN.....	119
2. LA REGULACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DEL <i>EXTRANEUS</i> EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO	120
3. LA REGULACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DEL <i>EXTRANEUS</i> EN EL DERECHO ESPAÑOL	123

4. LA REGULACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DERECHO COSTARRICENSE	136
5. LA REGULACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DERECHO COLOMBIANO	143
CONCLUSIONES.....	150
BIBLIOGRAFÍA.....	158

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se abordan, en términos generales, las principales cuestiones discutidas en la dogmática-jurídico penal respecto de los delitos especiales, las categorías dogmáticas de autoría y participación vinculadas a esa tipología delictiva y, en particular, la punibilidad conforme al ordenamiento jurídico penal salvadoreño de la intervención del sujeto no cualificado en los delitos especiales propios e impropios, realizándose una especial referencia a los supuestos de participación del *extraneus* en el delito de Peculado. Previo a abordar el objeto principal de la investigación, se analiza el origen, antecedentes históricos y evolución de los delitos especiales, la conceptualización dogmática de este tipo de delitos, su clasificación, fundamento y regulación en la legislación de El Salvador. Posteriormente, se expone el desarrollo dogmático que han tenido las categorías dogmáticas de la autoría y participación, analizando los principales conceptos propuestos en la doctrina y los más importantes criterios que se han formulado para distinguir entre autor y partícipe en el delito, relacionando, por supuesto, la regulación de estas categorías del delito conforme al ordenamiento jurídico penal salvadoreño.

Además, se analiza particularmente la autoría y participación en los delitos especiales, las propuestas doctrinarias que conducen a la punibilidad de la intervención de los sujetos no cualificados y aquellas que abogan por la impunidad, las concepciones dogmáticas que propugnan la ruptura del título de imputación en los delitos especiales impropios y las que defienden la unidad de dicho título. Con la investigación se pudo concluir que es necesaria una reforma en la parte general del Código Penal, con el objeto de precisar reglas de punibilidad para los sujetos no cualificados que intervienen en los delitos especiales.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación denominado la punibilidad del *extraneus* en el delito de peculado como delito especial impropio, parte de la premisa que el ordenamiento jurídico-penal salvadoreño, al igual que ocurre en otras legislaciones, al describir las conductas constitutivas de delito también determina quién o quiénes pueden ser autores de la infracción. Cuando el legislador prevé que la conducta contenida en el tipo penal puede ser cometida a título de autor por cualquier persona, se habla de delitos comunes; en cambio, cuando la conducta únicamente puede ser cometida en grado de autoría por ciertas personas que reúnen determinadas características, cualidades o condiciones específicas que tácita o expresamente exige el tipo, se habla de delitos especiales.

En ese orden de ideas, la investigación se desarrolla en el ámbito de la autoría y participación en los delitos especiales propios e impropios, centrándose en particular en la problemática que surge cuando un sujeto no cualificado – denominado *extraneus*- interviene en esta tipología delictiva, analizando el tratamiento o respuesta que brinda el ordenamiento jurídico-penal salvadoreño ante este supuesto; en consecuencia, se analiza si conforme a la legislación penal de El Salvador resulta punible o no la intervención del *extraneus* en los delitos especiales y de qué manera se sanciona penalmente a dicho sujeto

Además, se abordan algunos problemas que surgen a partir de la actual regulación de la institución de la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades entre los diferentes intervinientes en el delito, determinándose la vinculación que existe entre dicha institución jurídica y la respuesta que la ley penal ofrece para aquellos supuestos donde interviene un sujeto no cualificado en los delitos especiales. A partir de ello, es posible afirmar que la temática

que se aborda constituye un problema concreto dentro del contexto de la individualización del sujeto responsable del injusto penal.

La presente investigación se justifica en razón de que en El Salvador, si bien en algunas tesis de grado se ha abordado la temática de la autoría y participación en delitos especiales, poco o nada se ha dicho sobre la problemática que se presenta cuando un sujeto no cualificado –*extraneus*- interviene en un delito especial ya sea propio o impropio, mucho menos se ha profundizado acerca de cuál es la respuesta o tratamiento que brinda la ley penal salvadoreña a dicha problemática. De esta forma, con esta investigación se pretende no sólo abordar las diferentes propuestas de solución que se ofrecen en la dogmática jurídico-penal, sino también determinar si dichas propuestas pueden adoptarse conforme a nuestra normativa.

Para tales efectos, el presente trabajo se encuentra estructurado en cuatro capítulos, titulándose el primero de ellos: “los delitos especiales en el salvador”, en el cual se aborda el origen y la evolución histórica del concepto de delito especial, las diferentes acepciones que se utilizan en la doctrina para referirse a esta tipología delictiva, además, se exponen los diferentes modelos conceptuales que se han formulado sobre este tipo de delitos, su clasificación y regulación en el ordenamiento jurídico-penal salvadoreño.

Luego, en el capítulo dos denominado: “la autoría y participación criminal en el ordenamiento jurídico salvadoreño”, se exponen las cuestiones dogmáticas principales sobre dichas categorías dogmáticas de la teoría del delito, destacando en primer lugar la evolución histórica que ha tenido el concepto de autor del suceso criminal, las teorías que diferencian entre autor y partícipe, las diferentes clases de autoría que se distinguen en la doctrina y jurisprudencia, las consecuencias prácticas que se derivan para los delitos

especiales al adoptar ya sea un sistema unitario o diferenciador de autoría, desarrollando por último la autoría y participación en los delitos de infracción de deber.

Posteriormente, en el capítulo tres titulado: “la punibilidad de la intervención del *extraneus* en los delitos especiales”, en primer término, se realiza una diferenciación entre los sujetos *extraneus* –no cualificado- e *intraneus* –cualificado- en el ámbito de los delitos especiales, destacando las principales propuestas doctrinarias que abogan ya sea por la punibilidad o por la impunidad del no cualificado, cuando éste interviene en la ejecución de delitos especiales, recibiendo, por consiguiente, la denominación de teorías penalizadoras y de la impunidad.

El capítulo cuatro, que lleva por el título: “el tratamiento de la intervención del *extraneus* en el derecho comparado”, es un abordaje comparativo de la regulación de la participación del no cualificado en otros ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno cultural, específicamente en España, Costa Rica y Colombia, destacándose cuál es la respuesta o tratamiento que en dichas legislaciones se le brinda a la problemática que nos ocupa. Por último, se establecen las conclusiones de la presente investigación y también se realizan algunas recomendaciones.

La metodología utilizada en el presente trabajo de investigación es el análisis doctrinal, legal y jurisprudencial, en general, de la institución jurídica de los delitos especiales y, en particular, de las categorías dogmáticas de autoría y participación aplicadas a esta tipología delictiva. Esta investigación pretende brindar al lector una herramienta útil de conocimientos sobre la regulación de la participación del sujeto no cualificado en los delitos especiales propios e impropios.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art./arts.	Artículo/ Artículos
Cfr.	Confróntese
Comp.	Compilador
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal de El Salvador
Et al.	Y otros
Ibid/Ibídem	Mismo autor, obra y página
Infra.	Abajo
Núm.	Número
Op. cit.	Obra citada
P.	Página
Passim.	A lo largo de la obra
Ss.	Siguientes
Supra.	Arriba
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

CAPÍTULO I

LOS DELITOS ESPECIALES EN EL SALVADOR

1. INTRODUCCIÓN

En la gran mayoría de tipos penales contenidos en la parte especial del Código Penal de El Salvador, al igual que ocurre en las leyes penales de los países de nuestro entorno cultural, el legislador antepone a la descripción de la conducta típica o penalmente relevante, las partículas “el que”, esto es, un “quien anónimo” con el que se identifica al autor del delito. Así, por ejemplo, en el delito de Homicidio: “*el que matare a otro*”; en el Aborto: “*el que provocare un aborto*”; en la Inducción o Ayuda al Aborto: “*quien indujere a una mujer*”; en el Secuestro: “*el que privare a otro de su libertad*”; en las Amenazas: “*el que amenazare a otro*”, entre otros.

Estos delitos en los que el legislador describe al autor con un “quien anónimo”, en principio pueden ser cometidos por cualquier persona, porque en ellos no se limita o restringe el círculo de autores, por consiguiente, reciben en la doctrina la denominación de delitos comunes o generales.

Sin embargo, existen determinados tipos penales en los que el legislador limita o restringe la autoría a determinadas personas en quienes concurren ciertas características o cualidades específicas. Estos delitos que reciben la denominación de “especiales”, sólo pueden cometerse a título de autor por las personas que reúnen las calidades, características, cualificaciones o condiciones que determina el tipo. Así, por ejemplo, en el delito de Peculado: “*el funcionario o empleado público o encargado de un servicio público*”; en el delito de Prevaricato: “*el juez*”; en la Apropiación o Retención de Cuotas

Laborales: “*el patrono, empleador, pagador institucional o responsable de la retención*”, entre otros.

Pero no en todos los casos la limitación es expresa, sino que en ocasiones dicha restricción del círculo de autores se deduce tácitamente del mismo comportamiento criminal que describe el legislador, advirtiéndose que únicamente ciertas personas que se encuentran en determinadas condiciones –por ejemplo, administrando bienes o siendo contribuyentes- pueden cometer la conducta típica, tal es el caso, *verbigracia*, en los delitos de Administración Fraudulenta y Evasión de Impuestos.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL

El concepto de delito especial ha sido una creación de la ciencia del Derecho Penal, más específicamente se trata de un concepto propio formulado y desarrollado desde sus orígenes hasta la actualidad en el campo de la denominada teoría general del delito¹; en ese sentido, en pocas ocasiones los textos legales hacen referencia directa a esta tipología delictiva y es aún más raro encontrar alguna definición del legislador sobre lo que debe entenderse por delito especial. En consecuencia, puede afirmarse que dicho concepto tiene un carácter estrictamente dogmático o doctrinal.

Como resultado del carácter doctrinal del concepto de delito especial existe una diversidad terminológica para referirse a esta categoría, entre las cuales

¹ Víctor Gómez Martín, “Los delitos especiales” (Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2003), 6.

encontramos: “delito sui generis”², “delito cualificado”, “delito propio”, “delito autónomo”, “delitos exclusivos o de subjetividad restringida”, “delitos de sujeto diferenciado”³, entre otros términos que se han empleado como equivalentes en la abundante doctrina penal. En todo caso, el vocablo más difundido en la dogmática jurídico-penal es el de “delito especial” para referirse, en términos amplios, a aquellos ilícitos penales que se caracterizan por exigir del autor cualidades o características específicas.

En la doctrina no se ha profundizado acerca del origen del concepto de delito especial, mucho menos se ha determinado quién lo utilizó por primera vez. Algunos autores identifican las primeras referencias sobre esta tipología de delitos en el Derecho Penal Romano clásico, donde se distinguían dos categorías: los “*delicta propria*” y los “*delicta communia*”. La primera, referida a aquellos delitos que únicamente podían ser cometidos por una determinada clase de ciudadanos, esto es, los militares; en la segunda categoría, en cambio, se comprendían todos aquellos delitos que podían ser cometidos por cualquier ciudadano.

Cabe señalar que en el Derecho Romano, además de los delitos de naturaleza puramente militar, caracterizados porque únicamente podían cometerse por ciudadanos que tuvieran dicha condición, también determinados hechos considerados como delitos comunes, llevaban aparejados sanciones peculiares y en algunos casos más graves si el autor del hecho era un militar⁴.

² Joaquín Cuello Contreras, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito sui generis* (Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1978) 41.

³ José Ortego Costales, *Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho Penal* (Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, 1959) 28.

⁴ José Antonio Rodríguez Santisteban, *Los delitos contra el patrimonio en el Código penal militar* (Madrid: Reus, 2017) 15.

A partir de la categoría de los “*delicta propria*” establecida en la ley, los glosadores romanos formularon la idea que esta misma categoría debía extenderse a los delitos cometidos por funcionarios y religiosos, puesto que también estos hechos ilícitos se circunscribían a determinados sujetos, dejando la categoría de los “*delicta communia*” a aquellos que podían ser cometidos por cualquier persona⁵.

El autor Víctor Gómez Martín refiere también como antecedentes del concepto de delito especial, las propuestas formuladas por los juristas italianos medievales en torno a la cuestión relativa a si las circunstancias que concurrían en el autor del delito y que agravaban o atenuaban la pena podía extenderse a la punibilidad de los partícipes. En ese momento la doctrina italiana mayoritaria se decantó a favor de considerar que, las circunstancias del autor –cualidades o relaciones- que agravaban la punibilidad del hecho – por ejemplo, en el parricidio-, abarcaban también al partícipe aunque en éste no se encontraran tales circunstancias.

En el caso de la legislación alemana, ésta adoptó la clasificación entre “*delicta propria*” y los “*delicta communia*” establecida en el Derecho Penal romano. El principal aporte de la legislación y los juristas alemanes que se pronunciaron sobre la recepción de esta clasificación, fue destacar en mayor medida que el fundamento de los “*delicta propria*” era la infracción de deberes especiales, principalmente al abordar los delitos cometidos por funcionarios. Como destaca Víctor Gómez Martín en ese momento “*estos delitos pasaron a ser concebidos, así, como delitos disciplinarios especiales, a través de los que un*

⁵ Víctor Gómez Martín, op. cit., 8.

*servidor del estado lesionaba los deberes de servicio que recaen sobre él, y que él mismo asume*⁶.

Durante el siglo XIX, juristas alemanes como Quistorps-Klein y Grolman abordaron la temática de los delitos especiales, aunque con la terminología de “*delicta propria*”, considerando que estos se edificaban sobre deberes especiales, citando como ejemplos los delitos militares y de funcionarios⁷. Esta concepción fue acogida y defendida por el influyente jurista alemán Karl Binding, quien ya en esos momentos vislumbraba la distinción entre delitos propios e impropios, aunque con una terminología diferente: “delitos del cargo” y “delitos de funcionarios”⁸; en todo caso, este autor al abordar la temática de los delitos especiales, partiendo de su teoría de las normas, sostuvo lo siguiente:

“Las normas ‘generales’ son aquellas que afectan a todos como el deber de obediencia a las leyes alemanas, las normas ‘especiales’ aquellas que se dirigen directamente a determinado ámbito (funcionarios, marinos, militares) únicamente. Así, por ejemplo, las normas de la legislación marina. Esta clasificación de las normas produce una análoga en los delitos: delitos generales (*delicta communia*) son las infracciones de la generalidad, los delitos

⁶ Víctor Gómez Martín, op. cit., 9.

⁷ Gonzalo Quintero Olivares, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español* (Barcelona: Cymys, 1974) 12. Afirma el autor que Grolman en 1825 formulaba las siguientes ideas: “... es interesante una clasificación de los delitos que se origina, en atención a la esfera de sujetos afectados –según que la fuerza obligatoria sea tal que obligue a todos los ciudadanos o tal que a unos especiales, peculiares clases de ciudadanos cumplen únicamente el presupuesto-, se dividen los delitos en generales (*delicta communia*) y especiales (*delicta propria*). A los últimos pertenecen todas las infracciones de funciones oficiales”.

⁸ Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General* (Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2003) 25-26.

especiales (*delicta propria*) (determinadas clases de personas), los de especiales normas⁹”.

La mayoría de autores coinciden en atribuirle a Karl Binding, el mérito de centrarse en cuestiones más esenciales al abordar la temática de los delitos especiales, tales como la naturaleza del bien jurídico vulnerado en estos ilícitos o el contenido de lo injusto, abandonando las concepciones tradicionales que se limitaban a aspectos superficiales de los delitos de funcionarios y militares.

Por lo demás, la recepción de la distinción entre los “*delicta propria*” y los “*delicta communia*” en España e Iberoamérica es una historia ya conocida, pues corresponde a la misma historia de la adopción de la dogmática penal alemana, que tiene como punto de partida el Decreto firmado por el Rey Alfonso XIII, mediante el cual se creó la Junta para la Ampliación de Estudios que permitió a los investigadores españoles recuperar la tradición histórica de contacto intelectual con el extranjero, entre ellos, Luis Jiménez de Asúa, que luego de formarse académicamente en Alemania y acoger su dogmática de la teoría del delito la difundió en Latinoamérica¹⁰.

3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL DELITO ESPECIAL

En la doctrina jurídico-penal se entiende por delitos especiales, en términos generales, aquellos que únicamente pueden ser cometidos -a título de autor- por un determinado grupo de sujetos que reúnen ciertas cualidades o características específicas exigidas por la ley, de manera que, estos delitos se

⁹ Gonzalo Quintero Olivares, op. cit., 13-14.

¹⁰ Jesús-María Silva Sánchez, *Medio siglo de dogmática penal alemana. Un punto de vista iberoamericano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013) 9-10.

caracterizan esencialmente porque en ellos se produce una limitación de la esfera de autores.

Sin embargo, en la misma doctrina se distinguen diferentes modelos conceptuales de delito especial, en atención al contenido que incorporan cada uno de los autores en sus definiciones. En ese sentido, se identifican conceptos simples que se caracterizan por definir el delito especial exclusivamente a partir de la limitación de la esfera de sujetos que pueden cometerlo; conceptos complejos que, además de incorporar dicha limitación, incluyen el fundamento; conceptos autónomos que se distinguen por formularse al margen de las diferentes concepciones doctrinales de autoría y, por último, conceptos dependientes que se formulan teniendo como punto de partida una determinada concepción dogmática de autoría.

3.1. MODELOS CONCEPTUALES SIMPLES

El modelo simple de definición de los delitos especiales adoptado por algunos autores en la dogmática penal clásica y también moderna, parte de la idea que, el único hecho incuestionable en esta tipología delictiva es la limitación del círculo de autores operada por el legislador, de manera que, las definiciones que pretenden incorporar un fundamento de dicha limitación deben rechazarse, porque añaden información respecto de la cual el creador de la ley no se ha pronunciado. En la doctrina alemana clásica, es emblemática la concepción de Robert von Hippel, quien defendiendo un modelo conceptual simple de delito especial afirmaba lo siguiente:

“La esencia del delito especial no reside en que el tercero quede liberado del deber de obediencia, sino exclusivamente en que tan solo las personas

descritas en el tipo pueden cometer estos delitos como autores físicos. Esto y sólo esto es lo que se encuentra en la ley, que aquí, como en todas partes, se circunscribe en su redacción al autor físico¹¹”.

La concepción de los delitos especiales de Robert von Hippel, en la que resta relevancia al fundamento de la limitación del círculo de autores operada por el legislador, naturalmente conlleva a que considere que no existen obstáculos para la punibilidad de la intervención de los sujetos *extraneus*, siempre que las propiedades (cualidades o características especiales) concurren en una de las personas que ejecuta la acción típica. Evidentemente en la concepción de este autor, esto es así, porque los sujetos no cualificados en modo alguno quedan liberados del deber de obediencia, sino que simplemente el legislador ha restringido que sólo determinadas personas pueden ser autores físicos, no siendo relevante el fundamento de tal restricción.

Entre los autores que adoptan un concepto simple encontramos a Gonzalo Quintero Olivares, quien define los delitos especiales como “*aquellos que solamente pueden ser cometidos por una determinada categoría de personas que el tipo indica*”¹². Este autor, al momento de formular su definición, pone el acento en la limitación de la esfera de autores, destacando que la misma puede ser explícita o implícita, sin referirse al fundamento que tiene el legislador para operar de esa manera en esta tipología delictiva.

¹¹ Víctor Gómez Martín, op. cit., 16. El autor expone con detalle los argumentos de Robert von Hippel en defensa de un modelo conceptual simple de delito especial, y las consecuencias que resultan de su concepción en la que no tiene mayor importancia el fundamento de la restricción del círculo de autores prevista por el legislador.

¹² Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General del Derecho Penal* (Navarra: Thomson Aranzadi, 2005) 625.

Por su parte, Santiago Mir Puig destaca que los delitos especiales se caracterizan porque “*sólo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley (así, la de ser funcionario)*”¹³. En igual sentido, Johannes Nagler los define como “*tipos de delito formulados por el Derecho penal de tal modo que no puedan ser realizados directamente por todo sujeto de derecho*”¹⁴.

El jurista español José Cerezo Mir, al formular su definición, comienza afirmando que en algunos casos la ley exige ciertas condiciones o requisitos para poder ser autor de un delito, como la de ser funcionario, militar, abogado o procurador, siendo estas exigencias elementos del tipo objetivo, y que estos “*delitos que pueden ser realizados únicamente por las personas que reúnen ciertos requisitos reciben el nombre de delitos especiales*”¹⁵.

De igual manera, Enrique Gimbernat Ordeig propone un concepto simple al afirmar que “*delitos especiales son todos aquellos en los que, eso se dice, no toda persona puede ser autor*”¹⁶. En igual sentido, Jesús-María Silva Sánchez, aunque refiriéndose concretamente a los delitos contra la Administración Pública, concibe los delitos especiales como aquellos “*en los que la condición de autor se restringe a quienes posean la cualidad*”¹⁷ que exige el tipo penal.

¹³ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General* (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005) 231.

¹⁴ Víctor Gómez Martín, op. cit., 17.

¹⁵ José Cerezo Mir, *Derecho Penal Parte General* (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2008) 424.

¹⁶ Enrique Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en Derecho Penal* (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006) 199. Seguidamente a su definición el autor ofrece los siguientes ejemplos: “*No todo el mundo puede realizar una malversación, sino sólo un funcionario. No todo el mundo puede ser parricida, sino sólo determinados parientes de la víctima. El círculo de autores no es, pues, en estos delitos, abierto, sino que está limitado a determinados sujetos*”.

¹⁷ Jesús-María Silva Sánchez et al, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (Barcelona: Atelier, 2011) 328.

Los tratadistas alemanes Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, también han adoptado un concepto simple de delitos especiales, afirmando lo siguiente: “según la delimitación del posible círculo de autores se diferencia entre delitos comunes, especiales y de propia mano. En los delitos comunes el autor puede ser cualquiera, tal y como muestra el ‘anónimo el que’ al comienzo de la mayoría de las disposiciones penales. Por el contrario, en los delitos especiales propios el tipo sólo designa como autor a personas que poseen una caracterización especial (vgr., funcionarios o soldados)”¹⁸. Cabe aclarar, que dichos autores luego de diferenciar entre delitos especiales propios e impropios, consideran que los últimos pueden ser cometidos por cualquiera, pero la autoría por personas cualificadas constituye una causa de agravación de la pena, sin embargo, en la presente investigación se dista de dicha postura, en el entendido que los supuestos de agravación de la pena por una condición o cualidad del autor no configuran lo que en sentido estricto es un delito especial impropio.

En la doctrina se ha destacado que es especialmente paradigmático¹⁹ el concepto simple de delito especial propuesto por Günther Jakobs, porque la inclusión de un fundamento en la definición le permite precisamente diferenciar entre delitos especiales y delitos de deber, de tal manera que, los primeros se caracterizan porque en ellos se produce una delimitación meramente externa del círculo de autores y, los segundos, en cambio, además de la delimitación externa del círculo de autores ordenada por el legislador se caracterizan porque en su base existe una institución, por lo que en la definición de estos últimos si cabe destacar su fundamento.

¹⁸ Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General* (Lima: Instituto Pacífico, 2014) 393.

¹⁹ Víctor Gómez Martín, op. cit., 19.

En tal sentido, Günther Jakobs en su concepto de delito especial, no sólo no incluye el fundamento de la restricción del círculo de autores, sino que necesariamente lo excluye, siendo su definición la siguiente: “*en los delitos especiales en sentido amplio no puede ser cualquiera autor de un delito consumado, sino sólo una persona con determinadas características o en determinada situación*”²⁰.

Las definiciones expuestas y que forman parte de los modelos conceptuales simples, básicamente se caracterizan porque configuran el concepto de delito poniendo el acento en la limitación o restricción del círculo de autores por medio de elementos exigidos por el tipo, y porque omiten hacer referencia sobre cuál es el fundamento de dicha limitación o restricción.

Cabe destacar, además, que en algunas definiciones de delito especial se hace referencia a una restricción del círculo de autores, en otras se alude que dicha restricción es respecto al círculo de sujetos, sujetos de derecho e inclusive sujetos activos. Para evitar confusiones y desarrollar la exposición con un lenguaje que se ajuste más a la doctrina dominante, es necesario utilizar una terminología más precisa, entendiendo que los delitos especiales se caracterizan porque únicamente pueden ser cometidos a título de autor por sujetos cualificados, esto es, personas que reúnen las condiciones, características o requisitos que exige el tipo.

De esta manera, al delimitar que se trata de una restricción del círculo de autores y no en general de los sujetos activos del delito -este último término

²⁰ Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid: Marcial Pons, 1997) 214.

más amplio que abarca inclusive a los partícipes²¹-, la definición permite entender que en principio los sujetos no cualificados que intervinieren en el delito, si bien no podrían ser autores, si podrían ser partícipes -cómplices o instigadores-, aunque esta cuestión será abordada con mayor detenimiento *infra* desde la perspectiva doctrinal y conforme al ordenamiento jurídico salvadoreño.

Otra de las cuestiones implicadas en los conceptos simples de delito especial –y, también en los complejos-, sobre la que es imprescindible precisar, es la relativa a la naturaleza de los elementos por medio de los cuales la ley procede a restringir o limitar el círculo de autores, esto es, la naturaleza de lo que en esta investigación denominamos “cualificación” –requisitos o condiciones específicas que el tipo penal exige respecto del autor-. Víctor Gómez Martín apunta que en la doctrina existe una discusión en torno a si los referidos elementos son “*de naturaleza normativa o bien de naturaleza ontológica, elementos objetivos o elementos personales, elementos de autoría o elementos de la acción, o elementos que afectan al injusto típico, a la culpabilidad, a la punibilidad, al merecimiento de pena, o a cuestiones más generales de política criminal*”²².

La discusión en este punto se tornó de suma importancia en Alemania y España en virtud de que, en atención a la naturaleza que se le atribuyera a

²¹ Cfr. Andrés Benavides Schiller, *El delito de fraude del funcionario público* (Barcelona: Bosch Editor, 2016) 113. El jurista realiza una distinción entre las categorías dogmáticas de “autor” y “sujeto activo” del delito, afirmando que la primera es más restringida, específicamente sostiene lo siguiente: “*el sujeto activo es una categoría más amplia que la de autor, de manera que sujeto activo no es únicamente el autor del delito, sino algo más, pues abarca al autor material o inmediato, al autor mediato, a los coautores, al inductor directo, al cooperador necesario y al cómplice. Asimismo, el sujeto activo no solamente lo es del delito consumado, sino del delito en grado de tentativa o de preparación. Es decir, que propiamente sujeto activo del delito es todo aquel a quien se imputa responsabilidad penal por la comisión de un delito*”.

²² Víctor Gómez Martín, op. cit., 24-25.

dichos elementos, así serían las repercusiones a la luz de lo regulado en sus respectivos ordenamientos jurídicos en relación a la comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes –extreñus-, inclusive de esta cuestión dependía la adopción ya sea de la teoría de la unidad del título de imputación, o bien de la teoría de la ruptura o quebrantamiento de dicho título, cuestión que será expuesta minuciosamente *infra*.

En todo caso, cabe advertir desde ya, que la doctrina dominante²³ actualmente considera que dichos elementos por medio de los cuales la ley procede a restringir o limitar el círculo de autores en los delitos especiales, constituyen elementos del injusto, esto es, elementos del tipo. La jurisprudencia salvadoreña, ciertamente influenciada por los comentaristas del Código Penal vigente, es uniforme al considerar que la existencia de calidades especiales exigidas en determinados tipos delictivos, constituyen elementos del tipo objetivo²⁴.

3.2. MODELOS CONCEPTUALES COMPLEJOS

En la dogmática jurídico-penal algunos juristas al momento de definir los delitos especiales, no se limitan a caracterizarlos por la limitación o restricción que opera en ellos del círculo de autores, sino que, además, ofrecen el fundamento de dicha limitación o restricción, esto es, incluyen dentro del concepto cuál es la razón de esa forma de operar del legislador en esta

²³ Vid. Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 627-628. Giovanna F. Vélez Fernández, *La Desaparición Forzada de Personas y su tipificación en el Código Penal peruano* (Lima: Universidad Católica del Perú, 2004) 115-116. La autora los considera elementos normativos y, a la vez, elementos del hecho típico refiriéndose concretamente a la calidad de funcionario o servidor público. Enrique Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, 200. Este último autor afirma que la doctrina dominante los concibe como elementos personalísimos del tipo.

²⁴ Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 167C2016 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

tipología delictiva; precisamente estas definiciones se han agrupado en lo que, algún sector de la doctrina, denomina: modelos conceptuales complejos de delito especial²⁵.

Cabe destacar que la mayoría de definiciones de delito especial que incluyen el fundamento de la limitación del ámbito de autores, parten, por lo general, de la idea de que estos delitos se erigen sobre la base de un deber especial, es decir, se configuran a partir de un especial deber *“que tiene un individuo dado a diferencia del resto de los coasociados, a una situación jurídica distinta de la generalidad, a una mayor obligación de cumplir determinadas normas”*²⁶.

Víctor Gómez Martín destaca que la existencia de los referidos conceptos complejos en la actual doctrina jurídico-penal alemana, se debe a los aportes de Eberhardt Schmidhäuser y sus discípulos, así como a Claus Roxin. El primero de los autores alemanes, sostuvo lo siguiente: *“se conoce con el nombre de delito común al delito general comisible por cualquier persona, delito especial al delito que tan sólo puede ser cometido por un círculo limitado de posibles autores sobre la base de una especial posición de deber”*²⁷.

Por su parte Claus Roxin, al abordar la definición de los delitos especiales utiliza también indistintamente -para referirse a ellos- la terminología “delitos de infracción de deber”, afirmando lo siguiente: *“en los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad (‘cualificación de autor’). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de ‘delitos de*

²⁵ Víctor Gómez Martín, op. cit., 26-27.

²⁶ Gonzalo Quintero Olivares, *Los delitos especiales...*, 36.

²⁷ Citado por Víctor Gómez Martín, op. cit., 27.

*infracción de deber*²⁸. Cabe destacar que, este penalista alemán, luego de proponer su definición señala como deberes especiales que fundamentan la autoría en este tipo de delitos, la infracción del deber especial derivado de una posición oficial, del deber de secreto profesional y del deber especial de cuidar el patrimonio.

Entre otros autores que parten de una concepción similar, se encuentra August Finger, quien sostuvo que “*varias normas no se dirigen a todos los súbditos, sino sólo a un pequeño ámbito de personas que están afectadas por una especial clase de deberes*”. En igual sentido, August Köhler afirmó que “*en los propios delitos especiales los sujetos pertenecen a una delimitada área de deberes*²⁹”.

Asimismo, señalan Emilio Octavio de Toledo y Susana Huerta Tocildo que “*en numerosas ocasiones la estructura del injusto de los delitos especiales, se asienta sobre la existencia de específicos deberes a cargo de determinados sujetos activos, deberes cuya infracción es un elemento del tipo exigido por causa de las relaciones que han de vincular al sujeto con el bien jurídico de que se trate*³⁰”.

Algunas de las críticas que se han formulado a los modelos conceptuales complejos de delito especial, es que difícilmente puede sostenerse que todos los delitos especiales tienen el mismo fundamento y, a partir de ello, se abriría

²⁸ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid: Civitas, 1997) 338.

²⁹ Citado por Gonzalo Quintero Olivares, *Los delitos especiales...*, 37.

³⁰ Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Susana Huerta Tocildo, *Derecho Penal Parte General. Teoría jurídica del delito* (Madrid: Ed. Rafael Castellanos, 1986) 51.

la puerta para que exista una diversidad y disparidad de conceptos³¹, lo cual, es infructuoso para efectos de sistematizar esta tipología delictiva.

3.3. MODELOS CONCEPTUALES AUTÓNOMOS Y DEPENDIENTES

La idea de los modelos conceptuales autónomos y dependientes de delito especial, surge en el seno de la denominada teoría de las formas de aparición del delito³², que tuvo su origen en el modelo causalista³³ pero que es adoptado por un sector de la doctrina penal moderna; en dicha teoría se reconoce la existencia de una serie de categorías dogmáticas conceptuales que se presentan en forma de binomios, tales como, acción-omisión, tentativa-consumación, autoría- participación, entre otros.

Dentro de la teoría de las formas de aparición del delito, se considera que la existencia misma de un delito depende de que un hecho concurren algunos elementos comunes mínimos –los más aceptados en la doctrina dominante son tipicidad, antijuricidad y culpabilidad³⁴-, y que el referido hecho delictivo, puede presentar ontológicamente diversas formas en atención a si el

³¹ Vid. Víctor Gómez Martín, op. cit., 28.

³² Fernando Vásquez-Portomeñe Seijas, op. cit., 314. Señala el autor que la teoría de las formas de aparición responde a exigencias de economía científica, en la medida que previene la repetición del tratamiento de cuestiones inherentes al significado compartido por todas las figuras en examen y permite limitar la investigación a los aspectos que son particulares de cada una de ellas.

³³ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 118. Destaca que todos los autores causalistas precisamente estudiaron la autoría y la participación dentro de las formas de aparición del delito.

³⁴ Cfr. Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal* (Bogotá: Temis, 1996) 138. Destaca que algunos autores como Luis Jiménez de Asua en España y Reinhart Maurach en Alemania han justificado la existencia de la categoría de la “atribuibilidad”, la que pasaría a formar parte en la definición del delito; Erika Mendes de Carvalho, *Punibilidad y Delito* (Madrid: Reus, 2007) 54. Señala que algunos autores incluyen dentro de la definición del delito la punibilidad, incurriendo con ello en una tautología, y que de esa manera “se definiría el delito no por sus caracteres, sino por sus consecuencias”.

comportamiento del sujeto activo es comisivo u omisivo, si su intervención fue como autor o partícipe, si se consumó el resultado o si sólo quedó en tentativa.

En este campo para un sector de la doctrina, las categorías del delito como formas de aparición del mismo, se caracterizan por su autonomía conceptual, afirmando, por ejemplo, que la cuestión relativa a si un comportamiento es comisivo u omisivo es algo que debe analizarse y determinarse al margen de si el sujeto interviniente es autor o partícipe, precisamente porque son aspectos del delito conceptualmente autónomos entre sí. A partir de ello, se ha afirmado por algunos autores que, en materia de delitos especiales, la categoría formada por el binomio “delito especial- delito común”, en realidad constituye una nueva forma de aparición autónoma.

La consecuencia inmediata de la anterior postura, según afirma Víctor Gómez Martín aunque no la comparte, es que *“la decisión sobre si un determinado delito es un delito especial o un delito común no puede depender, por ejemplo, de si se defiende un concepto de autor unitario, extensivo, restrictivo, o construido de acuerdo con criterios tales como el dominio del hecho o la pertenencia del delito. Según esta concepción, el concepto de delito especial debería ser determinado, así, al margen de esta última cuestión, y debería ser compatible, de este modo, con todo tipo de concepto de autor³⁵”*.

En contraposición a dicha propuesta dogmática, la doctrina dominante en defensa de un concepto dependiente, ha afirmado que así como es inconcebible definir los delitos de propia mano sin hacer referencia a la figura de la autoría mediata, o los delitos de peligro sin referirse a la consumación de

³⁵ Víctor Gómez Martín, op. cit., 30.

la lesión del bien jurídico, es igualmente inimaginable formular una definición de los delitos especiales sin referencia alguna a la autoría.

Precisamente para este sector doctrinal, de entre las diversas formas de aparición del delito, la autoría es la que necesariamente permite agrupar a los delitos especiales y, a la vez, distinguirlos de los comunes, por lo que, naturalmente en la definición de delito especial no puede prescindirse de hacer referencia a la autoría.

4. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES

El principal criterio de clasificación de los delitos especiales desarrollado desde la doctrina penal clásica, es aquel que atiende a la existencia o no de un correspondiente delito común –también denominado subyacente- que conmine el mismo comportamiento, esto es, si paralelamente al tipo especial existe o no un tipo común que, sin exigir cualificación específica del autor, describa y sancione penalmente la misma conducta. Así, en atención a este criterio, suelen clasificarse los delitos especiales en propios e impropios.

4.1. DELITOS ESPECIALES PROPIOS

Los delitos especiales propios se caracterizan porque en ellos la cualificación especial del autor, es determinante para la existencia misma del delito, de manera que, faltando dicha cualificación el comportamiento sería atípico, es decir, carecería de relevancia jurídico-penal. En otras palabras, no existe de manera paralela al tipo especial un tipo común subyacente que conmine el mismo comportamiento, sin exigir la calidad o condición específica del autor.

Santiago Mir Puig define los delitos especiales propios, como aquellos “*que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta*”³⁶. Por su parte, Enrique Bacigalupo al referirse a esta clase de delitos especiales comienza poniendo como ejemplo el prevaricato, “*porque sólo puede cometerlo quien es juez, quedando impune cuando lo cometiera alguien que carece de esa calificación*”³⁷.

El ejemplo más utilizado en la dogmática jurídico-penal para referirse a los delitos especiales propios es el prevaricato³⁸, sin embargo, en las leyes penales existen muchos más delitos especiales que no encuentran correlato en una figura delictiva común paralela, entre los que encontramos, en el caso del Código Penal salvadoreño, los siguientes: celebración de matrimonio ilegal –art. 194-; responsabilidad de funcionarios o empleados públicos –art. 254-, responsabilidad de funcionarios y empleados públicos -art. 262-, atentados relativos al derecho de igualdad –art. 292-, atentados relativos a la libertad de expresión –art. 293-, omisión de investigación –art. 311-, patrocinio infiel –art. 314-, incumplimiento de deberes –art. 321-, enriquecimiento ilícito –art. 333-, entre otros.

³⁶ Santiago Mir Puig, op. cit., 231.

³⁷ Enrique Bacigalupo, op. cit., 86; Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999) 238. Llama particularmente la atención que para este autor, si la calidad de juez es considerada un elemento del tipo, el sujeto que, sin tener dicha calidad, pero creyendo que la posee dicta una sentencia prevaricante, cometería tentativa del delito de prevaricato. De esta manera, para él cabe la posibilidad de la tentativa en los delitos especiales propios dolosos para los sujetos no cualificados, más no el delito consumado.

³⁸ Vid. Enrique Gimbernat Ordeig, op. cit., 223; Santiago Mir Puig, op. cit., 231; Ricardo Posada Maya, *Delitos contra la vida y la integridad personal* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2015) 46. Todos utilizando como ejemplo el delito de prevaricato.

4.2. DELITOS ESPECIALES IMPROPIOS

Los delitos especiales improprios son aquellos que se caracterizan porque de manera paralela a ellos, existen delitos comunes subyacentes en los que se describe y sanciona el mismo comportamiento, sin exigir calidades, condiciones o requisitos específicos del autor, como sí ocurre en los primeros. En tal sentido, en estos delitos la cualificación del autor no es requisito *sine qua non* para que el comportamiento tenga relevancia jurídico-penal -es decir, sea típico-, puesto que, en caso de faltar dicha cualificación en el sujeto, la conducta queda conminada en un delito común.

Santiago Mir Puig define los delitos especiales improprios como aquellos que “*guardan, en cambio, correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción*³⁹”. Por su parte, Gonzalo Quintero Olivares se refiere a ellos en los siguientes términos: “*en los llamados delitos especiales improprios la calidad especial posee únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena de su autor, pero existe una correspondencia fáctica con un delito común, que sería el comisible por cualquier otra persona que no tuviera aquella especial calidad*⁴⁰”.

En las leyes penales de los países de nuestro entorno cultural, existen muchos delitos especiales que guardan correspondencia con delitos comunes paralelos, entre los que se encuentran, en el caso del Código Penal salvadoreño, los siguientes: peculado –art. 325- que según los matices de cada caso puede encontrarse correspondencia ya sea con el hurto –art. 207-

³⁹ Santiago Mir Puig, op. cit., 232. El autor pone como ejemplo el delito de malversación de caudales públicos por parte de autoridad o funcionario público según la regulación española, afirmando que en caso de que alguien realice la sustracción sin tener dichas calidades, cometerá el delito común de hurto.

⁴⁰ Gonzalo Quintero Olivares, *Los delitos especiales...*, 31.

o apropiación o retención indebidas –art. 217-; privación de libertad por funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública –art. 290- que en caso de realizarse por un no cualificado tiene como correlato el delito de privación de libertad –art. 148-; allanamiento sin autorización legal – art. 300- que guarda correspondencia con el delito de allanamiento de morada –art. 188-, entre otros.

5. LOS DELITOS ESPECIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE EL SALVADOR

Previo a abordar la cuestión relativa de si la legislación penal vigente de El Salvador define o hace referencia explícita a los delitos especiales, así como la exposición –al menos indispensable- del catálogo regulado y de lo establecido en la jurisprudencia en este ámbito, es necesario exponer los antecedentes históricos y la evolución que ha tenido la regulación de esta tipología delictiva en nuestro país.

5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DELITOS ESPECIALES EN EL SALVADOR

Como es sabido, cuando el Estado de El Salvador se independizó inicialmente en el territorio rigió la Constitución española de 1812, también denominada Constitución de Cádiz. Posteriormente, la Asamblea Nacional Constituyente de las Provincias Unidas del Centro de América prepara las bases de la Constitución federal de Centroamérica, que finalmente se dicta el 22 de noviembre de 1824, siendo que ya previamente, el 12 de junio de 1824, El

Salvador había dictado su primera Constitución estatal⁴¹. En ese sentido, no siendo el propósito de la investigación exponer los antecedentes más remotos en la regulación de los delitos especiales en nuestro país, este momento histórico es un punto de partida razonable para iniciar la exposición, puesto que se comienzan a promulgar las primeras leyes de la república.

Cabe señalar, que ya la Constitución federal de 1824 puede considerarse un antecedente normativo de los delitos especiales, aunque de manera específica de los delitos propios de los funcionarios públicos, precisamente porque en el artículo 103 de dicha Constitución ya se hacía referencia a delitos que pueden ser cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

Pero siendo más precisos, en lo que respecta a los delitos especiales el primer cuerpo legal que desarrolla un catálogo de los mismos, es el Código Penal de 1826⁴², constituyendo la primera ley penal general dictada por la Asamblea Ordinaria del Estado de El Salvador, en la que se expone que el propósito de la misma era *“dar a los funcionarios del poder judicial una regla segura en la calificación de los delitos y aplicación de las penas correspondientes, para evitar toda arbitrariedad en la administración de justicia en lo criminal”*.

En dicho Código Penal, la primera referencia a delitos especiales se encuentra en el capítulo II, que llevaba por epígrafe *“De los delincuentes y culpables, y de los que responden de las acciones de otros”*, concretamente en el número 18, que establecía como regla general de determinación de la sanción de los cómplices, que éstos serían castigados con la misma pena impuesta al autor,

⁴¹ Vid. José María Méndez, *Historia constitucional de El Salvador. Legislación federal de Centroamérica. Constituciones federales de Centroamérica*, tomo V (San Salvador: Tecnoimpresos, 1998) 41-42.

⁴² Código Penal (El Salvador, Asamblea Ordinaria del Estado de El Salvador, 1826) disponible en: <http://www.redicces.org.sv/jspui/handle/10972/2726>

disponiéndose como excepción lo siguiente: *“pero si la complicidad directa proviniere de soborno o cohecho en delito que un funcionario público cometiere, o hubiere de cometer como tal en ejercicio de sus funciones, no se impondrá la pena de este al sobornador, sino la que se impondría a cualesquiera persona particular que cometiese el delito del funcionario”*.

Dicho precepto abundante en contenido, arroja luz sobre varios aspectos considerados desde aquellos tiempos por el legislador salvadoreño: a) en primer lugar, que al menos en el plano ontológico –porque en lo jurídico el tratamiento diferenciado genera dudas-, cabe la posibilidad de la complicidad en delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, es decir, en delitos especiales; b) en segundo lugar, que el mismo legislador reconoce un tratamiento diferenciado en términos de reproche –sanción penal- en atención a si el comportamiento delictivo es realizado por un funcionario –sujeto cualificado- o por un particular –no cualificado-, de ahí que disponga que, el sobornador –cómplice- del delito no será castigado con la pena establecida para el funcionario, sino con la sanción que se impondría a cualquier particular; y c) en tercer lugar, se vislumbra del precepto relacionado, que desde un inicio el legislador salvadoreño se declinó por la incomunicabilidad (o no comunicabilidad) de las circunstancias o condiciones personales del autor respecto del partícipe en delitos especiales, precisamente por eso se dispuso que el cómplice será sancionado con la pena que correspondería a un particular, y no con la que le corresponde al funcionario.

Por lo demás, el Código Penal de 1826 ya regulaba todo un catálogo de delitos especiales, entre los cuales podemos mencionar en la parte primera que llevaba por epígrafe “De los delitos contra la sociedad”, título I “De los delitos contra la Constitución y orden político del Estado y de la Federación”, capítulo I “De los delitos contra la libertad del Estado y Federación”, los delitos previstos

en los números 197, 199, que sancionaban la omisión de auxilio o la obstaculización por parte de funcionario público o autoridad para que la Asamblea Ordinaria del Estado se reuniera; el delito regulado en el número 211 que consistía en sedición por funcionario público o eclesiástico; el delito previsto en el número 223, que sancionaba con pena de muerte al jefe de Estado que cumplido el periodo de su elección no entregare el gobierno al que hubiere resultado electo.

En el capítulo III, relativo a los “Delitos contra la libertad de los salvadoreños”, en el número 226 se tipificaba la conducta del funcionario público que sin ejercer autoridad judicial competente impusiere alguna pena a un salvadoreño, fuera de los casos señalados en la ley, así como al funcionario que hiciera ejecutar la pena a un salvadoreño sin que hubiere sido oído y juzgado por el tribunal competente. Asimismo, en el mismo número se conminaba la conducta del juez o magistrado que impusiere una pena no prevista en la ley, que allanare la casa de un salvadoreño ilegalmente, que detuviera o mande a detener a un salvadoreño sin hallarle delinquiendo *in fraganti* y, también se sancionaba, al secretario del despacho que firmara y al juez que ejecutara alguna orden del jefe supremo del Estado para tomar la propiedad de algún particular, entre muchos más delitos que se enumeran en dicho capítulo y cuyo autor según la descripción típica sólo puede ser un juez o magistrado.

Es más, en el capítulo VII, de la misma parte primera, título I, del Código Penal de 1826, específicamente en el número 325 se sanciona la conducta que en la actualidad se conoce como peculado, pues se conminaba el robo, hurto, usurpación o apropiación de bienes, caudales o efectos pertenecientes al Estado de parte de los funcionarios; de igual manera, los delitos que hoy conocemos como revelación de secreto profesional y patrocínio infiel, ya se tipificaban en los números 402 y 403 identificando entre los sujetos

cualificados al abogado defensor o procurador. En tal sentido, puede afirmarse que esa primera ley penal dictada recién lograda la independencia, ya regulaba una considerable cantidad de delitos especiales, cuya exposición exhaustiva no constituye un objetivo de la presente investigación.

Posteriormente, el 28 de septiembre de 1859 se decretó un nuevo Código Penal, más ordenado y sistematizado que el cuerpo normativo de 1826, y específicamente en materia de delitos especiales e instituciones relacionadas directamente con ellos, se destacan los siguientes aspectos: a) en primer lugar, en el artículo 68 se establece que determinadas circunstancias agravantes –que podría ser la calidad de funcionario público del autor conforme al art. 11 ordinal 10º-, son inherentes a determinados delitos, de manera que sin ellas no se podría cometer, es decir, sería un hecho atípico; b) en segundo lugar, en el artículo 69 se regula, ahora ya de manera explícita, la regla de no comunicabilidad –incomunicabilidad- de las circunstancias personales o morales entre los diferentes intervinientes en el delito (autores, cómplices y encubridores); y c) en dicho cuerpo normativo, de igual manera, se recoge un catálogo de delitos especiales, por ejemplo, en los artículos 297, 298, 299, 300, 301, 303, 304, 306, 309, 312, 313, 314, 315, 317 y 318, entre muchas disposiciones más, se exige que el autor de tales ilícitos penales tenga respectivamente la calidad de empleado público, alcaide, eclesiástico, juez e, inclusive, presidente de la república.

El día 19 de diciembre de 1881 se promulgó un nuevo Código Penal, el cual contenía 641 artículos, y específicamente en materia de delitos especiales no realiza cambios significativos en relación a la ley penal de 1859, manteniendo un catálogo de delitos en los que se determina que sólo pueden ser autores sujetos que ostenten la calidad de empleado o funcionario público, juez, abogado, procurador, presidente de la república, ministro, entre otros. En igual

sentido, el Código Penal aprobado por la Asamblea Nacional el día 08 de abril de 1904, en lo que respecta a los delitos especiales mantuvo las redacciones de las normativas penales de 1859 y 1881, principalmente en cuanto a la regla de no comunicabilidad –incomunicabilidad- de las circunstancias personales o morales entre los diferentes intervinientes en el hecho punible⁴³ y, además, respecto del catálogo de los delitos objeto de esta investigación.

El Código Penal aprobado por la Asamblea Legislativa el 13 de febrero de 1973, el cual entró en vigencia el 15 de junio de 1974, que es la normativa penal general que precede a la que actualmente se encuentra vigente. En dicho cuerpo normativo, al igual que los anteriores, se recogió todo un catálogo de delitos especiales, entre los que encontramos: el parricidio o asesinato (art. 154); limitaciones indebidas de la libertad personal (art. 221) cuyo autor debe ser el “encargado de un establecimiento destinado al cumplimiento de sanciones”; abusos contra detenidos (art. 222) que únicamente podía ser cometido por el “encargado de la custodia o conducción” de un detenido; administración fraudulenta (art. 244) en el que se deduce que sólo podía ser autor el “administrador o encargado de bienes ajenos”; adulterio (art. 265) en el que se describía como autor a la “mujer casada”; celebración de matrimonio ilegal (art. 270) que únicamente podía cometerse por “funcionario público”; incesto (art. 271) que describe como autor a los “ascendientes, descendientes y hermanos”; suposición de embarazo o parto (art. 274) que sólo podía cometerse por la “mujer” o el “facultativo o auxiliar de la profesión médica”; omisión de notificación de enfermedad (art. 294) cuyo autor únicamente podía

⁴³ El artículo 55 inciso 1° del Código Penal de 1904, disponía lo siguiente: “*Las circunstancias atenuantes o agravantes que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido, o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran*”.

ser un “médico”; falsedad de certificaciones (art. 317) que describía conducta realizada por funcionario público.

Por lo demás, cabe señalar que dicho Código Penal de 1974, ya regulaba los emblemáticos delitos especiales que en la actualidad utiliza la dogmática jurídico-penal al abordar esta tipología delictiva, tales como: actos arbitrarios (art. 428), incumplimiento de deberes (art. 429), denegación de auxilio (art. 430), peculado (art. 438), concusión (art. 441), negociaciones ilícitas (art. 442), cohecho pasivo (art. 444), cohecho pasivo impropio (art. 445), malversación (art. 446), enriquecimiento ilícito (art. 447), entre otros.

Debe destacarse la regulación que se efectuó en el Código Penal de 1974 respecto de la “comunicabilidad de causas y circunstancias” entre los diferentes intervinientes en el delito, precisamente por la importancia que tiene para la presente investigación. Específicamente en el artículo 50 incisos 2° y 3° del referido cuerpo legal, se disponía lo siguiente:

“Las circunstancias subjetivas como la calidad o la relación personal y los demás elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción legal del delito, que concurran en alguno de quienes lo han cometido, se comunicarán a los demás autores y cómplices que hayan tenido conocimiento de ello. Si no los hubieren conocido, serán sancionados con la pena que corresponda al delito previsto sin esos requisitos.

Las circunstancias subjetivas como las calidades o las relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo no integrantes de la descripción legal del delito, sólo afectarán a aquellos en quienes concurran”.

En primer lugar, llama la atención que el legislador en ese momento distinguió entre circunstancias subjetivas integrantes de la descripción típica y circunstancias subjetivas que no formaban parte de la descripción legal del delito, utilizando en ambos casos como ejemplos de tales circunstancias las calidades o las relaciones personales de los sujetos activos. Dicha formulación del legislador resultaba cuando menos confusa, puesto que cuando en los diferentes tipos penales era considerada una “calidad” o “cualidad” específica del sujeto activo para conminar determinada conducta, necesariamente dicha “calidad” o “cualidad” formaba parte de la descripción típica.

En todo caso, es posible interpretar que el inciso segundo del artículo 50 cuando se refería a “circunstancias subjetivas integrantes de la descripción legal del delito”, específicamente hacía alusión a los delitos especiales, esto es, a aquellos supuestos en que la calidad o cualificación específica del autor estaba contenida en el tipo penal; el inciso tercero de dicho precepto legal, en cambio, al referirse a “circunstancias subjetivas no integrantes de la descripción legal del delito”, aludía específicamente a las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, es decir, a los supuestos en que la calidad o cualificación del sujeto únicamente es considerada por el legislador para agravar la pena, de tal manera que dicha circunstancia no estaba contenida en la descripción típica sino en la parte general del Código Penal.

Aceptando la anterior interpretación, puede afirmarse que en el Código Penal de 1974 las agravantes que consistían en circunstancias subjetivas tales como la calidad del sujeto activo, sus relaciones personales y en general cualificaciones específicas que únicamente concurrían en dicho sujeto, eran incommunicables al resto de intervinientes en el delito, es decir, sólo agravaban la responsabilidad penal del sujeto en quien concurrían dichas circunstancias, no así la del resto de partícipes.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 50 del Código Penal de 1974, evidencia que el legislador en principio optó por la solución de mantener la unidad del título de imputación en los supuestos de intervención del *extraneus* en delitos especiales, siempre y cuando dicho sujeto no cualificado hubiere actuado con conocimiento de la cualificación del autor del delito; en cambio, cuando el *extraneus* hubiere intervenido en el delito desconociendo la cualificación del autor, el legislador en la parte final de dicho inciso segundo adoptó como solución la ruptura del título de imputación, estableciendo que en estos casos los cómplices “*serán sancionados con la pena que corresponda al delito previsto sin esos requisitos*”, es decir, conforme al delito común subyacente.

5.2. LOS DELITOS ESPECIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL VIGENTE

En el Código Penal que entró en vigencia el 20 de abril de 1998, igual que las anteriores leyes penales recogió todo un catálogo de delitos especiales, desde tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales hasta aquellos que protegen bienes jurídicos colectivos, entre los primeros, encontramos los siguientes: dentro del capítulo II, del título I, Libro Segundo del Código Penal, referido a los delitos relativos a la vida del ser humano en formación, en el artículo 135 que regula el delito de aborto agravado se describe un comportamiento que únicamente puede ser cometido a título de autor por un médico, farmacéutico o auxiliar de éstos; de igual manera, en el título II, capítulo II del mismo Libro del mencionado cuerpo legal, el artículo 147-C al regular el delito de manipulación de información, conmina una conducta que sólo puede ser cometida en grado de autoría por un profesional de salud; en

igual sentido, en el capítulo II del título VI, específicamente en el artículo 185 se prevé el delito de violación agravada de comunicaciones, que únicamente puede ser cometido por sujetos que ostenten la condición de encargados o responsables de ciertos registros.

Dentro de los tipos penales especiales que protegen bienes jurídicos colectivos, el Código Penal vigente regula desde los emblemáticos delitos de corrupción como el peculado –art. 325-, peculado por culpa –art. 326-, concusión –art. 327-, negociaciones ilícitas –art. 328-, exacción –art. 329-, cohecho propio –art. 330-, cohecho impropio –art. 331-, malversación –art. 332-, enriquecimiento ilícito –art. 333-, infidelidad en la custodia de registros o documentos públicos –art. 334-, hasta aquellos ilícitos penales que constituyen abuso de autoridad tales como actos arbitrarios –art. 320-, incumplimiento de deberes –art. 321-, desobediencia –art. 322-, denegación de auxilio –art. 323-, revelación de hechos, actuaciones o documentos secretos por empleado oficial –art. 324-.

Pero además, en el Código Penal también encontramos delitos especiales que no son tan emblemáticos para la dogmática jurídico-penal al momento de abordar esta tipología delictiva, entre ellos, en los delitos relativos a los derechos laborales tales como el de apropiación o retención de cuotas laborales –art. 245-, que sólo puede ser cometido por el patrono, empleador, pagador institucional o persona responsable de la retención; en los delitos relativos a la ordenación del territorio, a la naturaleza y el medio ambiente, el ilícito penal de responsabilidad de funcionarios o empleados públicos –arts. 254 y 262-.

Los anteriores delitos especiales que se han citado, entre muchos otros regulados en el Código Penal –cuya enumeración exhaustiva escapa del

propósito de esta investigación-, tienen como característica común que la ley expresamente suele sustituir o concretar el “quién” típico con una determinada calidad, condición o cualificación del sujeto, *verbigracia*, el legislador antepone a la descripción de la conducta punible: “el profesional de salud”, “el funcionario o empleado público”, “el patrono”, “el notario”, “el juez”, entre otras cualificaciones; de esta manera, la ley determina explícitamente que se trata de delitos especiales, porque sólo pueden ser cometidos a título de autor por los sujetos que reúnen tales calidades.

Sin embargo, cabe señalar que en algunas ocasiones la delimitación del círculo de autores del delito especial, no se realiza expresamente por la ley mediante una sustitución o concreción del “quién” típico, sino que tal delimitación se deriva de la propia descripción de la acción típica, esto es, se deduce que sólo algunos sujetos se encuentran en la situación presupuesta por el tipo penal; en otras palabras, en estos supuestos el legislador implícitamente ha determinado que se tratan de delitos especiales, porque aunque no exige expresamente una calidad de los sujetos, al describir la conducta punible delimita que sólo pueden ser autores los sujetos que se encuentren en determinada situación.

Así, por ejemplo, los delitos de administración fraudulenta –art. 218- y evasión de impuestos –art. 249-A- son delitos especiales, no obstante el legislador antepone a la descripción de la conducta punible el “quién anónimo”, como lo hace en los delitos comunes. Implícitamente se deduce que las conductas típicas de evasión de impuestos, únicamente pueden cometerse por el contribuyente u obligado tributario; de igual manera, en el ilícito penal de administración fraudulenta se deduce implícitamente que sólo puede cometerse por el administrador de hecho o de derecho, es decir, por quién tenga a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos.

Por lo demás, debe señalarse que también en las leyes especiales vigentes se regulan una diversidad de delitos especiales, así por ejemplo, en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, específicamente en el artículo 8 se regula el delito de encubrimiento culposo, que conforme a la descripción típica únicamente puede ser cometido por los funcionarios o empleados de los sujetos obligados –en particular, los oficiales de cumplimiento-, o de los organismos fiscalizadores o de supervisión; en la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, en el artículo 25 se regula el delito de cohecho pasivo, cuyo autor sólo puede ser un funcionario o empleado de las instituciones contraloras o vigilantes de las operaciones de comercio exterior.

En la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, en el artículo 47 se prevé el delito de obstaculización al acceso a la justicia, en el que se dispone que autor del mismo únicamente puede ser el sujeto que ejerza una función pública; en igual sentido, el delito de favorecimiento al incumplimiento de los deberes de asistencia económica, regulado en el artículo 52 del mismo cuerpo legal, se deduce implícitamente que sólo puede ser cometido por aquellos sujetos obligados a informar ingresos de quienes deban cumplir con los deberes de asistencia económica.

De igual manera, en la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos y Conexos se prevé en el artículo 15 el ilícito penal de manipulación de registros, el cual, es un delito especial por cuanto sólo puede cometerse por aquellos sujetos que ostenten la calidad de administrador de las plataformas tecnológicas de instituciones públicas o privadas; cabe destacar que en el artículo 33 del referido cuerpo normativo, se prevé que los delitos informáticos contra niñas, niños y adolescentes con discapacidad se agravarán cuando en el autor concurren las calidades de funcionario, empleado público o municipal,

autoridad pública, agente de autoridad, o sea pariente de la víctima o encargado de su tutela, protección o vigilancia, entre otras cualificaciones.

5.3. LOS DELITOS ESPECIALES EN LA JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA

Al analizar la jurisprudencia de los tribunales con competencia en materia penal a partir de la reforma penal ocurrida en 1998, en particular la emanada de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y las Cámaras de Segunda Instancia, se puede verificar que no se ha profundizado en el abordaje de los delitos especiales, en el fundamento de éstos y en cuestiones de trascendental importancia como lo es la comunicabilidad de las calidades o cualificaciones entre los sujetos intervinientes en esta tipología delictiva.

En consonancia con lo anterior, en la jurisprudencia a penas se vislumbra la distinción entre delitos comunes y delitos especiales, así como entre los últimos y los delitos oficiales. Al respecto, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido lo siguiente:

“En relación con el fondo de la impugnación nos interesa la clasificación formulada por la doctrina según los sujetos activos que se mencionan en la descripción de la conducta prohibida contenida en el tipo penal. En ese sentido la ley penal normalmente se abstiene delimitar el círculo de eventuales sujetos activos del delito por medio de fórmulas de gran amplitud tales como ‘el que, quien’ u otras análogas. Pero existen delitos en los que se exige la concurrencia de determinadas cualidades personales en el sujeto activo, por ejemplo, en el caso que nos ocupa ser funcionario público, empleado público o agente de autoridad. A los primeros se les denomina ‘delitos comunes’

porque pueden ser cometidos por cualquier sujeto, ejemplos: homicidio, lesiones, estafa, etc., y a los segundos ‘delitos especiales’ ya que sólo los pueden realizar algunos sujetos, por ejemplo: Prevaricato, Exacción, Enriquecimiento Ilícito, etc.⁴⁴”.

Cabe señalar que dicho tribunal superior en materia penal, inicialmente y durante años manejó una terminología poco precisa y hasta confusa en su jurisprudencia al abordar delitos especiales en particular, pronunciándose en los siguientes términos:

“El delito de Actos Arbitrarios es de aquellos que en la doctrina se denomina delitos especiales propios, porque requiere para su configuración que el sujeto activo reúna determinadas cualidades, en este caso, ser el autor un funcionario público, empleado público o encargado de un servicio público⁴⁵”.

“En cuanto al primer elemento típico, por tratarse de un delito especial propio, éste se relaciona con las cualidades que debe reunir el sujeto activo para ser considerado autor del delito. De esa forma, el Código Penal determina que debe tratarse de un funcionario o empleado público con atribuciones para intervenir en cualquier clase de contrato, licitación, subasta, decisión o cualquier operación⁴⁶”.

Puede evidenciarse que el abordaje que realiza la Sala de lo Penal en torno a los delitos especiales, es meramente superficial, pues establece que la

⁴⁴ Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: C125-02 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002).

⁴⁵ Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 103C2018 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

⁴⁶ Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 153-CAS-2004 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

distinción entre aquéllos y los delitos comunes, atiende simplemente al criterio de los sujetos activos que se mencionan en la descripción legal –tipo-, sin hacer referencia alguna al fundamento que tiene el legislador para delimitar o restringir el círculo de sujetos activos en los tipos penales especiales.

Además, puede señalarse que la terminología utilizada por la Sala de lo Penal es poco precisa, porque refiere que los delitos especiales se caracterizan porque sólo pueden cometerse por determinados sujetos activos, concepto en el que se incluyen las categorías de autor, cómplice e incluso instigador; en tal sentido, se debería precisar que los delitos especiales en realidad se caracterizan porque en ellos opera una limitación de los sujetos que pueden ser autores, y no en general sujetos activos.

Asimismo, debe advertirse que en la conceptualización y distinción que realiza la Sala de lo Penal respecto de los delitos especiales, se deja de lado a los supuestos en los que la descripción legal no hace referencia expresa a una calidad específica del autor, esto es, cuando el tipo no concretiza el quién, pero de la misma conducta típica descrita se deduce que sólo puede ser cometido por determinados sujetos.

En jurisprudencia más reciente, la Sala de lo Penal ha comenzado a vislumbrar en su conceptualización de los delitos especiales el fundamento de la limitación o restricción del círculo de autores, afirmando que en esta clase de delitos el sujeto se encuentra en una posición especial –diferente al resto- en la sociedad y, precisamente por esa posición, el autor quebranta deberes especiales que le competen, destacándose que en el caso del delito de peculado se infringe un deber funcional. Así ha sostenido dicho tribunal superior:

“Según la infracción penal de peculado el sujeto activo no está referido a indeterminada persona, sino que éste tiene una especial calificación en virtud de su posición en la sociedad, y que para el caso lo constituyen los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público. De tal forma, sólo quien sea funcionario público y tenga, además, la vinculación funcional por razón del cargo con los fondos o efectos públicos deberá de estar en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionariales para efectos de imputarle la autoría de ese delito⁴⁷ⁿ.

De igual manera, las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia penal se han pronunciado respecto de los delitos especiales, estableciendo que en estos el tipo requiere la concurrencia de una cualidad especial en el autor; en tal sentido, pueden verse los siguientes pronunciamientos:

“Tomando en cuenta, el precepto descrito por la norma antes relacionada, es importante establecer que el delito de cohecho propio puede ser cometido -únicamente- por: a) funcionarios o empleados públicos; y b) por agentes de autoridad o autoridades públicas, convirtiéndose en un delito especial, en virtud de que el tipo penal requiere la concurrencia de una cualidad especial en el autor del mismo, es decir, que ostente un cargo de los mencionados por la ley, por lo que cualquier persona que desarrolle una función pública sin importar el cargo, puede cometer dicho ilícito⁴⁸ⁿ.

⁴⁷ Sala de lo Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 1C2017 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

⁴⁸ Cámara de la Tercera Sección del Centro, *Sentencia Definitiva*, Referencia P-126-PC-CPPV-2020 (El Salvador, 2020).

“Lo anterior implica que el Cohecho Propio requiere los elementos siguientes: (a) es un delito especial propio de naturaleza mixta, que únicamente puede ser cometido por el sujeto activo que reúna una de las cualidades siguientes: funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que se encuentre en el dominio del riesgo típico porque se encuentre dentro de la esfera de éste el dominio sobre el bien jurídico⁴⁹”.

6. EL DELITO DE PECULADO COMO DELITO ESPECIAL IMPROPIO

En la doctrina tradicionalmente se venía discutiendo la naturaleza del delito de Peculado, principalmente por dos elementos relevantes para la configuración del delito, como lo son el objeto material referido a los bienes, caudales o efectos públicos, y la condición del sujeto activo que es un funcionario, empleado público o encargado de un servicio público. Así para un sector minoritario, básicamente inexistente en la actualidad, este delito especial era de naturaleza patrimonial por cuanto afectaba el patrimonio público y respecto del cual operaba una agravación de la pena por la calidad del sujeto activo⁵⁰.

Para la mayoría de autores, en cambio, el delito de Peculado tenía una entidad propia y autónoma respecto de los delitos patrimoniales, caracterizándolo como un ilícito penal de funcionario contra la administración pública, en el que el bien jurídico protegido no es únicamente el patrimonio público, sino algo más, como el deber de fidelidad del funcionario o empleado público para con la Administración en el manejo de los fondos públicos⁵¹.

⁴⁹ Cámara Especializada de lo Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 280-APE-2019 (El Salvador, 2019).

⁵⁰ Francisco Moreno Carrasco et al, *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo 2 (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2005) 1066.

⁵¹ *Ibidem*.

En ese sentido, en la actualidad la doctrina dominante es de la opinión que el delito de Peculado reviste una naturaleza pluriofensiva, en el que se aluden como bien jurídico protegido la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, el patrimonio mismo y “*la fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios y a la satisfacción de los intereses generales*”⁵².

En cuanto a los sujetos que pueden ser autores del delito de Peculado, debe señalarse que el artículo 325 del Código Penal salvadoreño, expresamente limita la autoría para aquellas personas que ostentan la calidad de funcionario, empleado público o encargado de un servicio público, obviamente exigiéndose como condición que tengan a su cargo la administración o manejo de los bienes, caudales o efectos públicos apropiados.

Los conceptos de funcionario y empleado público se definen en el artículo 39 del Código Penal salvadoreño, haciendo alusión en ambos casos a servidores del Estado, de las instituciones oficiales autónomas u organismos descentralizados. La diferencia entre ambos se encuentra en que, mientras el funcionario se encuentra investido de la potestad de decidir lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos, el empleado público carece de dicha potestad, es decir, no tiene poder de decisión y actúa por orden o delegación del primero -superior jerárquico-.

En cuanto al sujeto “encargado de un servicio público”, debe aclararse que éste no se encuentra definido como tal en el Código Penal, siendo una categoría o figura que se caracteriza por su amplitud, que busca abarcar la

⁵² José González Cussac et al, *Esquemas de derecho penal parte especial*, Tomo VII (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010) 332.

mayoría de supuestos posibles en los que el sujeto participa en el ejercicio de una función pública y, en consecuencia, tiene acceso a los caudales o efectos públicos. Con la inclusión de dicha categoría, el Código Penal salvadoreño acoge la propuesta doctrinaria de que para efectos penales y de una mayor protección de los bienes jurídicos, el concepto de funcionario debe ser más amplio y menos formalista que el utilizado en el campo del Derecho Administrativo.

Efectivamente, se ha señalado en la dogmática jurídico-penal a propósito del delito de Peculado, que *“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, 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 ordenamientos⁵³”*.

De esta manera, el legislador salvadoreño con dicha categoría amplificadora buscó resguardar efectivamente la Administración Pública, el patrimonio público y los diversos bienes jurídicos tutelados en el tipo de Peculado,

⁵³ Nivaldo Brunoni, “Malversación y Peculado. Análisis comparativo entre las legislaciones españolas y brasileñas” (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2009), 141.

evitándose a la vez problemas de encuadramiento propios del Derecho Administrativo.

En cuanto a las conductas típicas del delito de Peculado, estas consisten en apropiarse⁵⁴ o dar ocasión a que otro se apropie del objeto material que puede consistir en dinero, valores, especies fiscales o municipales, cosas muebles, esto es, caudales o efectos públicos de cuya administración o manejo esté encargado el funcionario o empleado público. De esta manera, las conductas típicas pueden presentarse como acción o en comisión por omisión, esto es, ya sea porque el funcionario o empleado público se apropie o sustraiga los bienes públicos, o porque consienta o permita que otro los sustraiga o se apropie de ellos.

La conducta del funcionario o empleado consistente en la apropiación o sustracción de los caudales o efectos públicos debe ser con “*animus rem sibi habendi*”, y el dar ocasión o consentir que un tercero lleve a cabo dicha apropiación supone algo más que descuidar la vigilancia de los caudales, requiriéndose que funcionario o empleado esté conforme con la sustracción aun cuando no lo haya acordado con el tercero⁵⁵.

En ese sentido, la apropiación implica la incorporación definitiva de los bienes, caudales o efectos públicos al patrimonio del funcionario, empleado público, encargado del servicio o al de otra persona, pues de acuerdo a la estructura del tipo es indiferente que el sujeto cualificado busque favorecerse él o a un

⁵⁴ David Pavón Herradón, “El tipo básico de malversación como modalidad de corrupción pública”, en *Delitos contra la Administración Pública y Corrupción* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021) 137. Se establece que el peculado, aunque con un *nomen iuris* diferente, consiste en la gestión desleal del patrimonio público y/o apoderamiento indebido de bienes públicos, el cual es llevado a cabo por quien ostenta la función pública, quedando encuadrado entre los comportamientos que atentan contra la Administración.

⁵⁵ José González Cussac et al, *op. cit.*, 333.

tercero, siendo lo reprochable la acción de apartar definitivamente los bienes del fin público al que estaban destinados.

En la conducta omisiva, en cambio, al sujeto cualificado se le imputa responsabilidad en la apropiación ejecutada por un tercero, en razón de no haberlo evitado cuando estaba obligado a hacerlo, precisamente por su especial posición al tener tales bienes, caudales o efectos públicos a su cargo. Básicamente al funcionario o empleado público se le castiga por la infracción del deber, en cualquier forma que dicha infracción se presente, como conducta activa u omisiva.

El tratamiento igualitario que se le brinda al comportamiento activo y omisivo se ha justificado en que en ambos supuestos el patrimonio público, la confianza en el manejo honesto de los caudales públicos y el correcto funcionamiento de la Administración Pública, se ven igualmente lesionados. En otras palabras, aunque la lesión de los bienes jurídicos en el supuesto omisivo opera de forma indirecta a través de un extraneus, por ser el funcionario o empleado público garante al asumir la custodia del patrimonio público, el legislador considera la omisión con la misma gravedad que la conducta activa⁵⁶.

Si bien es cierto que respecto a la conducta omisiva, es indiferente que haya existido convenio o no entre el cualificado y el tercero, lo más frecuente será que exista y en todo caso la apropiación deberá ser objetivamente imputable al consentimiento del cualificado –funcionario, empleado público o encargado del servicio-. Precisamente al respecto se ha señalado en la doctrina:

⁵⁶ Nivaldo Brunoni, op. cit., 72.

“Por otro lado, ha de reconocerse que es casi inimaginable que un funcionario permita que alguien se apodere de efectos públicos a cargo del primero sin que exista un acuerdo entre ellos. Pero, aun en el improbable caso de que tal acuerdo no exista, el funcionario que consiente que la sustracción se verifique está realizando una acción propia del titular del bien, en la que está implícita el animus rem sibi habendi⁵⁷ⁿ .

En cuanto al objeto material del delito de Peculado, puede ser cualquier cosa que tenga valor económico y que pertenezca a la Administración Pública, lo que incluye dinero, valores, especies fiscales o cualquier otro bien mueble, de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado el sujeto cualificado. Debe aclararse que los bienes son públicos o pertenecen a la Administración Pública, desde que ésta tiene un derecho expectante sobre ellos, aunque todavía no hayan ingresado a las arcas públicas.

Los conceptos de caudales y efectos públicos han sido interpretados, tradicionalmente por la doctrina que se ha encargado del delito de Peculado, de manera muy amplia como capital, hacienda, patrimonio, fondo, cosa o bien de cualquier condición, fungible o no y susceptible de estimación económica, lo que abarca cualquier bien, incluyendo la fuerza de trabajo⁵⁸ contratada por la Administración Pública, los intereses devengados por los referidos caudales y efectos, los denominados fondos reservados, los vales de combustible suministrados por la Administración, los bienes de las sociedades mercantiles

⁵⁷ José González Cussac et al, *op. cit.*, 333.

⁵⁸ David Pavón Herradón, *op. cit.*, 156. Afirma el autor que dentro del objeto material de este delito quedarán incluidos *“tanto el metálico como toda clase de bienes muebles que tengan un valor económico apreciable, considerando también el valor de la mano de obra al servicio de la Administración Pública”*.

creadas por el Estado para la gestión de determinados servicios, entre otros similares⁵⁹.

Por lo demás, debe señalarse que en el tipo aparece un elemento subjetivo especial del injusto, al exigirse que el funcionario, empleado público o encargado del servicio público realicen la apropiación o consientan que otro la lleve a cabo, buscando un beneficio o ventaja patrimonial en el propio patrimonio o en el de otro, esto es, se exige ánimo de apartar definitivamente el objeto material del servicio público al que se encontraba destinado, lo que también se denomina “animus rem sibi habendi”.

6.1. SUPUESTOS DE PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE PECULADO

En líneas generales es viable enfatizar que el peculado, como delito especial de resultado, se caracteriza porque el legislador ha previsto que únicamente puede ser cometido a título de autor por servidores públicos –funcionario, empleado público o encargado de un servicio-, quienes incumplirían o subestimarían la función estatal encomendada infringiendo con ello su deber, es decir, incumpliendo el deber positivo⁶⁰ que les surge a partir de su relación con la Administración Pública.

Precisamente por ello, el peculado se delimita como delito especial, debido a que el mismo es cometido por el funcionario o servidor público, sin embargo,

⁵⁹ José González Cussac et al, *op. cit.*, 333.

⁶⁰ Javier Gomez- Trelles; Sanchez Vera, *Funcionalismo en Derecho Penal, Homenaje al profesor Gunther jakobs* (Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003), 479. Este artículo connota que el incumplimiento de los deberes se puede ejercer o verificar si actúa contra el deber encomendado siendo esto una acción, así mismo si no actúa para cumplirlo o no permitir que se ejecute, siendo esto una omisión.

la perpetración de este ilícito penal, si bien es cierto, requiere esa cualidad especial, por cuanto se configura a partir de la infracción del deber de lealtad y probidad, de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los fondos o bienes de la cosa pública⁶¹ por parte del servidor público, no resulta ajeno que en su función y para defraudar los caudales públicos, el cualificado se auxilie de un sujeto no cualificado –extraneus- o, que diere ocasión para que éste se apropie de tales bienes, caudales o efectos públicos.

De la misma redacción del artículo 325 del Código Penal salvadoreño, se derivan supuestos de participación del *extraneus* en el delito de Peculado, precisamente en la modalidad omisiva en la que el delito se configura a partir de que el funcionario o empleado público, dan lugar o consienten que otro sujeto –no cualificado- se apropie de los bienes, caudales o efectos públicos.

En ese sentido, en los supuestos en que se impute el delito de Peculado al sujeto cualificado bajo la modalidad de comisión por omisión, la conducta de apropiación o sustracción de los bienes públicos habrá sido realizada por un sujeto *extraneus*; por consiguiente, puede afirmarse que el mismo legislador ha admitido la posibilidad de intervención de los sujetos no cualificados en el delito de Peculado.

Al margen de lo anterior, también resulta importante abordar al sujeto *extraneus* que colabora, auxilia, ayuda o facilita al cualificado a perpetrar el delito de Peculado en perjuicio de la Administración Pública, es decir, la intervención del sujeto que sin reunir la calidad de funcionario, empleado público o encargado de un servicio público contribuye a la realización del

⁶¹ Vid. Ramiro Salinas Siccha, *Delitos contra la Administración Pública* (Lima:Centro de Estudios Penales, 2013), 366.

peculado, ya que, su intervención demanda un análisis detallado, debido a que el mismo se concibe como un extranei que se vincula al intranei⁶², para la consumación o ejecución del ilícito que afecta a la cosa pública.

Para delimitar, la actuación, colaboración o participación del extraneus sin ánimo de caer en un yerro conceptual, en el delito de malversación de fondos, tipificado en la norma penal salvadoreña como peculado, es necesario enfatizar que, el delito objeto de estudio, se afecta la administración pública, sin embargo, el punto focal, para delimitar la responsabilidad del sujeto no cualificado en un delito especial propio como el peculado, se debe hacer bajo el análisis de dos teorías, entre esta se tiene la teoría de la ruptura y la teoría de unidad.

En el delito de peculado, el agente externo o tercero interviniente, constituye un extranei, sin embargo para la teoría de la ruptura, no se le puede concebir como autor participe en dicho delito especial, ya que, la norma penal, demanda la imputación a un sujeto específico, entiéndase servidor público, y en atención que el derecho penal se rige por el principio de legalidad⁶³, el mismo demita el contrapeso, para imputar el tipo penal de peculado, al extranei, sin embargo, existe un repudio a dicho argumento porque, dicha postura o adopción implica imputar al extranei un hecho delictivo de naturaleza común o residual, en consecuencia el iter criminal que conllevó a facilitar la apropiación de fondos

⁶² Alexander Diaz Fustamante, "La imputacion en el Delito de Peculado" (Peru, Tesis de Maestria en Derecho Publico, Universidad de Puria, 2017), 36. Para este autor el tema de la uatoria y participacion se compleca en auellos casos en los cuales un trecero no cualificado (extraneus), interviene en la configuracion de un hecho delictivo qu esta estructurado sobre la base de una dterminada calidad especial exigida para ser destinatario de la norma subyacente al tipo penal.

⁶³ En ese sentido véase: Miguel Reyna Alfaro "Desarrollos jurisprudenciales en la lucha contra la corrupción", en Miguel Reyna Alfaro, Comentarios a la Legislación Anticorrupción (Lima, Peru, Jurista, 2002).

públicos para el sujeto no cualificado -extranei-, quedaría impune, ya que su responsabilidad no podría encajarse como autor o cómplice⁶⁴.

Esta teoría respecto al peculado o malversación de fondos públicos, enmarca, en efecto una manifestación de voluntad de un sujeto no cualificado por el tipo penal, como indiferente, estableciéndose con la conducta del *intraneus* como exclusiva e incommunicable al *extraneus*, por el hecho de no concebirse al mismo como servidor de la cosa pública⁶⁵.

Resulta importante abordar el planteamiento de la teoría de la unidad, ya que esta pone en relieve lo relativo a la cualificación del sujeto, ya que la norma penal que tipifica el peculado como delito especial impropio, connota que, la ayuda, auxilio o colaboración, implica la comunicabilidad del hecho o acción, constituyendo en estricto sentido, esta teoría de unidad un planteamiento indivisible a la variable de la comunicabilidad, y la responsabilidad del *extranei* estaría supeditada a la regulación de complicidad, derivada de la sistematización de la norma penal en relación precepto del tipo penal de peculado⁶⁶.

⁶⁴ Alexander Díaz Fustamante, "La imputación en el Delito de Peculado", op. cit., 36. Par este autor 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 calidad especial exigida para ser destinatario de la norma penal subyacente al tipo penal; en el mismo sentido: vid. Carlos Pinedo Sandoval, Problemas de Intervención Delictiva en los delitos contra la administración pública: VII congreso nacional de Derecho Penal y Criminología (Huacho Perú: Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, 2010) 18.

⁶⁵ Carlos Pinedo Sandoval, Problemas de Intervención Delictiva en los delitos contra la administración pública...*ibidem*. 18

⁶⁶ En este sentido véase: Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2005) 215. De acuerdo con el principio de unidad e indivisibilidad del título de imputación el delito de Peculado cometido por el *intraneus*, comunica accesoriamente la conducta realizada al *extraneus*, siendo castigado por el mismo título del delito de Peculado.

El planteamiento anterior se deduce de planteamiento doctrinales, que consideran que, la norma penal, subyace, es decir constituye la base, para imputar a un sujeto no cualificado por la descripción del tipo peculado, esto deduce que se demita que implícitamente se encuentra tipificada la conducta del extranei, ya que, la administración pública, perpetua ejecución y cumplimiento de los fines del estado, es decir, su actividad se debe dirigir al administrado, siendo esto un bien jurídico abstracto, porque la malversación de fondos públicos o caudales limita la consecución de fines del estado, es decir limitaría fondos para el desarrollo de actividades de convivencia social y para el desarrollo del estado.

En ese sentido, es viable destacar que la teoría de la unidad, busca consagrar definitivamente la característica de accesoriedad de la participación, supeditada al delito real, por ello, esta teoría es la más aceptada por la doctrina, debido a que, permite sancionar al *intranei* y al *extranei*, no dejando cabida para la impunidad, por ello, puede afirmarse que a nivel doctrinal los particulares, terceros no cualificados en el tipo penal que colaboran con el servidor público, que se apropia de fondos públicos o vinculados funcionalmente con fondos del Estado responderán a título de complicidad del delito de peculado, sin embargo, este tema a nivel jurisprudencial en El Salvador es confuso. Existen criterios jurisprudenciales que permiten concebir que el extranei, puede ser responsable únicamente como cómplice en el delito de Peculado, así se tiene *la sentencia Definitiva de la Sala de lo Penal, Sentencia, marcada con la Referencia: 1C2017 del año dos mil diecisiete*, en la que se establece:

“La infracción penal de peculado el sujeto activo no está referido a indeterminada persona, sino que éste tiene una especial calificación en virtud de su posición en la sociedad, y que para el caso lo constituyen los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de

un servicio público. De tal forma, sólo quien sea funcionario público y tenga, además, la vinculación funcional por razón del cargo con los fondos o efectos públicos deberá de estar en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionariales para efectos de imputarle la autoría de ese delito”.

En ese contexto, de la lectura del criterio jurisprudencial puede señalarse, que, para la Sala de lo Penal, el extraneus no siendo un servidor público por no estar vinculado funcionalmente con la administración de fondos públicos, dicho sujeto no cualificado debe entenderse como el tercero que concurre en la apropiación en la modalidad omisiva del funcionario o empleado público⁶⁷.

6.2. EL DELITO DE PECULADO Y LA CORRUPCIÓN EN GENERAL COMO OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

No es para nada extraño que en los tratados y manuales de Derecho Penal Económico, se aborde la corrupción y en particular los delitos relacionados con la apropiación o malversación de los caudales o efectos públicos con particular

⁶⁷ De igual manera las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia penal se han pronunciado respecto de los delitos especiales, estableciendo que en estos el tipo requiere la concurrencia de una cualidad especial en el autor en tal sentido, pueden verse los siguientes pronunciamientos: Cámara de la Tercera Sección del Centro, *Sentencia Definitiva*, Referencia P-126-PC-CPPV-2020 (El Salvador, 2020). “*Tomando en cuenta, el precepto descrito por la norma antes relacionada, es importante establecer que el delito de cohecho propio puede ser cometido -únicamente- por: a) funcionarios o empleados públicos; y b) por agentes de autoridad o autoridades públicas, convirtiéndose en un delito especial, en virtud de que el tipo penal requiere la concurrencia de una cualidad especial en el autor del mismo, es decir, que ostente un cargo de los mencionados por la ley, por lo que cualquier persona que desarrolle una función pública sin importar el cargo, puede cometer dicho ilícito; Cámara Especializada de lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 280-APE-2019 (El Salvador, 2019). “Lo anterior implica que el Cohecho Propio requiere los elementos siguientes: (a) es un delito especial propio de naturaleza mixta, que únicamente puede ser cometido por el sujeto activo que reúna una de las cualidades siguientes: funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que se encuentre el dominio del riesgo típico porque se encuentre dentro de la esfera de éste el dominio sobre el bien jurídico*

interés ⁶⁸. Principalmente en los últimos años, tras la apertura de múltiples procesos penales contra altos funcionarios de la Administración Pública en diferentes países de nuestro entorno cultural, en los que se han visto involucrados empresarios, sociedades mercantiles e inclusive compañías multinacionales, han acrecentado el interés por el estudio de estos delitos en el ámbito del Derecho Penal Económico.

Pero además, el interés por el estudio de los delitos relativos a la corrupción respecto de los cuales el peculado y la malversación de caudales públicos son emblemáticos, surge por las consecuencias o efectos negativos que aquella tiene para la sociedad, entre las cuales encontramos: a) se distorsionan los procedimientos democráticos y los cauces ordinarios de toma de decisiones, éstas básicamente se toman sin considerar el interés general sino intereses privados, por lo que el sistema político pierde legitimidad; b) se distorsionan las relaciones comerciales y se crean nuevas barreras, afectando la libre competencia; c) se eleva artificialmente los precios de mercado, por cuanto los factores coste-beneficio y calidad-precio no son considerados en los proyectos de inversión; d) se lastra el desarrollo de los países; e) se desincentiva la inversión, se aumenta la deuda pública y la pobreza, entre otras⁶⁹.

A nivel internacional, casos como el de la compañía constructora Odebrecht involucrada en los escándalos de corrupción en Brasil, Perú y otros países de la región, que evidencian sobornos o pago de dadas a políticos y funcionarios, apropiación de fondos públicos, lavado de dinero, cuestiones de encarecimiento de la obras públicas en virtud de que las concesiones a las

⁶⁸ Nieves Sanz Mulas, “El delito de malversación de caudales”, en *Tratado de Derecho Penal Económico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019) 2075 y siguientes.

⁶⁹ Fernando Navarro García, *Responsabilidad Social Corporativa: teoría y práctica* (Madrid: ESIC Editorial, 2012) 301-306.

compañías eran el resultado de los sobornos⁷⁰, hacen que el Derecho Penal Económico vuelva su mirada a los delitos de corrupción.

En nuestro país, casos como el denominado CEL-ENEL en el que se vieron involucrados un ex ministro de economía y siete ex directivos de la autónoma Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Rio Lempa –CEL-, a quienes se les imputó la comisión del delito de Peculado, en el que se vio involucrada la compañía italiana Enel Green Power S.P.A., denotan la importancia del estudio y análisis del delito de Peculado, principalmente en los supuestos en los que *extraneus* intervienen en la ejecución de dicho ilícito penal.

De igual manera, casos que involucran a ex presidentes de la República, alcaldes y miembros de consejos municipales, entre otros funcionarios, en los que se imputan delitos de Peculado, Lavado de Dinero y otros ilícitos penales vinculados a la corrupción, y en los que se han visto involucrados particulares *extraneus*, denotan la importancia del estudio de la problemática de la intervención del sujeto no cualificado en los delitos especiales y, en particular, en el delito de peculado.

Como se sabe, el derecho penal económico pretende proteger, conminando con regulaciones y tipificaciones bienes jurídicos abstractos, pero que, afectan a la sociedad en general, ya que, su objeto abarca el orden socioeconómico

⁷⁰ Eduardo Salcedo-Albaran y Guillermo Macias Fernandez, *Macrocorrupción y cooptación institucional: la red criminal "lava Jato"* (Independently Published, 2018) 25. Se establece que el caso judicial popularmente conocido como "Lava Jato" no es otro escándalo de corrupción en el que billones de dólares de recursos públicos fueron desviados y apropiados ilegalmente por algunos individuos poderosos; es una red sistémica y transnacional de corrupción que cooptó destacadas instituciones brasileñas para satisfacer intereses exclusivos. Por tanto, "Lava Jato" es definido como una red de macrocorrupción y cooptación institucional; un intrincado sistema, planeado y establecido por partidos políticos y políticos, servidores públicos de alto nivel y entidades públicas, y compañías privadas y empresarios, para desviar "lavar" elevadas cantidades de recursos públicos en favor de poderosos intereses privados.

del Estado y el sistema de producción, distribución y accesibilidad de la población en general a bienes y servicios, en ese sentido al hacer referencia a la malversación de fondos y la vinculación de un tercero no cualificado, conllevaría a la afectación del cumplimiento de los fines del Estado, es decir, atender la necesidades de la población en general por la extracción de los fondos públicos.

Además de dicha situación, es decir, la intervención del *extranei* en delitos como el Peculado, determinaría actos de corrupción en la administración pública, ocultamiento de capitales y consecuentemente lavado de dinero, así como enriquecimiento ilícito afectando con ello, el orden socio económico, debido a la inflación de bienes y servicios, limitándose así la libertad de empresa y la libre competencia, las cuales constituyen variables del orden socioeconómico.

CAPÍTULO II
LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO SALVADOREÑO

1. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de El Salvador al igual que ocurre con la mayoría de legislaciones penales de los países de Iberoamérica, regula en su parte general las categorías de la autoría y participación en el delito como títulos de imputación. En la regulación es posible encontrar una concepción doctrinaria acerca de la autoría, esto es, un concepto de autor.

Por consiguiente, el estudio de estas categorías dogmáticas de la teoría del delito, necesariamente exigen que se aborden preliminarmente las principales consideraciones científico-penales formuladas en la doctrina, para determinar quién es autor del injusto penal y quién tan sólo es partícipe, esto es, definir quién ocupa el lugar preeminente en suceso criminal y, en consecuencia, es la figura central, para luego determinar quién únicamente contribuye a un hecho delictivo ajeno.

Esa situación obedece a que, se debe delimitar si el sujeto no cualificado en delitos especiales y en específico en el peculado es responsable penalmente y la categoría de responsabilidad que adquiriría, ya que, la intervención del extraneus en delitos como el peculado, tiene connotaciones en actos de corrupción estatal de la administración pública, situación que permitiría el ocultamiento de capitales y consecuentemente lavado de dinero y el enriquecimiento ilícito afectando con ello, el orden socioeconómico, debido a

la inflación de bienes y servicios, limitando con ello la libertad de empresa y la libre competencia, las cuales constituyen variables del orden socioeconómico.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE AUTOR DEL DELITO

La evolución histórica del concepto de autor del delito está unida a la evolución misma de la ciencia del Derecho Penal y, más específicamente, al desarrollo de la dogmática de la teoría del delito. En ese sentido, el concepto de autor y los criterios para distinguir éste y el partícipe se han venido perfeccionando, al igual que ha ocurrido con el resto de las categorías dogmáticas de la teoría del delito, en la medida que se ha venido desarrollando la discusión teórica en el seno de los modelos causalista –en sus fases clásica y neokantiana-, finalista y funcionalista⁷¹.

Precisamente por lo anterior, los primeros conceptos de autor que se formularon en el remoto sistema o modelo causalista de la teoría del delito, tenían una fuerte influencia positiva naturalista, desarrollándose las categorías y conceptos con ideas propias de las ciencias naturales, reduciéndose de esa manera “*los fenómenos jurídicos a meros cursos causales y a concatenaciones causales de diversas clases*”⁷².

Es así que, el primer concepto de autor del delito denominado “unitario”, como se expondrá a continuación, no distinguía entre los diferentes intervinientes en

⁷¹ Vid. Antonio Zárate Conde y Eleuterio González Campo, *Derecho Penal Parte General* (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2019) 41-52. Los autores resumen la evolución histórica de las categorías dogmáticas de la teoría del delito a través de los diferentes modelos o sistemas.

⁷² André Scheller D'angelo, “Caracterización de modelos empresariales intermedios con fines criminales «MEC»”. En *Terrorismo, delincuencia organizada y justicia transicional: Reflexiones y propuestas penales desde la Universidad de Salamanca*, coordinadora Nuria Matellanes Rodríguez (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2020) 158.

el hecho, esto es, entre autores o partícipes, puesto que desde una visión positiva y naturalista todos los que intervenían en el suceso delictivo aportaban a la acusación del resultado típico y, en consecuencia, son considerados autores.

2.1. EL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

En la dogmática jurídico-penal, se ha señalado que los orígenes del concepto unitario de autor se encuentra rastreando a autores como Schirach y Stübel, quienes eran partidarios de la teoría de la equivalencia de las condiciones⁷³ y postulaban que la lesión al derecho constitutiva del delito es una consecuencia del actuar conjunto⁷⁴.

Cabe aclarar ante todo, que debido a la similitud que existe entre el concepto unitario y el concepto extensivo de autor, algunos autores no los diferencian y suelen hablar indistintamente de “concepto unitario o extensivo de autor”⁷⁵; sin embargo, la doctrina mayoritaria realiza una distinción entre ambos conceptos.

Así se afirma que el concepto unitario de autor, parte de la no distinción entre autores o partícipes, pues en función de la teoría de la equivalencia de las condiciones, todos los que intervienen en el delito prestan una contribución causal al hecho de idéntico valor, por consiguiente, todos los que toman parte en el suceso criminal son autores independientemente de la trascendencia del

⁷³ Según la teoría de la equivalencia de las condiciones “causa” es toda condición de un resultado que no puede suprimirse mentalmente sin que desaparezca el resultado en su forma concreta, por lo que, en general, todas las condiciones del resultado se consideran equivalentes, esto es, de igual valor. Al respecto *vid.* Gianni Egidio Piva Torres, *Teoría del delito y el Estado Social y Democrático de Derecho* (Barcelona: JB Bosch Editor, 2019) 120.

⁷⁴ André Scheller D'angelo, *op. cit.*, 158.

⁷⁵ Hugo Mario Sierra y Alejandro Salvador Cántaro, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Edi Uns, 2005) 280.

aporte⁷⁶. En tal sentido, el emblemático penalista exponente del sistema causalista Franz von Liszt afirmaba:

“Del concepto de causa se deriva que cualquiera que, al aportar una condición del resultado producido, participa en éste, ha causado el resultado; que como todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado”⁷⁷.

Por otra parte, desde esta concepción resulta obvio que desaparecen totalmente los problemas de la accesoriedad, pues al revestir todos los aportes la misma importancia, no existe uno principal. Asimismo, debido a que todo interviniente que ha realizado una prestación causal para la realización del tipo penal es autor, no se establecen ni siquiera criterios de distinción para efectos de lograr una aplicación diferenciada de la pena, en atención a la magnitud o significado del aporte.

Por las consecuencias a que conducía este concepto de autor del delito, ha sido duramente criticado y es el que ha tenido menor aceptación doctrinal⁷⁸, ya que se estima que no es legítimo considerar autores a quienes realizan aportes insignificantes o poco relevantes al hecho; por otra parte, el concepto

⁷⁶ Raúl Guillermo López Camelo y Gabriel Darío Jarque, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Edi Uns, 2004) 293; José Eduardo Sáinz Cantero Caparrós, *La codelinquencia en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2001) 18; Marco Antonio Terragni, “Autoría e intervención del tercero en el delito culposo”. En *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin* (Córdoba: Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 2001) p. 449.

⁷⁷ André Scheller D'angelo, op. cit., 158.

⁷⁸ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 599. Afirma el jurista que el derecho positivo español y según el parecer doctrinal, se hace imposible la aceptación de este concepto de autor, que “además, en el plano político criminal supone un incremento desmedido de la represión, amén de una igualación del tratamiento jurídico de conductas diferentes entre sí”.

unitario de autor haría que pierdan sentido las categorías de la instigación y la cooperación, que en todo caso estarían destinadas a desaparecer, lo que implicaría negar o forzar la realidad.

2.2. EL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR

El denominado concepto extensivo de autor surge con el advenimiento del neokantismo y las ciencias culturales, específicamente con la filosofía de los valores que tuvo como consecuencia que en los años veinte del siglo pasado en Alemania, se comenzara a distinguir entre el conocimiento naturalístico causal y los valores provenientes de la disposición del ser humano, lo que dio paso a que, en el campo de las ciencias jurídicas, se formularan y emplearan conceptos valorativos⁷⁹.

El concepto extensivo de autor parte de la misma premisa que el concepto unitario, esto es, de la idea central desarrollada por la teoría de la equivalencia de las condiciones, afirmando que autor es todo aquel que coopera en la comisión del delito poniendo una condición para su comisión. Siguiendo a Enrique Bacigalupo, de acuerdo con este concepto *“tanto desde la perspectiva de la causación del resultado como desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico, toda aportación será básicamente equivalente y, por lo tanto, fundamentadora de autoría”*⁸⁰.

Pero a diferencia del concepto unitario, en esta concepción será autor todo aquel que contribuya o coopere causalmente a la comisión del delito siempre que no sea inductor o cómplice, es decir, siempre y cuando no esté

⁷⁹ André Scheller D'angelo, op. cit., 158.

⁸⁰ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999) 488.

comprendido en alguna de las categorías de participación expresamente reguladas en la ley⁸¹.

MIRÓ LLINARES resume ilustrativamente la diferencia entre el concepto unitario y extensivo de autor, indicando que en el primero “*todos los que participan causalmente en el delito son autores del mismo*”, en cambio de acuerdo al segundo, “*todo interviniente es autor, aunque se distinga entre las distintas formas de intervención conforme al Código Penal*”⁸².

Como puede advertirse el concepto extensivo de autor, reconoce que las normas establecen diferenciaciones entre las distintas conductas de los intervinientes en el hecho delictivo, y con ello se acepta, que el derecho positivo limita o restringe la punibilidad, es decir, que existen diferenciaciones en la aplicación de las sanciones, mereciendo la aportación de los partícipes una atenuación de pena.

Al establecerse por el legislador formas distintas de intervención en el delito, como la inducción o complicidad, éstas salen del ámbito de la autoría y entran en el de la participación⁸³. En otras palabras, las disposiciones legales que regulan y punen las formas de participación son causas de restricción de la pena, en el sentido que sobre la base de dichas disposiciones se impone a un

⁸¹ José Cerezo Mir, *Derecho Penal. Parte General* (Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2008) 929-930.

⁸² Fernando Miró Llinares, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito* (Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2009) 39.

⁸³ André Scheller D'angelo, op. cit., 159. Señala el autor que según esta concepción “*el hecho de que la ley diferencie entre autores y partícipes es lo que obliga a establecer las diferentes formas de intervención, que de no estar normativamente descritas el tratamiento para todos los intervinientes se establecería como si fueran autores*”.

sujeto que en realidad es autor -porque ha aportado o contribuido con una condición al hecho- la pena de un cómplice⁸⁴.

De estas circunstancias deriva la denominación de concepto extensivo, pues se consideran autores todos aquellos que cooperan en la realización del tipo siempre que no sean -de acuerdo a la ley- partícipes, esto es, la categoría de autor se extiende a todos aquellos que jurídicamente no reciban otra calificación.

El concepto extensivo de autor surge para justificar la denominada autoría mediata, o más bien, para solventar los problemas que presentaban las hipótesis de la autoría mediata, ya que con este concepto, en ausencia de descripción normativa toda conducta de participación se considera conducta de autoría. A diferencia del concepto unitario, este no ha sido absolutamente rechazado, de manera que algunos autores leen en sus ordenamientos jurídicos respectivos un concepto extensivo de autor⁸⁵.

Sin embargo, esta concepción no está exenta de críticas, siendo quizás la principal: que dicho concepto tropieza con dificultades en los delitos especiales que sólo pueden ser realizados por personas que reúnen determinadas cualidades o características, y en los delitos de propia mano, en los cuales sólo puede ser autor el que realice la conducta típica personalmente⁸⁶.

2.3. EL CONCEPTO RESTRINGIDO O RESTRICTIVO DE AUTOR

⁸⁴ José Cerezo Mir, op. cit., 930; Cfr. Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 488.

⁸⁵ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 489.

⁸⁶ José Cerezo Mir, op. cit., 930.

El concepto restrictivo de autor del delito surge una vez que ha sido superado, en la dogmática jurídico-penal, el modelo o sistema causalista en su versión neokantiana, dando paso al finalismo que propugnó la idea que *“los conceptos jurídicos no son configuraciones metodológicas de un material amorfo sino descripciones de un ser configurado ópticamente”*⁸⁷.

Es en este contexto de evolución histórica de la teoría del delito, que se proponen y desarrollan los presupuestos más importantes del concepto restrictivo de autor, siendo el que se impone actualmente en la doctrina dominante⁸⁸, teniendo como premisa la diferencia objetiva entre la autoría y las formas de participación accesorias⁸⁹.

Para este concepto, el tipo sólo abarca al autor en sentido estricto, es decir, al que realiza una acción ejecutiva o al que tiene el dominio del hecho, según las distintas opiniones o formulaciones teóricas. A diferencia del concepto extensivo de autor, desde esta perspectiva los preceptos que punen la inducción y la complicidad no son causas de restricción o limitación de la pena, sino causas de extensión de la misma. Lo que quiere decir, siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG, que si no estuviesen esos preceptos legales *“las conductas de los inductores y auxiliares serían impunes, ya que ellas no son típicas en el sentido de las definiciones de delitos de la parte especial”*⁹⁰.

⁸⁷ André Scheller D'angelo, op. cit., 160.

⁸⁸ Jaime Lombana Villalba, *Injuria, calumnia y medios de comunicación* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009) 195. Afirma el autor que el concepto más defendido por la doctrina y la jurisprudencia es el concepto restrictivo de autor.

⁸⁹ *Vid.* en este sentido José Eduardo Sáinz Cantero Caparrós, op. cit., 18-21.

⁹⁰ Enrique Gimbernat Ordeig, op. cit., 189.

El enunciado básico de esta concepción es según las variantes: “*autor es sólo el que realiza la acción descrita en el tipo de la parte especial*⁹¹” o “*aquel cuya actividad es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial*⁹²”, los demás partícipes que realizan actos atípicos son sancionados penalmente por así disponerlo el legislador, en función de causas de extensión de la responsabilidad, es decir, disposiciones legales que regulan la participación⁹³.

Para CEREZO MIR, conforme a este concepto, autor es el que realiza la acción típica o alguno de sus elementos, con lo que se supera la crítica realizada al concepto extensivo, por ejemplo, “*en el delito de agresión sexual del artículo 178 [disposición española] será no sólo autor el que abusa sexualmente de la víctima, sino también el que emplee la fuerza o la intimidación sobre ella*⁹⁴”.

Por otra parte, la críticas que se realizaron a esta concepción, afirmando que este concepto no comprende o no puede explicar los supuestos de autoría mediata, no tiene cabida en la actualidad, pues en la doctrina moderna el concepto restrictivo o restringido se complementa con criterios materiales, según los cuales, autor será -además del que realiza la acción típica- el que tenga dominio del hecho; de esta forma, se resume el concepto de autor de manera ecléctica, combinando el concepto objetivo formal con el material, que siguiendo a CEREZO MIR significa: “*autor es el que realiza la acción típica aunque no tenga el dominio del hecho y el que tenga el dominio del hecho*”.

⁹¹ Glenda Lagos Chandía, “La inducción” (*Tesina de Maestría*, Universidad de Sevilla, 2012) 12.

⁹² Manuel Gómez Tomillo, *Comentarios al Código Penal* (Valladolid: Lex Nova, 2010) 239.

⁹³ André Scheller D'angelo, op. cit., 160. Afirma el autor que “*los preceptos sobre participación en sentido estricto son causas de extensión de la punibilidad (en sentido amplio) son causas de extensión de lo típico*”.

⁹⁴ José Cerezo Mir, op. cit., 929.

*aunque no realice la acción típica*⁹⁵. En ese sentido se afirma, que el autor mediato no realiza la acción típica, pero tiene dominio del hecho.

De esta manera, el concepto restrictivo de autor se impone en la doctrina con algunos matices propios de cada jurista⁹⁶. Como se ha señalado dentro del concepto restrictivo de autor se han formulado diferentes teorías que buscan explicar o determinar cuándo existe una contribución de autor y cuándo una de partícipe.

Para la teoría objetivo formal, lo decisivo es la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos previstos expresamente en el tipo legal⁹⁷, concepción aún dominante en España, aunque como ya se indicó, con matizaciones que incluyen criterios de la teoría objetivo-material. Para la teoría objetivo-material, es autor el sujeto que aporte la contribución objetivamente más importante.

Para la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho⁹⁸, del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final del hecho, opinión aún dominante en Alemania; las consecuencias de la teoría del dominio del hecho son las siguientes: a) siempre es autor quien

⁹⁵ José Cerezo Mir, op. cit., p. 934.

⁹⁶ Vid. Santiago Mir Puig, op. cit., 370; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002) 446-449; José Cerezo Mir, op. cit., 933-934; Enrique Gimbernat Ordeig, op. cit., 188-193; Manuel Gómez Tomillo, op. cit., 238-239; Fernando Miró Llinares, op. cit., 39-40; Adolf Merkel, *Derecho Penal. Parte General* (Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2004) 140-144; Udo Ebert, *Derecho Penal. Parte General* (México D. F., Editorial de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005) 229; Hugo Mario Sierra y Alejandro Salvador Cántaro, op. cit., 280-281; Raúl Guillermo López Camelo y Gabriel Darío Jarque, op. cit., 295; Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997) 233.

⁹⁷ Vid. Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito* (Bogotá: Temis, 2005) 155. Sosteniendo que conforme a esta teoría autor es el que realiza algún acto ejecutivo del delito, siendo este criterio insuficiente para fundamentar la autoría mediata y la comisión del delito desde un aparato organizado de poder.

⁹⁸ Idem.

ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo; b) es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento -autoría mediata-; y c) es coautor el que realiza o ejecuta una parte esencial del plan global, esto es, quien tiene dominio funcional del hecho, aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero interviene en todo caso de la común resolución delictiva⁹⁹.

Por otra parte, es necesario enfatizar que según algunos autores dentro de los que destaca Claus Roxin, estos criterios bajo los cuales se lleva a cabo la distinción entre autor y partícipe desde el concepto restrictivo, no es aplicable a los delitos de infracción de deber, donde la diferenciación se lleva a cabo en atención a si en el interviniente concurre o no el deber especial extrapenal; si hubo intervención con infracción de deber especial se habla de autoría, en cambio, si hubo intervención sin infracción de deber especial se habla de participación¹⁰⁰, cuestión que será abordada *infra*.

2.4. DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE LOS DIVERSOS CONCEPTOS DE AUTOR

Tanto el concepto unitario como el extensivo de autor se engloban en lo que en la doctrina se conoce como sistemas unitarios; en cambio, las diferentes variantes que se dan en el concepto restrictivo o restringido quedan comprendidas en lo que se conoce como sistemas diferenciadores¹⁰¹. En

⁹⁹ Santiago Mir Puig, op. cit., 370-374.

¹⁰⁰ Claus Roxin, op. cit., 385-413.

¹⁰¹ Sobre las diferencias entre los mencionados conceptos de autor y el sistema al cual se adscriben *vid.* German Guillén López, "Autoría y participación en el tráfico de drogas (Art. 368 CP)". En *Universitas vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero* (Salamanca: Editorial Universidad de Salamanca, 2007) 303-305; Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995* (Madrid: Dykinson, 2007) 99-116; Enrique del Castillo Codes, *La imprudencia: autoría y participación* (Madrid:

términos generales, en el primero de los sistemas se afirma la autonomía de la responsabilidad penal de todos los intervinientes en un delito; por el contrario, en el segundo sistema, se distingue entre sujetos principales y secundarios, lo que conlleva a asumir que no existe participación en sí, sino sólo participación en el hecho de otro, es decir, que el interviniente secundario –partícipe- será responsable penalmente por su intervención en el hecho de otro sujeto principal denominado autor.

Las dos versiones que se dan en el sistema unitario, esto es, los conceptos unitario y extensivo presentan dos características fundamentales que las distinguen de las versiones del sistema diferenciador: por un lado, coinciden en realizar una interpretación extensiva del tipo, de forma que se considera directamente típica cualquier conducta de intervención causal y/o imputable en el delito; y por otro, ambas versiones tienen en común la renuncia a la distinción entre intervinientes principales y accesorios, es decir, que ambas versiones rechazan el principio de accesoriedad de unas conductas respecto de otras, adoptando un principio de responsabilidad autónoma y en plano de igualdad de todos los intervinientes en el hecho punible¹⁰².

Por el contrario, las versiones del sistema diferenciador se basan en el principio de accesoriedad para distinguir entre intervinientes secundarios/accesorios –partícipes- e intervinientes principales –autores-; los últimos derivan su punibilidad de la adecuación de su conducta al tipo penal,

Dykinson, 2007) 229; Cfr. Ambrosio Michel, *Defraudación fiscal* (México D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008) 83. Este último entiende que el concepto extensivo de autor se ubica dentro de los sistemas diferenciadores y no dentro del sistema unitario.

¹⁰² María Carmen López Peregrín, *La complicidad en el delito* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997), 47.

en cambio, los primeros derivan su punibilidad no de la directa tipicidad de su conducta, sino del favorecimiento del hecho típico realizado por los autores¹⁰³.

En tal sentido, mientras las versiones del sistema unitario renuncian a la idea de la accesoriedad, las diferentes concepciones del sistema diferenciador tienen como pilar fundamental el principio de accesoriedad y, es precisamente por ello, que en la doctrina tienen preferencia, *“dado que producen un recorte en lo típico bastante preciso y, por ello, se adapta con mayor precisión a un Estado de Derecho”*¹⁰⁴.

2.5. TEORÍAS DIFERENCIADORAS DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

En el sistema diferenciador se engloban las diferentes teorías o concepciones doctrinarias que no aceptan la equiparación entre todos los intervinientes en el delito y que, por consiguiente, tienen como propósito establecer criterios para decidir quién ha de ser autor para, por exclusión, relegar a los demás intervinientes a la condición de partícipes¹⁰⁵.

Así las diversas concepciones teóricas diferenciadoras buscan responder a la pregunta *¿quién es autor y quién es partícipe?*, partiendo básicamente del mismo punto: autor es el que ha ejecutado la acción típica. Sin embargo, como afirma Enrique Bacigalupo las respuestas a dicha interrogante no son

¹⁰³ Vid. Enrique del Castillo Codes, op. cit., 27. Quien afirma que mientras el autor ejerce *“un rol de gobierno decisivo en el desarrollo del hecho, decidiendo sobre el sí y el cómo del mismo”*, el partícipe *“es una figura marginal del suceso, cuya actuación se limita a la determinación o favorecimiento del hecho principal ajeno”*.

¹⁰⁴ André Scheller D'angelo, op. cit., 160-161.

¹⁰⁵ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 600.

coincidentes, puesto que difieren en lo que se debe considerar realización o ejecución de la acción típica.

“Las diferencias son tan notorias en este aspecto que mientras unos piensan que el autor debe realizar la acción que describe el tipo penal, otros piensan que ello no es necesario y que puede ser autor quien no haya realizado la acción descrita en el tipo (así la teoría subjetiva)¹⁰⁶”.

Ahora bien, las diferencias que en estas concepciones teóricas se formulan entre el autor y el partícipe, no son sólo de conceptualización de las conductas realizadas por cada uno de ellos, sino más profundas: *“el autor realiza un tipo de delito descrito en la ley expresamente, y el partícipe no; podrá haber autor sin partícipe, pero no partícipe sin autor¹⁰⁷”*. A continuación se abordan las diversas concepciones teóricas que llevan a cabo la diferenciación entre los intervinientes en el delito.

2.5.1. TEORÍA SUBJETIVA

La premisa de la que parte la teoría subjetiva es que mediante criterios objetivos no es posible diferenciar al autor del partícipe, por entender que todo aporte a un hecho objetivamente es relevante; en consecuencia, la distinción entre los intervinientes en el delito, según esta concepción teórica, debe llevarse a cabo atendiendo al *animus* de cada interviniente, es decir, según la dirección de la voluntad de cada sujeto¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 489-490.

¹⁰⁷ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 600.

¹⁰⁸ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 492. Afirma el autor que la teoría subjetiva es *“una teoría basada en la dirección de la voluntad del partícipe”*.

En tal sentido, la distinción entre los intervinientes en el hecho delictivo se lleva a cabo desde el plano subjetivo: autor es quien actúa con voluntad de autor – *animus auctoris*- o voluntad de realizar su propio hecho; el partícipe, en cambio, es quien desarrolla su aportación causal con voluntad de partícipe – *animus socii*-¹⁰⁹, esto es, interviniendo voluntariamente en un hecho de otro. Por tanto, para realizar la distinción entre autor y partícipe, esta teoría propone la utilización de criterios intrapsíquicos¹¹⁰ como la voluntad, la intención, los motivos y las actitudes de los sujetos intervinientes.

Cabe resaltar que al interior de esta teoría destacan dos posturas: una que atiende al criterio del “dolo” y otra al “interés” del interviniente. La primera entiende que actúa con *animus auctoris* quien lo hace con una voluntad autónoma y con *animus socii* aquel cuya voluntad es dependiente y subordinada a la del autor; la segunda postura, en cambio, considera que el sujeto actúa con *animus auctoris* o con *animus socii* según tenga o no un interés propio en el hecho¹¹¹.

La concepción teórica subjetiva ha sido ampliamente rechazada en la doctrina, porque conlleva un subjetivismo exacerbado que tiene como resultado una desmedida punición de la voluntad, prescindiendo de lo objetivamente hecho por el sujeto interviniente, lo que implica indudablemente un desprecio de la realidad material¹¹². Pero además, son rechazables los criterios de distinción

¹⁰⁹ Miguel Díaz y García Conlledo, “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de Justicia*, N. 10 (2008): 16.

¹¹⁰ André Scheller D'angelo, op. cit., 161.

¹¹¹ Miguel Díaz y García Conlledo, op. cit., 16.

¹¹² Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 602. Afirma el autor que el defecto fundamental de la teoría subjetiva, señalado desde hace tiempo en la doctrina, es que “*cualquiera que sea la actitud subjetiva de cada partícipe lo cierto es que no es ‘indiferente’ lo que objetivamente haya hecho cada uno, con lo que cada cual haya contribuido materialmente a la lesión del bien jurídico*”.

que ofrece esta teoría, porque es prácticamente imposible saber quién actúa con voluntad autónoma o subordinada, o quién en interés propio o ajeno¹¹³, es decir, presenta dificultades probatorias que no son factibles de superar, como en general ocurre con la prueba referida a procesos mentales o psicológicos.

No obstante las críticas, el mérito que se atribuye a la teoría subjetiva es que abre el camino a concepciones doctrinarias de mayor aceptación en la actualidad, como la de la “autoría por dominio del hecho”, que descansa en la idea del poder intelectual y personal que tiene el sujeto en el hecho delictivo. De esa manera, se formula la idea que en la mayoría de casos “*quien objetivamente tiene el dominio del hecho, por regla, tendrá también la voluntad de poseerlo*”¹¹⁴.

2.5.2. TEORÍAS OBJETIVAS

Bajo la denominación de teorías objetivas se agrupan diversas concepciones teóricas y propuestas dogmáticas, que buscan definir la autoría y distinguirla de la participación, con base –predominantemente- en criterios objetivos que atienden a “*los aspectos externos de la conducta*”¹¹⁵ de los intervinientes en el delito, esto es, de acuerdo a la aportación objetiva de cada uno al hecho. Desde esta perspectiva, en la doctrina se distinguen la teoría formal objetiva y las teorías objetivo-materiales que se expondrán a continuación.

2.5.2.1. TEORÍA FORMAL-OBJETIVA

¹¹³ Miguel Díaz y García Conlledo, op. cit., 16.

¹¹⁴ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 494.

¹¹⁵ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 602.

La teoría formal objetiva tiene su origen en la dogmática alemana del siglo XIX y constituyó la doctrina dominante en Alemania entre 1915 y 1933¹¹⁶, siendo defendida por destacados penalistas como Franz Von Liszt, Ernst Von Beling, Edmund Mezger, Graf Zu Dohna¹¹⁷, quienes pretendían distinguir entre autores y partícipes a partir de la interpretación literal del tipo, en tal sentido, entendían que el concepto de autor se infiere de los respectivos tipos de la Parte Especial.

De acuerdo a esta teoría, autor es quien realiza total o parcialmente la acción o acciones descritas en el correspondiente tipo penal. Gonzalo Quintero Olivares sostiene que conforme a la teoría formal objetiva, “*será autor quien haya realizado un acto ejecutivo típico, mientras que cualquier otra contribución material relegará al sujeto a la condición de partícipe*¹¹⁸”; Adolf Merkel, por su parte, propugnando esta concepción afirmó que “*autor es quien realiza la acción principal, los actos de ejecución, mientras que cómplice es aquel que, a sabiendas de lo que hace, ayuda al autor para la comisión del delito*¹¹⁹”.

Dentro de esta concepción doctrinaria, es posible identificar dos versiones: la clásica, que entiende que es autor todo aquel que realice una acción ejecutiva –en el sentido de la tentativa-; y la moderna, según la cual autor es el sujeto cuya conducta puede subsumirse en el correspondiente tipo penal, es decir, quien realiza una acción típica, no bastando, por consiguiente, una acción ejecutiva no típica como sí ocurre en la versión clásica¹²⁰.

¹¹⁶ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 490.

¹¹⁷ André Scheller D'angelo, *op. cit.*, 162.

¹¹⁸ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 602.

¹¹⁹ André Scheller D'angelo, *op. cit.*, 162.

¹²⁰ Miguel Diaz y García Conlledo, *op. cit.*, 18. El autor advierte que la versión clásica no convence, porque igual la realización de acciones ejecutivas no típicas con las acciones

En todo caso, la idea central de esta doctrina consiste en que autor es aquel sujeto que ejecuta una acción comprendida dentro del tipo penal, y cómplice aquel que despliega una conducta que constituye una ayuda secundaria al curso causal, pero que en todo caso no se enmarca dentro de la descripción típica.

Las críticas formuladas a esta teoría pueden resumirse en las siguientes: a) no es posible establecer en todos los tipos penales, cuáles son los actos ejecutivos típicos, porque en algunos el legislador sólo prevé estrictamente el resultado que se ha de producir (por ejemplo, en el homicidio, la muerte), pero no dice nada de las acciones que pueden llevar a ese resultado¹²¹; b) con el criterio propuesto se calificarían como constitutivas de complicidad, acciones que propiamente son de coautoría, precisamente porque no estarían comprendidos dentro de la descripción típica (por ejemplo, quien sujeta y neutraliza a la víctima para que otro le apuñale)¹²²; y c) el concepto de autor propuesto deja fuera al autor mediato, quien no realiza por sí la acción típica, sino que para ello se vale de otro sujeto denominado instrumento¹²³.

2.5.2.2. TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES

Las teorías objetivo materiales nacen a partir de las críticas que se formularon a la concepción objetivo formal, pretendiendo superar sus defectos, pero

típicas, cuando entre ellas es posible identificar un diferente grado de “enfrentamiento a la norma y al bien jurídico protegido”.

¹²¹ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 602.

¹²² André Scheller D'angelo, op. cit., 162. Destaca el autor que, conforme a la teoría objetivo-formal, “al no describirse literalmente la acción en el tipo de alguno de los intervinientes, la coautoría quedaría descartada, si la conducta desplegada por los coautores no es del todo idéntica, lo cual genera incongruencias causales y de imputación”.

¹²³ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 602.

siempre buscando la distinción entre autores y partícipes en atención a las aportaciones objetivas de los intervinientes en el delito; en ese sentido, para a esta concepción teórica, *“será autor, el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante”*¹²⁴.

La crítica que se realiza a esta tesis siempre es que deja fuera al autor mediato y, además, que no se precisa por los juristas que la proponen en qué modo ha de entenderse la “importancia” de la aportación; al respecto, Gonzalo Quintero Olivares advierte que *“la aportación más importante puede ser la de un cómplice, o ser la de éste tan importante como la del autor”*¹²⁵.

En la doctrina también se les atribuye el carácter de objetivo-materiales a las teorías denominadas “de la necesidad de la aportación causal”, “de la simultaneidad”, “de la supraordinación” y “las que diferencian el carácter directo o indirecto de la causalidad”¹²⁶, sin embargo, ninguna de ellas ha merecido la atención de la doctrina dominante y prácticamente han sido rechazadas, porque, como afirma Miguel Díaz y García Conlledo, *“parten a menudo de diferenciaciones causales que, además de incorrectas, son ajenas al concepto de autor, o bien de diferencias extrajurídicas que prescinden de la tipicidad en la determinación de la autoría”*¹²⁷.

Cabe destacar que algunos autores como Enrique Bacigalupo¹²⁸ y Miguel Díaz y García Conlledo¹²⁹, identifican a la “teoría del dominio del hecho” como la más significativa de las teorías objetivo-materiales, siendo en la actualidad la

¹²⁴ André Scheller D'angelo, op. cit., 163.

¹²⁵ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 603.

¹²⁶ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 494-495.

¹²⁷ Miguel Díaz y García Conlledo, op. cit., 17.

¹²⁸ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 495.

¹²⁹ Miguel Díaz y García Conlledo, op. cit., 17.

concepción teórica dominante en la dogmática jurídico-penal, por lo que será abordada a continuación.

2.5.3. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Se puede afirmar que en la actualidad, la teoría del dominio del hecho ha adquirido el cómodo *status* de doctrina dominante¹³⁰. No pocos autores consideran que esta teoría parte inicialmente del penalista alemán Hans Welzel¹³¹, por cuanto éste afirmaba que “*señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva*”; no obstante, otros penalistas consideran que dicha teoría fue introducida en Alemania por el jurista August Hegler en 1915 y propulsada por A. Lobe en 1933, éste último al criticar la teoría subjetiva¹³².

En tal sentido, se sostiene en la doctrina que A. Lobe afirmaba que lo esencial para la autoría no es la sola presencia de la voluntad en el sujeto, esto es, querer el hecho como propio como lo sostenía la teoría subjetiva, sino que además es necesario que la voluntad del sujeto domine y dirija la ejecución que sirve a la realización del delito.

El mérito de Hans Welzel fue haber logrado sistematizar el criterio del dominio del hecho dentro de su concepción finalista, afirmando que “*la conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad*

¹³⁰ Vid. André Scheller D'angelo, op. cit., 164; Vanessa Ballesteros Moya, *Actores no estatales y responsabilidad internacional del Estado* (Barcelona: JB Bosch Editor, 2016) 349. Destacando esta autora que la teoría del dominio del hecho se impone incluso en el Derecho Penal Internacional.

¹³¹ Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, op. cit., 45-46.

¹³² André Scheller D'angelo, op. cit., 164.

*final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho*¹³³. Gonzalo Quintero Olivares considera que, con independencia de las diversas matizaciones, el concepto de autor conforme a la teoría del dominio del hecho puede sintetizarse en los siguientes términos:

*“Autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho*¹³⁴.

Esta concepción teórica, por consiguiente, utiliza criterios objetivos y subjetivos para definir al autor y distinguirlo del partícipe, reconociéndose de esta manera implícitamente la imposibilidad de llevar a cabo esta tarea únicamente a partir de elementos subjetivos y objetivos -como lo hacían las otras teorías-. La objetividad se verifica en el sentido que, el dominio del hecho se debe manifestar en una configuración real del suceso y, la subjetividad, en el entendido que quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del dominio del hecho.

La concreción de la fórmula del dominio del hecho se emprendió por Claus Roxin en 1961, con la publicación de su obra más sobresaliente sobre esta temática “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”, utilizando un procedimiento que toma como punto de partida la distinción entre autoría única, autoría mediata y coautoría, identificando como criterio para la primera

¹³³ Hans Welzel, op. cit., 145.

¹³⁴ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 604.

el dominio de la acción, para la segunda el dominio de la voluntad y, para la última clase de autoría, el dominio funcional del hecho¹³⁵.

El dominio del hecho, para Claus Roxin, se manifiesta en el dominio de la propia acción típica, en aquellos casos en que el autor realiza el hecho por sí mismo; pero además, el dominio del hecho también se puede encontrar, en aquellos casos en que el autor domina la voluntad de otro sujeto que realiza la acción típica, esto es, cuando se realiza el hecho sirviéndose de otro que actúa como instrumento, ya sea mediante coacción, aprovechándose del error del que actúa inmediatamente o de su incapacidad de culpabilidad, o utilizando un aparato organizado de poder; y, por último, el dominio del hecho también puede asumir la forma de un dominio funcional, en aquellos supuestos en los que varios sujetos se dividen funcionalmente entre sí la ejecución del delito según un plan común, es decir, cuando se realiza el hecho conjuntamente entre varios sujetos¹³⁶.

Por lo anterior, en un sentido general se afirma que el dominio del hecho lo tiene y, por consiguiente, es autor, quien tiene las riendas del acontecimiento típico, de manera que dicho interviniente principal se caracteriza porque está

¹³⁵ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del hecho en Derecho penal* (Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000) 149. El autor resume el procedimiento utilizado para concretizar la fórmula del dominio del hecho, en los siguientes términos: “*Para penetrar en la materia, escogemos un procedimiento que se apoya en la distinción tan común entre autoría única, autoría mediata y coautoría. En primer lugar, indagamos qué influencia ejerce la medida de realización del tipo de propia mano sobre la autoría (dominio de la acción), después nos preguntamos si (y hasta qué punto) uno puede ser autor sin intervención propia en la ejecución del hecho, en virtud de su poder de voluntad (dominio de la voluntad), y por último, analizamos en qué medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de voluntad sobre el actuar de los otros, por su sola colaboración con estos puede llegar a ser figura central del suceso (dominio del hecho funcional)*”.

¹³⁶ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 495-496.

en plenas posibilidades de “dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del resultado global¹³⁷”.

A pesar de ser la doctrina dominante, la teoría del dominio del hecho no es aceptada sin reservas por todos los autores, por presentar los siguientes inconvenientes: a) es una concepción teórica cuyos criterios son inadecuados para resolver la autoría en los delitos imprudentes, “pues en éstos el sujeto por definición no controla el curso causal conscientemente (se le castiga porque hubiera podido y debido hacerlo)¹³⁸”; b) el dominio del hecho, entendido como la capacidad de detener o interrumpir el suceso típico, lo pueden tener diferentes sujetos sin que todos puedan ser considerados por igual autores, por ejemplo, el cómplice necesario; y c) la premisa básica de la teoría presenta un problema material nada desdeñable, y es que “el hombre nunca llega a dominar por entero el curso de los acontecimientos¹³⁹”.

No obstante las críticas, la teoría del dominio del hecho se impuso en la doctrina porque ha representado un avance significativo en la definición de la autoría, y en la distinción entre autor y partícipe, además, porque la idea del dominio del hecho está implícita en determinadas instituciones jurídico-penales como la tentativa; en tal sentido, afirma Gonzalo Quintero Olivares: “si el sujeto puede interrumpir el desarrollo del hecho o puede evitar la producción del resultado (desistimiento en la tentativa) es porque domina el curso causal¹⁴⁰”.

¹³⁷ Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, op. cit., 47.

¹³⁸ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 605.

¹³⁹ Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, op. cit., 48.

¹⁴⁰ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 604.

3. CLASES DE AUTORÍA

La doctrina básicamente es unánime en aceptar que la autoría en sentido estricto puede revestir tres formas: la autoría inmediata unipersonal o individual, la autoría mediata y la coautoría; no obstante, debe destacarse que algunos autores incluyen dentro de las formas específicas de autoría, a la denominada “autoría accesoria”¹⁴¹, en la que se agrupan diversos supuestos en los que se configura una autoría única plural. A continuación se abordan las tres formas de autoría en sentido estricto desde la perspectiva doctrinal y legal.

3.1. AUTORÍA DIRECTA

La autoría inmediata individual o unipersonal también denominada autoría directa es la que se da cuando el sujeto realiza el hecho por sí solo, esto es, sin la intervención de otros que realicen contribuciones al hecho. Se trata de supuestos en los que la ejecución se realiza personalmente, de modo que el

¹⁴¹ Carmen Figueroa Navarro y Sergio Cámara Arroyo, “Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Madrid: Ministerio de Justicia, 2020) 998; Enrique del Castillo Codes, op. cit., 200. El autor sostiene que la autoría accesoria tiene lugar cuando varias conductas independientes entre sí, en el sentido que no existe acuerdo entre los intervinientes e incluso cada uno no es consciente de las actuaciones de los demás, forman un foco de peligro del que deriva directamente el resultado lesivo, ocurriendo que ninguna de las conductas por sí sola era idónea para crear el peligro. Los ejemplos de autoría accesoria que propone el citado jurista, son los siguientes: “cuando un conductor no respeta la señal de stop o ceda el paso, y colisiona con otro que circula por vía preferente haciéndolo éste a excesiva velocidad, de modo que le resulta imposible evitar la colisión; cuando dos vehículos colisionan frontalmente, por ir cada uno de ellos excesivamente ceñido a su izquierda, o bien cuando en una maniobra de adelantamiento entre vehículos, el que adelante lo hace a pesar de venir otro en dirección contraria, pero éste no disminuye la velocidad para intentar evitar el choque, o bien colisionan el que adelanta y el adelantado, por impericia de ambos”; Miguel Díaz y García Conlledo, op. cit., 34. Este autor pone como ejemplo de autoría accesoria, el siguiente: “dos sujetos que, sin saber nada el uno del otro, vierten, con ánimo de matar a un tercero, cada uno una cantidad insuficiente de veneno en una taza de café, resultando mortal para la víctima la suma de ambas cantidades”.

autor determina el hecho de manera completa por sí solo –sin compartir el dominio con otros-.

En otras palabras, en la autoría directa el autor ejecuta por su propia mano - directamente- los elementos del tipo. Bacigalupo afirma que “*en tales supuestos el dominio de la propia acción es indudable si el agente ha obrado con dolo y han concurrido los elementos objetivos y subjetivos (especial cualificación del autor y especial propósito del autor) requeridos por el tipo*¹⁴²”.

Por lo demás, cuando en el hecho interviene un único sujeto la determinación de la autoría es particularmente simple, dado que al haber un único agente si el hecho resulta típico necesariamente él será autor, por consiguiente, no se presenta en este supuesto la problemática de distinguir su comportamiento del de otros partícipes. Así por ejemplo, es autor directo de homicidio quien personalmente ejecuta la acción de matar a otro; de hurto quien con ánimo de lucro personalmente sustrae una cosa mueble ajena de quien la tiene en su poder, entre otros supuestos.

El Código Penal de El Salvador en su artículo 32 establece que incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, entre otros, los autores; a su vez, el mismo legislador reconoce que éstos pueden ser directos o mediatos. En el artículo 33 del mismo cuerpo legal, se define legalmente que es autor directo el que por sí mismo comete el delito, esto es, personalmente o de propia mano.

Por último, en cuanto a la penalidad, en el artículo 65 del referido cuerpo normativo se determina que el autor será sancionado con la pena que la ley haya previsto para cada delito, esto es, se le impondrá la pena que

¹⁴² Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 500.

corresponda dentro del mínimo y el máximo previsto por el legislador para el delito; *verbigracia*, el autor del delito de homicidio simple será sancionado con prisión de quince a veinte años.

3.2. AUTORÍA MEDIATA

La autoría mediata como concepción teórica tiene su origen en la figura del Mandat, que fue desarrollada en la edad media en la ciencia penal italiana; sin embargo, quien por primera vez formula un concepto de autor mediato fue el jurista alemán Carl Julius Stübel en 1828, buscando reemplazar la figura del “causante intelectual”. En todo caso, debe señalarse que la fundamentación moderna de la autoría mediata comenzó con los penalistas hegelianos Luden, Köstlin, Berner y Hälschner, quienes pretendían evitar con ella la impunidad del autor mediato que para cometer el delito se valía de una persona inimputable.

Enrique Bacigalupo explica el desarrollo de la institución de la autoría mediata, a partir de una necesidad que existía en la doctrina de la época: *“En gran medida la teoría se desarrolló como consecuencia de la accesoriad extrema, que exigía en el autor inmediato también el requisito de la culpabilidad; por lo tanto, los que inducían a autores inculpables resultaban impunes. Precisamente para evitar esta impunidad se forjó la figura del autor mediato. Sin embargo, introducida la accesoriad limitada, se mantuvo, porque ha quedado demostrado que esencialmente se trata de casos de autoría¹⁴³”*.

La autoría mediata se da cuando el autor realiza o ejecuta la conducta típica por medio de un tercero denominado instrumento. Esta forma de autoría se

¹⁴³ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 505.

determina, según la teoría del dominio del hecho, a partir del dominio de la voluntad que ejerce el autor respecto del instrumento, de manera que éste último se encuentra en una relación de subordinación con relación al primero.

En ese sentido, el autor mediato también llamado “hombre de atrás”, puede definirse como el interviniente principal que reuniendo las características especiales de la autoría y dominando la voluntad de otro llamado instrumento, se vale de éste para la ejecución del hecho delictivo. En otras palabras, el rasgo fundamental en esta forma de autoría consiste en que el autor no ejecuta personalmente la acción típica, sino que lo hace a través del instrumento.

Cómo se ha advertido *supra*, la teoría del dominio del hecho es la que de mejor manera logra fundamentar la autoría mediata, sosteniendo que en estos supuestos el autor domina la voluntad del instrumento que actúa, en todo caso, subordinado. Por el contrario, la teoría formal-objetiva no lograba fundamentar esta forma de autoría porque el criterio con el que operaba era demasiado limitado, reduciendo todos los delitos a los de propia mano, esto es, caracterizando al autor como el sujeto que por sí mismo realiza la acción descrita en el tipo penal.

Además de las características especiales de la autoría, tanto objetivas como subjetivas, para determinar si un sujeto es autor mediato deben verificarse dos presupuestos: en primer lugar, se debe precisar en virtud de qué criterios o razones se afirma que la persona realiza acciones a través de otra que actúa como instrumento y, en segundo lugar, se debe constatar mediante un criterio material que las acciones realizadas a través del instrumento son constitutivas de autoría.

En el artículo 32 del Código Penal se dispone que son responsables penalmente por el delito cometido, entre otros, los autores, quienes pueden ser directos o mediatos. En el artículo 34 del mismo cuerpo legal, se prevé que *“se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento”*, aclarando el legislador que en este caso, cuando el tipo exija determinadas calidades personales o que se haya actuado en específicas circunstancias subjetivas, bastará con que las mismas concurren en el autor mediato, es decir, no se exigen respecto del instrumento. Por lo demás, como es lógico, en el artículo 65 del referido cuerpo normativo se dispone que el autor mediato será sancionado al igual que el autor directo, con la pena que corresponda al delito.

3.2.1. LOS SUPUESTOS DE AUTORÍA MEDIATA

En la doctrina la autoría mediata se ha desarrollado -y se continúa abordando- a través de los diferentes supuestos hipotéticos en los que, suele considerarse, que un sujeto domina la voluntad de otro utilizándolo como instrumento para la ejecución de la acción típica. En estos casos, el dominio de la voluntad del instrumento se logra mediante coacción intensa, aprovechándose de un error, de su incapacidad de culpabilidad o utilizando un aparato organizado de poder.

El primer supuesto hipotético es aquel en que el autor mediato utiliza un instrumento que obra sin dolo, esto es, cuando para la ejecución del hecho se utiliza a una persona que realiza la acción típica, sin conocimiento y voluntad de cometerla. En este caso, la conducta del instrumento no se dirige al mismo fin del autor mediato sino a uno distinto, y básicamente falta el dolo en el primero de ellos porque obra con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo. Por ejemplo, en el delito de Tráfico Ilícito la utilización de un repartidor que ignora que lleva un paquete que contiene droga y se lo entrega al

destinatario, recibiendo el respectivo pago; en el delito de Extorsión la utilización de un mensajero que ignora que lleva una carta con una amenaza y exigencia extorsiva al destinatario, indicándole un número de cuenta bancaria en el que se deberá depositar la cantidad extorsionada.

Un segundo supuesto hipotético es aquel en el que se utiliza un instrumento que obra coaccionado, el cual, debe advertirse, no recibe respuestas unánimes en la doctrina, precisamente porque en este caso el sujeto utilizado actúa con dolo, por consiguiente, aún coaccionado tiene dominio de la acción y, en principio, la posibilidad de obrar de una manera distinta. Un sector de la doctrina considera que, en este supuesto, el que coacciona será en todo caso instigador, pues habría creado en el autor el dolo, no siendo relevante si lo hizo mediante coacción o persuasión; otros, en cambio, sostienen que habrá autoría mediata cuando el coaccionado haya perdido, por la intensidad de la coacción, *“la última y relevante decisión de lo que ocurrirá, de tal forma que ésta se traslada a las manos del que ejerce la coacción”*¹⁴⁴.

Cabe señalar que, de acuerdo a la regulación establecida en el Código Penal para los diferentes intervinientes en el delito, es irrelevante para efectos prácticos si al sujeto que ejerce la coacción se le considera autor mediato o instigador, precisamente porque ambos son sancionados con igual pena y, en todo caso, no sería responsable del exceso del instrumento o autor inmediato en la ejecución del hecho delictivo.

El tercer supuesto hipotético formulado en la dogmática jurídico-penal en el que se identifica un caso de autoría mediata, es aquel en el que se utiliza un instrumento que carece de capacidad para motivarse conforme a la norma,

¹⁴⁴ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 508.

distinguiéndose dos escenarios: a) cuando el instrumento actúa en estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad); y b) cuando el instrumento obra bajo un error de prohibición.

En el primer escenario si el inimputable que ejecuta la acción típica ha conservado el dominio del hecho a pesar de su inimputabilidad, habrá inducción, de lo contrario autoría mediata, siendo irrelevante la calificación en términos prácticos por la equiparación de la pena prevista en el Código Penal. El segundo escenario es similar, porque el autor mediato se vale de un instrumento que actúa con error de prohibición ya sea vencible o invencible, lo que implica, imposibilidad de obrar de una manera diferente.

Un cuarto supuesto hipotético de autoría mediata que ha recibido mucha atención en la doctrina, es aquel en el que un instrumento ejecuta la acción típica dentro o como parte de un aparato organizado de poder. En este caso, el instrumento básicamente interviene como un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada por miembros superiores del aparato de poder.

Dentro de los ejemplos que se proponen para este supuesto hipotético, encontramos los siguientes: *“el agente de un servicio secreto que cumple una orden de matar a un diplomático extranjero; el funcionario de un Estado ilegítimo que pone en marcha en una etapa intermedia de realización 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 poder¹⁴⁵.

Debe señalarse que, algunos autores, incluyen otros supuestos muy peculiares en los que identifican casos de autoría mediata, como cuando se utiliza un instrumento que no obra típicamente o se utiliza uno que obra conforme a derecho. Como ejemplo del primer supuesto, se propone en la dogmática, en el caso de las autolesiones que no son típicas, cuando el autor mediato engaña al instrumento haciéndole creer que un revolver está descargado, y el engañado termina disparándose él mismo y lesionándose; como ejemplo del segundo, se propone el caso de la denominada “Estafa triangular o procesal”, en el que fraudulentamente una de las partes, mediante un documento falso, induce a error a un juez, quien dicta una sentencia injusta perjudicando el patrimonio de la otra parte.

3.3. COAUTORÍA

En términos generales, la coautoría supone la realización del hecho delictivo por varios sujetos que actúan conjuntamente, entendiéndose que cada uno de ellos -denominados “coautores”-, toman parte en la ejecución co-dominando el hecho. Pero, además del co-dominio del hecho –que es el elemento general de esta forma de autoría-, deben concurrir en los coautores los elementos especiales de la autoría, objetivos -como las calidades personales que exige el tipo- y subjetivos –de lo injusto, como podría ser un ánimo especial-.

Como se ha dicho, el elemento esencial que caracteriza a la coautoría es el co-dominio del hecho, entendido este como un dominio funcional que se

¹⁴⁵ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 510.

traduce en que, cada uno de los coautores, tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo criminal.

Por otra parte, para que exista co-dominio del hecho, es necesario que exista una decisión conjunta o común a la realización del delito, precisamente porque de esta manera se vinculan funcionalmente los distintos aportes de los intervinientes: por ejemplo, en el delito de Homicidio, uno de los autores sostiene a la víctima y el otro le apuñala con un arma blanca hasta quitarle la vida, conectandose las aportaciones de cada uno mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta.

Ahora bien, aun existiendo una decisión conjunta y un acuerdo de división de tareas entre los intervinientes, en la doctrina se sostiene que para que exista coautoría, es necesario que no haya subordinación de parte del interviniente respecto a la voluntad de otro que tiene en sus manos la decisión sobre la consumación del delito, porque en ese caso, el subordinado no será coautor sino cómplice –necesario o no necesario-. En otras palabras, la existencia de un acuerdo previo entre los intervinientes no es suficiente para afirmar la coautoría, sino tan sólo una condición, pero no la única.

Pero además, para que exista coautoría, es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor, pues sólo mediante ella se puede determinar si aquél ha tenido o no dominio del hecho. Para que pueda afirmarse que ha existido un co-dominio del hecho, la entidad y naturaleza de la aportación del interviniente en el momento de la ejecución debe ser tal que, conduzca a la conclusión, que sin ella el hecho delictivo no hubiera podido cometerse. Básicamente el interviniente que presta una contribución sin la cual el hecho no habría podido cometerse, decide sobre la consumación y, por consiguiente, co-domina el suceso criminal.

En todo caso, para determinar cuándo hay un aporte sin el cual el hecho no habría podido cometerse, Enrique Bacigalupo propone recurrir al criterio de la supresión mental hipotética de la teoría de la *conditio sine qua non*: “*si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario*”¹⁴⁶.

En el artículo 32 del Código Penal se dispone que son responsables penalmente por el delito cometido, entre otros, los autores, entendiéndose que como la coautoría en realidad es propiamente autoría, en dicho precepto el legislador también alude a los coautores. En el artículo 33 del mismo cuerpo legal, bajo el acápite “autores directos o coautores”, se prevé que también son autores directos los que “*conjuntamente con otro u otros cometen el delito*”. Lógicamente, los coautores son sancionados al igual que el autor directo, con la pena que corresponde al delito –así lo establece el artículo 65 del referido cuerpo normativo-.

4. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE CADA SISTEMA EN LOS DELITOS ESPECIALES

Lo expuesto hasta el momento sobre los diversos conceptos de autor cobra relevancia a la hora de analizar la autoría y participación en los delitos especiales. Como es sabido, en esta clase de delitos autor sólo puede ser la persona que ostenta la calidad, cualidad o característica especial que exige el tipo¹⁴⁷, por consiguiente, es conveniente exponer brevemente las alternativas

¹⁴⁶ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 504.

¹⁴⁷ Para una definición de los delitos especiales *vid.* entre otros Julio Jesús Tasende Calvo, “Autoría y participación en los delitos cometidos por menores de edad”. En *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Coordinadora M^a Teresa Martín López, (Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2000) 189. Quien define los delitos especiales

de solución que se ofrecen en la doctrina, para aquellos casos en los que en la ejecución del delito intervienen personas que reúnen la cualidad o calidad exigida por el tipo (*intranei-intraneus*) y otras que no (*extranei-extraneus*).

Desde los sistemas unitarios, de la consideración igualitaria de las conductas de los intervinientes se deduce que, en los delitos especiales, basta con que intervenga un *intraneus* para que todos los intervinientes respondan por el delito especial, con independencia de que éste sea propio o impropio. Como afirma LÓPEZ PEREGRÍN, este tratamiento por parte del sistema unitario de ninguna manera contradice la esencia de los delitos especiales, puesto que se acepta que un *extraneus* no podría ser autor por sí solo de un delito especial, pero es posible que lo realice en colaboración con otros entre los que se encuentre un *intraneus*. De acuerdo con esta concepción, es suficiente con que intervenga un *intraneus*, para que todos los demás intervinientes (*extraneus*) sean autores del delito especial¹⁴⁸.

Por lo demás, basta decir que históricamente los sistemas legales que han recogido los principios del sistema unitario, no lo han llevado hasta sus últimas consecuencias, ya que si bien han castigado a todos los intervinientes por delito especial cuando en cualquiera de ellos concurría la calidad o cualidad

como “aquellos de los que no puede ser autor cualquier persona, sino que el círculo de autores está limitado a determinados sujetos, que reúnen las características o condiciones expresadas en la ley”; Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general* (Santiago de Compostela/Madrid: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad Santiago de Compostela, 2003) 315. Entiende por delito especial “aquel que, en contraposición al delito común, puede ser cometido sólo por determinadas clases de sujetos”; Juan Carlos Sandoval, “Legislación de emergencia y especialidad del delito militar”. En *La reforma del Derecho Penal Militar*, Director José Hurtado Pozo (Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002) 182. Define a los delitos especiales como aquellos en los que “el sujeto activo debe tener determinadas características personales o jurídicas para completar la previsión típica”.

¹⁴⁸ Vid. María Carmen López Peregrín, op. cit., 93-94.

especial que exigía el tipo, introducían limitaciones previendo la posibilidad de atenuación de la pena para los intervinientes *extranei*¹⁴⁹.

En el sistema diferenciador el tratamiento del *intraneus* y *extraneus* cambia, debido a que según el principio de accesoriedad, el delito por el que responderán todos los intervinientes será el cometido por el autor, manteniéndose la unidad del título de imputación.

De acuerdo a este principio, en los delitos especiales impropios, si el autor reúne la calidad o cualidad especial que exige el tipo (*intraneus*), los partícipes responderán por el delito especial. Por el contrario, si el autor no reúne las características especiales que exige el tipo (es un *extraneus*), el delito por el que responderán todos los intervinientes será el común. Como ha de advertirse, la concurrencia en el partícipe de las cualidades exigidas por el delito especial es irrelevante para establecer el tipo que se le debe aplicar, pues éste se determina en atención al tipo cometido por el autor (esta es la versión más pura o estricta del principio de accesoriedad).

El fundamento de esta solución estriba en que, la intervención del cómplice deduce su contenido de injusto no directamente del tipo, sino del favorecimiento del hecho típico realizado por el autor.

¹⁴⁹ La fórmula que utiliza el legislador italiano para la determinación de la autoría en el delito, ha permitido que la doctrina española y alemana la consideren como expresión de una concepción extensiva o unitaria de autor, sobre esto *vid.* Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, *op. cit.*, 105-108. Destaca el autor que en la doctrina penal italiana se discute si la fórmula legal adopta en realidad un concepto unitario de autor, o si por el contrario, se puede leer un concepto extensivo o restrictivo. Inclusive a nivel dogmático se cuestionan no pocos autores, si se debe establecer una responsabilidad diferenciada de los distintos sujetos que intervienen en el delito, esto es, autores y partícipes, o si se debe partir de una inicial igualdad de responsabilidad de todos los concurrentes en el delito, dejando la valoración concreta de cada intervención individual al momento de determinación de la pena, atendiendo a las reglas de agravación y atenuación de la pena tomando en cuenta la aportación de cada uno al hecho.

Esta misma versión del principio de accesoriedad conduce a que en los delitos especiales propios, en los que al no existir correspondencia con un delito común, el *extraneus* sea castigado por el delito especial siempre y cuando las características especiales que exige el tipo concurren en el autor, de lo contrario, el hecho es impune. Por esto último, que es la solución que deriva de la aceptación sin reservas del principio de accesoriedad, es criticada esta concepción, por la laguna de punibilidad que deja. El *extraneus* no puede ser castigado como autor de ningún delito porque no reúne la cualidad que exige el tipo especial y porque no existe un delito común que corresponda con el hecho, y al ser su conducta impune no puede derivarse punibilidad para los demás sujetos que brindan una contribución como partícipes (aunque estos si sean *intraneus*).

Ante esos problemas que presenta el principio de accesoriedad en su versión pura o estricta, partiendo siempre del sistema diferenciador (conceptos restrictivos de autor) se han realizado propuestas que buscan soluciones político-criminales más adecuadas, entre las que destacan: la teoría del elemento doloso no cualificado y la teoría de la infracción del deber.

La primera se apoya en el concepto de autor mediato, siempre partiendo del principio de accesoriedad limita sus efectos considerando que, cuando es el *extranei* el que realiza la acción típica, existe autoría mediata en la conducta del *intranei*. Se entiende que el *intraneus* que induce o colabora en la realización por el *extraneus* de la conducta típica, debe ser tratado como autor

mediato porque utiliza como instrumento para llevar a cabo el delito especial a un sujeto que no puede ser considerado autor del mismo¹⁵⁰.

Desde la segunda, es decir, la teoría de la infracción del deber, ROXIN argumenta que los criterios para determinar la autoría cambian en los delitos basados en la preexistencia de un deber extrapenal que resulta incumplido. Lo importante en estos delitos, es la infracción del deber y, por tanto, la conducta de la persona sometida a ese deber que interviene en el delito especial es constitutiva de autoría, sea cual sea su contribución al hecho.

LÓPEZ PEREGRÍN señala que en la práctica los ordenamientos jurídicos que adoptan sistemas diferenciadores, desarrollan limitaciones al principio de accesoriadad en el tratamiento de los *intranei* y *extranei*: ya sea rompiendo excepcionalmente el título de imputación, respondiendo cada interviniente no por el mismo delito por el que ha de responder el autor, sino por el que le corresponda por su calidad de *intraneus* o *extraneus* (delito especial o delito común, respectivamente); o bien estableciendo mecanismos (legalmente previstos, o fruto de la interpretación) que mantengan la unidad del tipo, pero al mismo tiempo permitan atenuar la pena de los *extranei*.

5. LA COAUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En los delitos de infracción de deber no es posible una coautoría entre un autor por organización (con dominio del hecho) y un autor por infracción de su deber, pues la autoría en general, presupone criterios de imputación únicos para todos los coautores.

¹⁵⁰ En España asumen esta postura Santiago Mir Puig, op. cit., 381; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, op. cit., 450.

Es decir, en lo que se refiere a la coautoría, no es *per se* coautor el que coopera en división de trabajo con otro en un delito de infracción de deber, dado que el dominio del hecho aquí no juega ningún papel. Por ejemplo, un particular no puede nunca convertirse en coautor de un delito de funcionarios -con independencia de la entidad de su cooperación-, sino que sólo será partícipe, pues únicamente la vulneración del deber especial es lo que convierte en autor a los implicados en el hecho¹⁵¹. En esta clase de delitos, la responsabilidad de cada interviniente es independiente.

Con todas las particularidades propias de los delitos de infracción de deber, la doctrina no ha dudado en admitir la posibilidad de la coautoría. Esta existe cuando varias personas lesionan conjuntamente un deber común, y sólo cabe hablar de carácter común cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber, esto es, cuando un determinado ámbito de asuntos está confiado a varias personas a la vez. En ese sentido afirma BACIGALUPO: “*En los delitos de infracción de deber la coautoría se da en los casos de vulneración en común del deber especial, sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia, en particular la especie de aportación de cada uno de los agentes*¹⁵²”.

Sin embargo, existe un sector minoritario en la doctrina, que entiende que no es posible la coautoría en los delitos de infracción de deber, pues la lesión del deber especial es siempre personal e independiente, estimando que cuando varios obligados especiales infringen su deber, no se trata en realidad de una

¹⁵¹ De tal manera que si el autor es el *extraneus*, el delito que sea cometido por este será el delito común, y los sujetos que hayan tenido participación en éste, serán partícipes del mismo, con independencia de su consideración personal. Así, José Manuel Ríos Corbacho, *El administrador de hecho en los delitos societarios* (Murcia: Universidad de Cádiz, 2005) 32.

¹⁵² Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 511.

lesión común, sino de lesiones individuales (personales) del deber, por lo que, “desde el punto de vista de la imputación cada uno de ellos responde como autor individual del delito de infracción de deber¹⁵³”. Como puede observarse, esta última posición doctrinaria únicamente no está de acuerdo con utilizar el término “coautoría”, decantándose por el de “autoría” para estos casos¹⁵⁴; no obstante, se reconoce que pueden haber supuestos donde varios sujetos infringen su deber especial extrapenal.

Efectivamente, debido a que en los delitos de infracción de deber el criterio determinante de la autoría es únicamente la infracción del deber especial que le incumbe al sujeto¹⁵⁵, la coautoría se presenta en los casos de vulneración en común de dicho deber especial, incluso sin tomar en cuenta la especie de aportación o contribución de cada uno de los intervinientes.

Efectivamente, todos los obligados especiales que lesionen el deber especial extrapenal (*intraneus*), responderán como autores del delito con independencia de la entidad de su contribución o del dominio que se tenga sobre el hecho. Sin embargo, aunque la infracción del deber no es cuantificable, en los ordenamientos jurídico-penales suelen establecerse graduaciones de las consecuencias de dichas infracciones que se reflejan en la penalidad imponible; así por ejemplo, en el Código Penal salvadoreño en el delito de peculado el marco de la pena a imponer es diferente según la cantidad del patrimonio del que se haya apropiado el sujeto activo.

¹⁵³ José Antonio Caro John, “Sobre la autoría en el delito de infracción de deber”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. XXVII, N. 80, (2006): 109.

¹⁵⁴ Vid. Gonzalo Camarero González, “Autoría y participación en los delitos especiales”, *Revista del Ministerio Fiscal*, N. 11, (2003): 143-174.

¹⁵⁵ Vid. Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal... op. cit.*, 511.

Como se sabe, la propuesta dogmática de los delitos de infracción de deber, se fundamentó en que existen ciertos tipos penales en los que no se exige para ser autor una conducta activa o un aporte trascendental, sino simplemente la infracción de un deber específico que deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica.

En Alemania, los ejemplos que utilizó ROXIN en su propuesta dogmática de los delitos de infracción de deber fueron los siguientes: *“el § 340 (lesiones en ejercicio de cargo) no abarca toda lesión cometida por funcionario, sino que el hecho tiene que estar en relación con un acto concreto de ejercicio de cargo; así pues, es el deber jurídico público de no dejarse arrastrar a infligir malos tratos en ejercicio de cargo aquel cuya lesión eleva al sujeto agente a autor del tipo cualificado; al igual que el médico y el abogado, en el § 300 StGB (violación del secreto profesional), que tienen que haber quebrantado el deber de sigilo que surge de una concreta situación real para llegar a ser autores de este tipo delictivo (...) Únicamente puede ser autor del tipo de administración desleal del § 266 StGB aquel que infringe el deber que le incumbe de velar por el patrimonio ajeno; quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, sólo responde como partícipe. Otro tanto cabe afirmar de la distracción de fondos del § 246 StGB, del quebrantamiento del deber de alimentos del § 170 b StGB (...¹⁵⁶)”*.

Nótese que ROXIN se esfuerza por aclarar, que no es la calidad especial (por ejemplo, funcionario público) lo que hace al sujeto autor en los delitos de infracción de deber, sino la infracción del deber específico que le compete o incumbe al agente. Asimismo, se ha fundamentado la adopción dogmática de los delitos de infracción de deber, argumentando que existen tipos penales que

¹⁵⁶ Claus Roxin, op. cit., 386-387.

no toman para nada en cuenta el aporte del agente al hecho, bastando la sola infracción del deber específico para imputarles el título de autor, es decir, que todos los que infringen su deber con independencia de la contribución que hayan dado al hecho son autores, lo que además implica -y esto es una consecuencia práctica-, que todo aquel que haya aportado al hecho pero no haya infringido un deber especial ostenta únicamente el título partícipe, incluso aunque haya tenido el dominio del curso del suceso.

En este sentido expresa ROXIN: *“Lo correcto de esta postura, además, lo confirma expresamente el tenor literal de la ley. Así, cuando el § 347 StGB, junto a la “causación” de una evasión de presos tipifica autónomamente su “favorecimiento” y el § 354 StGB habla de funcionarios de correos que, o bien abren o hacen desaparecer cartas, o bien permiten “tal acción a otro”, o le prestan “ayuda al efecto”, esto sólo cabe interpretarlo correctamente en el sentido de que también el favorecer y el prestar ayuda tienen eficacia fundamentadora de autoría, a diferencia de otros tipos¹⁵⁷”*.

También en España quienes se pronuncian a favor de la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, argumentan que el legislador ha reconocido expresamente esta clase de delitos¹⁵⁸. Al igual que en Alemania y España, en El Salvador tienen reconocimiento legal los denominados delitos de infracción de deber.

Así el art. 20 inc. 1° del Código Penal salvadoreño, al regular la comisión por omisión, prescribe: *“El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar”*. Asimismo en el inc. 2°

¹⁵⁷ Claus Roxin, op. cit., 391.

¹⁵⁸ Vid. María Carmen López Peregrín, op. cit., 90-91.

de dicha disposición legal, en lo pertinente se establece: “*El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia*”.

En el Libro Segundo Parte Especial del Código Penal de El Salvador, existe una gran cantidad de tipos penales donde expresamente se requiere la infracción de un deber específico, de hecho, algunos tipos penales exigen únicamente la infracción del deber para atribuirle al agente el título de autor, con independencia del grado del aporte al hecho, es decir, sin requerir una conducta activa.

Un buen ejemplo, viene dado por el art. 325 del Código Penal (relativo al delito de peculado), que sanciona con pena de prisión al “*funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare en beneficio propio o ajeno, de dinero... o diere ocasión a que se cometiere el hecho*”; en efecto, atendiendo a la redacción del tipo, basta con que el sujeto a quien le incumbe el deber específico permita que otro se apropie del patrimonio, para que adquiera la calidad de autor, es decir, no se toma en cuenta el aporte o el dominio del suceso, sino que es suficiente con la infracción del deber.

6. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Como se ha dejado claro, en los delitos de infracción de deber todos aquellos sujetos que infringen su deber especial extrapenal son coautores, en cambio, los intervinientes en el hecho que no infringen ningún deber especial por no ser cualificados conforme al tipo (*extraneus*), merecen según la doctrina dominante la consideración de partícipes.

En la actualidad, ya no parece haber ningún autor que abogue por la impunidad del *extraneus* en los denominados delitos de infracción de deber. El sector de la doctrina que defendía la impunidad del no cualificado en esta clase de delitos, argumentaba principalmente lo siguiente: a) que a pesar de la naturaleza accesoria de la participación, el no obligado especial no podría ser partícipe porque él nunca podría haber cometido el hecho como autor; b) que las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber en nada afectan al interviniente *extraneus*; c) que desde la perspectiva de la teoría de la accesoriedad, si las circunstancias personales en los delitos de infracción de deber son, según su naturaleza, altamente personales, se deduce que al partícipe no obligado no se puede imputar el comportamiento del autor por el principio de accesoriedad¹⁵⁹.

En la doctrina contemporánea dominante, así como en la jurisprudencia del Derecho Comparado, tales reproches se han superado con los siguientes argumentos: a) la imposibilidad de que el sujeto no obligado (sin deber especial) pueda ser autor del delito de infracción de deber no impide, en absoluto, que pueda ser partícipe en el mismo. No existe ninguna disposición legal, que haga depender la punibilidad del partícipe de que él mismo pudiese ser autor del delito; b) no es correcto afirmar que las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber no incumben también a quien no se encuentra obligado positivamente. La especialidad de tales expectativas reside en que no pueden ser defraudadas sin la concurrencia de un especialmente obligado por una institución positiva, pero nada más. El comportamiento del *extraneus* no es jurídicamente neutro, dado que las expectativas de las instituciones positivas atañen, al menos de forma mediata,

¹⁵⁹ Vid. Miguel Díaz y García Conlledo, "Autoría y participación", *Revista de Estudios de Justicia*, N. 10 (2008): 13-61; Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del delito* (México D.F., UNAM, 2004) 209-224.

a todos; y, c) el hecho de que un *extraneus* no pueda infringir la norma especial no implica que no lo pueda hacer, actuando en unión con el *intraneus* especialmente obligado, puesto que el *extraneus* participa del delito de infracción de deber adhiriéndose a una lesión del deber ajena.

De esta manera, se ha sostenido en la doctrina y en la jurisprudencia del Derecho comparado, que el fundamento de la punición en los delitos de infracción de deber, como en todos los demás delitos, reside en la lesión del bien jurídico. La infracción del deber especial sólo constituye factor para la determinación de la autoría. La participación en estos delitos, en cambio, se desvincula totalmente de la idea de infracción de deber especial y de la idea de dominio del hecho: partícipe es todo aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber específico fundamentador de la autoría, con independencia de la intensidad de su aportación¹⁶⁰.

Una vez aclarado que, según la doctrina dominante y la jurisprudencia del Derecho comparado, la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber es punible, es conveniente destacar la discusión que ha existido en cuanto al delito por el que debe responder el tercero no obligado (sin deber especial/ o sujeto no cualificado); discusión que parte de la distinción entre delitos especiales propios e impropios.

Un sector minoritario de la doctrina, estima que cuando se trata de un delito especial impropio, se debe romper el título de imputación entre el autor principal (*intraneus*) y el partícipe (*extraneus*), de tal forma que, el obligado especial debe responder por el delito de infracción de deber, en tanto que el *extraneus* por el delito común subyacente.

¹⁶⁰ Vid. Claus Roxin, op. cit., 405.

Esta tesis de la ruptura del título de imputación fue acogida inicialmente por el Tribunal Supremo español, sin embargo, ha sido progresivamente abandonada por la doctrina y la jurisprudencia de dicho Tribunal¹⁶¹. La principal razón por la que ha sido abandonada, es porque dejaba sin solución la participación en los delitos especiales propios, ya que en estos, al no existir un delito común subyacente, el partícipe quedaría impune. Además, dicho tratamiento dogmático era irrespetuoso del marco constitucional, precisamente del derecho de igualdad, puesto que mientras el partícipe en los delitos especiales impropios sería sancionado penalmente, el partícipe en los delitos especiales propios quedaría en total impunidad.

Otro sector de la doctrina estima, que en ningún caso se debe romper el título de imputación, ni para los delitos especiales propios, ni para los impropios, dado que no es lógico y tampoco defendible dogmáticamente sostenerse la ruptura del título de imputación en los casos de haber una figura común paralela y la unidad cuando no la hay.

Para defender la unidad del título de imputación tanto en los delitos especiales propios como en los impropios, se han ofrecido los argumentos siguientes: a) la solución contraria infringiría la teoría de la unicidad: la unidad de imputación es una exigencia lógica y natural que se deriva directamente del principio de accesoriadad de la participación, en el sentido de que la calificación del partícipe depende por completo del hecho realizado por el autor; b) los destinatarios de las normas especiales no son sólo los sujetos cualificados, sucediendo simplemente, que a éstos las normas les afectan de forma inmediata y a los demás de forma mediata; c) el “tipo de participación” está

¹⁶¹ Cfr. Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 628.

estrechamente conectado con el “tipo de autor” y así la pena del partícipe sólo puede ser medida con base a la que le corresponde al principal protagonista.

En la actualidad la doctrina dominante y la jurisprudencia del Derecho comparado acogen la tesis del mantenimiento del título de imputación, tanto para la participación en los delitos especiales propios como impropios. De manera ilustrativa señala el Tribunal Supremo español¹⁶²:

“Si, como sucede en el caso actual, un particular, ‘extraneus’, participa en el delito cometido por el funcionario ‘intraneus’, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriidad en relación con el delito realmente ejecutado, sin perjuicio de que se modere la penalidad atendiendo a la ausencia de la condición especial de funcionario.

La jurisprudencia de esta Sala (Sentencia de 14 de enero de 1994, Sentencia de 2 de mayo de 1996, núm. 274/1996, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, caso Ernesto) ha señalado reiteradamente que el texto del art. 14 C.P. 73 (hoy art. 28 del C.P. 1995) no requiere que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio -es decir, en aquellos delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación- tengan la misma condición jurídica que el autor. Dicho en la terminología doctrinal: la Ley no impide la punibilidad del ‘extraneus’ como partícipe en el delito propio del ‘intraneus’.

Esta solución tiene una clara fundamentación normativa, como señalan las sentencias de 2 de mayo de 1996 y 21 de diciembre de 1999. El partícipe no

¹⁶² Sentencia del Tribunal Supremo español STS 2582/2001, de fecha 28 de marzo de 2001.

infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal (arts. 28.2 a y b, y 29 del C.P. 1995). Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud el autor, es claro que la ilicitud del hecho del autor es el resultado de la conducta del partícipe, que en forma mediata ataca al mismo bien jurídico. Si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito. Por lo tanto, cualquiera sea el fundamento de la punibilidad del partícipe, la participación en los delitos especiales propios no puede ser impune”.

En realidad, ya antes en el año 1998 y posteriormente de manera reiterada el Tribunal Supremo español se había decantado por la unidad del título de imputación al señalar: *“El delito de malversación de caudales públicos es un delito especial que requiere en el sujeto activo la condición de autoridad o funcionario público. El particular que sustraiga caudales públicos no puede ser autor de un delito de malversación, pero ello no excluye la posibilidad de que sí pueda ser partícipe de un delito de malversación del que sea autor un funcionario público”¹⁶³.*

En el mismo orden de ideas, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN refiriéndose a la participación en los delitos especiales impropios, han indicado: *“(…) no hay ninguna razón para no aplicar aquí las reglas generales de la participación. Si el autor es el intraneus, el delito cometido será el especial (malversación, etc.) y, en virtud del principio de unidad del título de imputación, todos los*

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo español 3683/1998, de fecha 5 de junio de 1998.

demás responderán por ese delito, aunque no tengan las cualidades exigidas en el mismo¹⁶⁴.

De igual manera RODRÍGUEZ RAMOS manifiesta que “*Es doctrina reiterada que cuando un particular, extraneus, participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, intraneus, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado (...)*”¹⁶⁵.

7. ANÁLISIS DE LA PARTICIPACIÓN DELINCUENCIAL EN EL DELITO DE PECULADO

Actualmente y debido a los cambios sufridos por la globalización y la organización de cada Estado, la ciencia penal ha mutado y foráneamente se habla discute y analiza el derecho penal económico y su objeto de estudio, debido a que, su abordaje esta orientado a proteger bienes jurídicos abstractos orden socio económico del estado y el sistema de producción, distribución y accesibilidad de la población en general a bienes y servicios.

Al margen de este argumento, el derecho penal económico aborda el tema de los delitos especiales cometido por personas con cualificaciones específicas, sin embargo, trata de enfatizar la comisión o ejecución de acciones de los sujetos no cualificados en delitos especiales propios, es aquí donde cobra relevancia el peculado como delito especial, debido a que, la malversación de fondos y la vinculación de un tercero no cualificado, conllevaría a la afectación

¹⁶⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, op. cit., 466; también *vid.* Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999) 972-973.

¹⁶⁵ Luis Rodríguez Ramos et al, *Código Penal Comentado y con Jurisprudencia* (Madrid: La Ley, 2009) 1255.

del cumplimiento de los fines del estado y consecuentemente permitiría otros fenómenos delictuales entre los que se puede mencionar la corrupción estatal, en la administración pública, situación que facilitaría ocultamiento de capitales y consecuentemente lavado de dinero, así como enriquecimiento ilícito afectando con ello, el orden socio económico, debido a la inflación de bienes y servicios, limitándose así la libertad de empresa y la libre competencia, las cuales constituyen variables del orden socioeconómico.

Por esa razón, resulta trascendental señalar que para delimitar la responsabilidad del sujeto no cualificado -extranei-, se debe concebir e interpretar la postura que se desarrolla en el Estado salvadoreño, para delimitar responsabilidad penal, para esto se debe analizar dos teorías: *la teoría de la ruptura y la teoría de unidad*.

Para la teoría de la ruptura, no se le puede responsabilizar como autor participe en el delito de peculado, debido a que, la descripción del tipo cualifica y delimita la actuación para una persona específica, siendo este un servidor público, y la limitante para responsabilizar al extranei radicaría en el principio de legalidad¹⁶⁶. En ese sentido, dicha postura propugna imputar al extranei un hecho delictivo de naturaleza común o residual, en consecuencia, el *iter* criminal que conllevó a facilitar la apropiación de fondos públicos para el sujeto no cualificado -extranei-, llevaría a encajar la conducta en el delito común subyacente.

Ahora bien, modernamente la doctrina mayoritaria, ha sostenido que la teoría de la unidad es más acorde, debido a que, no se aparta de la cualificación del

¹⁶⁶ Miguel Reyna Alfaro “Desarrollos Jurisprudenciales en la Lucha contra la Corrupción”, ob cit. 18

sujeto, sino que, reflexiona sobre la variable de comunicabilidad, por ello el sujeto activo intraneus responderá por el delito que se le imputa, sin embargo, la consecución del fin es decir apropiarse de fondos públicos y defraudar la administración pública, cuando interviene un tercero, si existió conocimiento y voluntad de auxiliar al servidor ejecutante, constituyendo dicha situación la ayuda auxilio o colaboración, es decir comunicabilidad del hecho o acción en consecuencia la responsabilidad del extraneus estaría supeditada, a la regulación de complicidad, derivada de la sistematización de la norma penal en relación precepto del tipo penal de peculado y descripción sobre la complicidad¹⁶⁷.

En ese sentido puede señalarse el planteamiento de NOVOA MONRREAL, quien delimita que *“la malversación de fondos cometido por el intraneus como autor, comunica accesoriamente la conducta realizada por el extraneus, siendo castigado por el mismo título de peculado (...) prima el hecho del autor del hecho o que tiene el dominio funcional del hecho, siendo lo que encaja en el principio de unidad del título, sin embargo, califica jurídicamente la conducta de los partícipes, siendo esto accesorio, concibiéndose así el principio de accesoriedad, por lo que el extraneus responderá por el delito de peculado o malversación de fondos”*.

¹⁶⁷ Eduardo Novoa Monreal, op. cit., 215.

CAPÍTULO III

LA PUNIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS ESPECIALES

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho penal, existe una amplia discusión sobre la responsabilidad de las personas que intervienen en un hecho delictivo pero no concurren en ellos la *calidad especial* que el legislador exige para que pueda configurarse el tipo penal. Esta clase de delitos se denominan *delitos especiales propios*, ya que, el sujeto activo del mismo no puede ser cualquier persona, sino únicamente aquella que, conforme a la descripción típica, ostente cierta calidad que generalmente deriva de un deber extra-penal que nace de la función que éste desempeña –ya sea pública o privada-.

En ese orden, dado la complejidad con la que en ocasiones se realizan esos hechos delictivos, se determina la participación de otras personas que colaboran en las diversas etapas de la ejecución delictual, de manera que, con el objetivo de brindar una respuesta jurídico-penal a tal comportamiento, se han determinado dos teorías que pretenden resolver esta situación complicada.

La primera que se desarrollará se denomina *teoría de la unidad del título de imputación*, en la que se considera que, al participar en el hecho delictivo, la cualidad del sujeto activo principal puede trasladarse hacia el sujeto que no ostenta la calidad que exige el tipo pero que participa en la ejecución, de manera que se le brinda el título de cómplice bajo ésta teoría.

La segunda, denominada *teoría de la ruptura del título de imputación*, sugiere que el extraneus jamás ostentará la calidad especial y que no resulta posible

comunicar o trasladársela, de modo que, la solución estriba en aplicarle el delito común subyacente –es decir aquel tipo penal que tenga similar estructura al delito especial que se le imputa al sujeto activo-. En ese contexto, también debe explicarse que en caso que no exista una figura aplicable su participación quedaría impune.

2. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE *EXTRANEUS* E *INTRANEUS* EN LOS DELITOS ESPECIALES.

Sabido es que la doctrina universal ha elaborado dos conceptos de autor: el unitario y el diferenciador.¹⁶⁸

Para el unitario, el cual parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, todo interviniente en el delito es autor –autor por instigación, autor mediato, autor inmediato, autor individual, coautor y autor por ayuda-. Al encontrar dificultad en el ámbito de la causalidad para señalar algunos comportamientos como principales y autónomos y otros como secundarios y accesorios, renuncia a la accesoriedad.¹⁶⁹

El concepto diferenciador de autor si hace distinción entre los distintos desempeños en la realización del delito, porque a uno los considera como autónomos o principales y a los otros como accesorios o subordinados. Tiene al autor –individual, mediato y coautor- como protagonista principal, y al partícipe –cómplice e instigador-, como subordinado. Este concepto renuncia a la equivalencia de las condiciones y acepta la accesoriedad.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Alberto Suárez Sánchez, *El Interviniente*, Reflexiones en torno a la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, visto el dos de agosto de dos mil veintiuno, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5312281.pdf>, pág 15.

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Ibidem.

Se considera autor a quien realice una conducta típica configurando la acción u omisión al que hace referencia el verbo rector del delito. Los delitos especiales reconocen solamente al sujeto cualificado como autor en el tipo e incluso admiten la coautoría solo si esos agentes cumplen con la descripción del tipo penal especial. Sin embargo, la autoría mediata no es aceptada para el extraneus. En efecto, ser autor mediato significa ser autor principal y en estos supuestos no es posible delimitar las cualidades de dicho sujeto al margen de los delitos especiales.¹⁷¹

Si a pesar de lo anterior resulta complicado entender la autoría desde la perspectiva de los delitos especiales, se recomienda analizarlo desde la teoría del dominio del hecho, la cual puede ser un elemento determinante para comprender quiénes tienen las posibilidades de poseer la calidad de autor¹⁷². Y precisamente del análisis de esta teoría se desprende que es aún más sencillo distinguir si un sujeto realizó una conducta por sí o por instrucciones de otro.

Derivado del estudio de la teoría del delito y del examen realizado a la teoría del dominio del hecho, el autor es el agente que puede realizar los actos típicos¹⁷³, es decir, quien tiene el dominio de la consumación del hecho. Bajo

¹⁷¹ Félix María Pedreira González, Autoría y participación, disponible en: <http://app.vlex.com/#vid/227895385>, (consulta dos de septiembre de dos mil veintiuno). Nota 9.

¹⁷² María Ángeles Rueda Martín, "El fundamento de la atenuación facultativa de la pena del partícipe extraneus en un delito especial en el Código Penal Español", InDret, núm. 3, julio, 2018, p.2-39.

¹⁷³ Eduardo Demetrio Crespo, La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo en la tentativa, Granada, disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/8.2.7lh-roxin.pdf>, (consulta dos de agosto de dos mil veintiuno)

este criterio, no se admite que quien no puede dominar el hecho se estime como autor, sin embargo, puede considerársele como partícipe del acto.

Dominar el hecho implica dominar también la acción, entendiendo por esto, que el sujeto será quien realice por sí el delito; o puede manifestarse también con el dominio de la voluntad, lo que implica actuar por medio de otro de tal manera que la voluntad de este se encuentre subordinada a la voluntad del primero. A esto se le conoce actualmente como la autoría mediata.

Finalmente, el dominio del hecho puede representarse por el dominio funcional del hecho, lo cual significa la realización del tipo penal por varias personas con una distribución de funciones o actividades dentro de la ejecución del tipo, lo que a la vista del derecho penal se conoce como coautoría¹⁷⁴. La teoría del dominio del hecho supone que quien lleva a cabo el injusto penal asume también el dolo que implica su desarrollo y es el único que puede actuar conforme a su voluntad.

Roxin refiere que para determinar la autoría es necesario, no solo estudiar la teoría del dominio del hecho —al que define como el dominio de la acción final que dará el resultado típico—, sino también, analizar los delitos de infracción de deber, ya que, después de todo, el intraneus es quien ha obtenido una obligación moral o institucional y, por ende, el extraneus no puede considerarse como autor o coautor, toda vez que en estricto sentido y tomando en cuenta la teoría del dominio del hecho, él es quien domina la acción final y

¹⁷⁴ José Manuel Gómez Benítez, El dominio del hecho en la autoría, Universidad Complutense de Madrid, [en línea] disponible en: <http://www.cienciaspenales.net>, (consulta dos de agosto de dos mil veintiuno).

sería suficiente para ser autor; sin embargo, no ostenta esa obligación de custodiar un deber.¹⁷⁵

Refiriéndose ahora a la posibilidad de reconocer al extraneus como autor mediato, siendo el intraneus el instrumento, se delimita este problema al recordar que se le llama extraneus por no poseer las cualidades que el tipo requiere y se replantea la pregunta de quién tiene el dominio final del hecho, sobre todo tratándose de delitos especiales propios. En ese supuesto, el instrumento sí tiene una condición especial, es decir, sostiene una posición necesaria en los delitos especiales.¹⁷⁶

Entonces, el agente extraño, a pesar de utilizar al intraneus como instrumento para actualizar un hecho delictivo, no se considerará autor mediato al no cumplir con las particularidades de un autor especial, es decir, por la ausencia de elementos típicos de carácter personalísimo.¹⁷⁷

De lo anterior se presume que, el sujeto extraño no puede considerarse autor mediato por no ostentar una peculiaridad específica y por no tener el dominio final de la realización del hecho. Podrá contemplarse solamente como autor a aquel que tenga una característica especial descrita por la legislación, de lo contrario, el particular solo podrá tener la calidad de partícipe, por carecer del elemento especial indispensable puntualizado en el tipo y tendrá solamente una conducta concomitante a la del intraneus.

¹⁷⁵ María Soledad Ramírez Morales, *La responsabilidad del extraneus en el marco de los delitos especiales. Una visión del principio de unidad de título de imputación*, Revista de Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, año 9, número 17, 62.

¹⁷⁶ André Scheller D'Angelo, "La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana", Universidad cooperativa de Colombia seccional Santa Marta, Artículo de investigación, núm. 35, 244-262.

¹⁷⁷ Enrique Gimbernat Ordeig, op. cit., 199-202.

En tal sentido, el *extraneus* será aquel por el cual no concurre la calidad especial que exige el tipo penal y el *intraneus* es aquel que ostenta la referida calidad especial, de manera que el primero únicamente puede responder como partícipe o por el delito común subyacente –dependiendo de la teoría que se aplique- y en cambio el segundo responderá como autor directo del hecho delictivo. Por ese motivo, ambas figuras no tienen coincidencia entre sí.

Como en los delitos de infracción de deber, sólo es autor quien defrauda la concreta materia jurídica de comportarse adecuadamente, el *extraneus* adquiere la condición de partícipe con independencia del momento en el cual preste su contribución para la realización del delito. Desde luego que el aporte causal voluntario que haga puede variar según actúe como cómplice o determinador.¹⁷⁸

El *extraneus* puede ser determinador de delito especial o de infracción de deber, cuando con dolo personal persuade al *intraneus* a que infrinja el deber especial, caso en el cual éste es el autor del mismo.¹⁷⁹

El *extraneus* es cómplice cuando de manera voluntaria ayuda al *intraneus* a la ejecución del delito especial; auxilio que puede ser prestado antes del delito, durante su comisión y aun después de su agotamiento.¹⁸⁰

La causalidad que caracteriza la complicidad puede ser de cualquier naturaleza: necesaria, primaria o secundaria. Pero muy importante e indispensable que sea el aporte causal siempre dará lugar a la complicidad, porque su comportamiento es de referencia; es decir, accesorio al de quien

¹⁷⁸ Alberto Suárez, *El interviniente*, p.20.

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ Ibidem.

infringe el deber especial, el cual de ninguna manera podrá ser autónomo y principal.¹⁸¹

3. LA PUNIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES

“La complicidad en la comisión de delitos especiales [...] es posible, puesto que la calidad especial que exige el tipo legal [...] es requerida para el autor, pero no para los partícipes”. Con estas palabras, el profesor José Hurtado Pozo deja entrever su posición a favor de la posibilidad dogmática de castigar como cómplices de un delito especial a los partícipes *extraneus*. Sin embargo, pese a la claridad de su planteamiento, la determinación de la pena a imponer a aquellas personas que, sin tener la calidad exigida por el tipo penal, han participado en la realización de un delito especial, constituye un tema que ha suscitado un fuerte debate dogmático tanto en los escritos doctrinales como en la jurisprudencia de los tribunales penales.¹⁸²

Simplificando la discusión, podría decirse que se encuentran en disputa fundamentalmente dos teorías: la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación. Mientras la primera considera que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial correspondiente, la segunda sostiene que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe.¹⁸³

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Percy García Cavero, *La Pena del Partícipe Extraneus en los delitos especiales*, Anuario de Derecho Penal, año 2009, consultado en https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_05.pdf, acceso el día cuatro de agosto de dos mil veintiuno, 2.

¹⁸³ Ibidem.

La persona que contribuye a la realización de un delito especial solo podrá ser castigada penalmente si su comportamiento se subsume en un delito común y, de ser así, la pena a imponer tendrá que determinarse a partir del marco penal previsto en dicho delito común.¹⁸⁴

La inclinación por una u otra teoría para resolver el problema de la pena de los partícipes *extraneus* en los delitos especiales se ha hecho, por lo general, destacando los aspectos discutibles de la teoría opuesta. Por ejemplo, los detractores de la teoría de la unidad del título de imputación señalan que esta teoría lleva finalmente a la consecuencia de convertir los delitos especiales en delitos comunes, por lo que, al final, la construcción dogmática de los delitos especiales no tendría ningún sentido práctico, lo que no parece conciliarse con la voluntad del legislador de reducir el círculo de posibles autores. Esta crítica tiene especial asidero en aquellos sistemas penales, como el nuestro, en los que el cómplice (primario) es reprimido con la pena prevista para el autor.¹⁸⁵

Por el contrario, los críticos de la teoría de la ruptura del título de imputación señalan que la asunción de esta teoría produciría vacíos de punibilidad en los casos en los que la conducta del partícipe no pueda subsumirse en un delito común subyacente. Si bien en los delitos especiales impropios no hay un vacío de punibilidad al existir un delito común subyacente, la situación se presenta distinta en el caso de delitos especiales propios, pues la conducta típica realizada por un sujeto no cualificado no tiene, en principio, repercusión penal. Por ejemplo: el delito de prevaricato solamente tiene sentido en el caso del juez, pero no respecto de aquellos que no tienen dicha calidad.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Ibidem.

3.1. TEORÍAS PENALIZADORAS

3.2. TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN

La teoría de la unidad del título de imputación contiene un enfoque distinto a la teoría de la ruptura del título de imputación. Para aquella teoría, si bien el extraneus no puede ser autor de un delito especial, si puede ser partícipe del mismo, el cual es correcto, atendiendo a la infracción de los deberes fundamentales y dándole utilidad a la teoría de la unidad de título de imputación, la cual permite ampliar las posibilidades de establecer una responsabilidad jurídica para el extraneus—según la intervención que haya tenido en el hecho ilícito —, para la generalidad de casos de autoría y participación en los delitos especiales, por ser elementos más específicos, tratándose de la intervención de un extraneus.¹⁸⁷

Los autores en esta línea argumentan que “la teoría de la incomunicabilidad de las circunstancias, lejos de impedir que el extraneus sea considerado como partícipe del delito especial, la fundamentan”¹⁸⁸

Esta teoría consagra el principio de accesoriedad, pues distingue al autor y al partícipe en la ejecución de los delitos especiales. Está de acuerdo en que un extraño no puede ser tratado como autor ni como autor material de delitos especiales, pero sí considera necesario responsabilizarlo como partícipe. Lo anterior, porque la finalidad del derecho penal es la protección de bienes

¹⁸⁷ Lorenzo Pérez Livia, et al, *Prevalencia de la teoría de la unidad del título de imputación: determinación de la naturaleza jurídica del extraneus en el delito de colusión*, Revista Derecho, Universidad Nacional de Altiplano, vol 6, año 2021, 2.

¹⁸⁸ Ibidem.

jurídicos y no se puede permitir que quienes hayan realizado un delito queden impunes por no alinearse a las características especiales determinadas por el tipo.¹⁸⁹

El extraneus que coopera con un intraneus en la comisión de un delito especial no será considerado como partícipe de un delito común, sino de un delito especial, que es aún más grave. Existe, pues, una unidad de intenciones de afectar un bien jurídico propia de personas que tienen las condiciones determinadas por el tipo y por personas que no cumplen con ellas. Un extraño, por haber realizado un delito, será responsable del mismo con independencia de las cualidades especiales exigidas por el tipo, pues basta con haber tenido la intención de dañar un bien jurídico. Esto afianza la teoría de la unidad del título de imputación, ya que el extraneus responde por el delito especial y no por un delito común, de esta manera, deja de lado la distinción entre un delito especial propio de uno impropio.¹⁹⁰

La teoría de la unidad del título de imputación no permite juzgar al interviniente por delitos diferentes; deben responder por el mismo delito como autor o como partícipe. A pesar de que el extraneus determine al intraneus o coopera con él para ejecutar un delito, no podrá ser considerado como autor, pues es el intraneus quien tiene a su alcance la posibilidad de evitar la afectación del bien jurídico; sería diferente si el intraneus no realiza la conducta y el extraneus constituye acciones que por sí ya configuran un delito diferente.¹⁹¹

¹⁸⁹ María Soledad, *La responsabilidad del extraneus*,

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*. 64.

Finalmente, puede definirse lo siguiente: el extraneus debe responsabilizarse por su conducta¹⁹², que implica ya una afectación a un bien jurídico, con independencia de si conoce o no las cualidades especiales del intraneus, pues su conducta implica ya un hecho ilícito. La responsabilidad del extraneus depende entonces del delito especial de que se trate y, desde el estricto punto de vista jurídico-penal, en tratándose de delitos especiales propios.¹⁹³

La responsabilidad del extraneus versará en ser juzgado por ese delito especial como instigador o cómplice, con base en su participación, para evitar que el extraño quede impune ante el hecho. En cambio, con los delitos especiales impropios, el extraneus tendrá responsabilidad, sobre el delito común adyacente al especial, en calidad de autor.¹⁹⁴

3.2.1. TEORÍA DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN

Según esta teoría los tipos penales de delitos especiales solamente se referirían a los intraneus; por lo tanto, los extraneus solamente serían punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurran (cada uno responde por su propio injusto). Los partidarios de esta teoría se apoyan para esta afirmación en un supuesto apoyo legal contenido en el artículo 26 del código penal referido a la comunicabilidad de circunstancias personales la cual exigiría que la “cualidad” de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) de los partícipes extraneus.¹⁹⁵

¹⁹² Como es lógico, a partir de la formulación de ésta teoría, ya que por el contrario, la ruptura del título de imputación no implica una punición absoluta, sino únicamente en los casos en que el comportamiento tenga derivación con un tipo penal básico.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ Clever Alexander Aguilera, *La teoría de la unidad del título de imputación y la persecución y represión penal de los delitos especiales cometidos por corrupción de funcionarios públicos*, consultado en https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/2255/1/RE_DER_CLEVER.AGUILER

En este caso cuando el funcionario público, con dominio del hecho, comete el delito especial con ayuda de un particular, el primero será autor del delito especial, mientras que el segundo solamente será cómplice de delito común; contrario sensu, cuando el “dominio del hecho” lo haya tenido el particular (extraneus) y el funcionario (intraneus) únicamente haya colaborado con aquél, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor del delito común y el segundo como partícipe del delito especial.¹⁹⁶

Quienes apoyan esta teoría manifiestan que las descripciones del tipo especial no pueden servir como base para establecer la punibilidad del extraño interviniente. Es sencillo aplicar esta teoría cuando de delitos especiales impropios se trata, pues el intraneus responderá como autor o partícipe de un delito especial de acuerdo con la intervención que haya tenido en él y el extraneus será autor del delito común subyacente, si fue este último quien utilizó al intraneus como instrumento para realizar una conducta delictiva.¹⁹⁷

El problema se presenta cuando se trata de delitos especiales propios y la teoría de la ruptura del título de imputación nos dice que los intraneus responderán como autores de los delitos especiales y no existirá punibilidad para el extraneus por no presentarse un delito común subyacente.¹⁹⁸

El defecto esencial de esta teoría está en que atenta contra la “accesoriedad” de la participación, pues en los casos en los cuales quien haya tenido el dominio del hecho hubiera sido el intraneus, la punibilidad del partícipe

A_TEORIA.DELA.UNIDAD.DEL.TITULO.DE.IMPUTACION_DATOS.pdf, acceso el día cuatro de agosto de dos mil veintiuno.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ María Soledad, *la responsabilidad del extraneus*, 66

¹⁹⁸ Ibidem.

extraneus no va a depender del “hecho principal” punible (el delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el delito común). Y en sentido contrario, cuando el domino del hecho lo hubiera tenido el extraneus, el intraneus resultaría punible como partícipe de un “delito especial” que no se ha cometido en realidad, pues al extraneus se le imputa el delito común.¹⁹⁹

3.3. TEORÍAS DE LA IMPUNIDAD

3.3.1. PUNIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES IMPROPIOS E IMPUNIDAD EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS

Simplificando la discusión, podría decirse que se encuentran en disputa fundamentalmente dos teorías: la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación. Mientras la primera considera que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial correspondiente, la segunda sostiene que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe. La persona que contribuye a la realización de un delito especial solo podrá ser castigada penalmente si su comportamiento se subsume en un delito común y, de ser así, la pena a imponer tendrá que determinarse a partir del marco penal previsto en dicho delito común.²⁰⁰

La inclinación por una u otra teoría para resolver el problema de la pena de los partícipes extranei en los delitos especiales se ha hecho, por lo general, destacando los aspectos discutibles de la teoría opuesta. Por ejemplo, los

¹⁹⁹ Clever Aguilera, *la teoría de la unidad*.

²⁰⁰ Percy García, *La pena del partícipe*, 116-117

detractores de la teoría de la unidad del título de imputación señalan que esta teoría lleva finalmente a la consecuencia de convertir los delitos especiales en delitos comunes, por lo que, al final, la construcción dogmática de los delitos especiales no tendría ningún sentido práctico, lo que no parece conciliarse con la voluntad del legislador de reducir el círculo de posibles autores.²⁰¹

Esta crítica tiene especial asidero en aquellos sistemas penales, como el nuestro, en los que el cómplice (primario) es reprimido con la pena prevista para el autor. Por el contrario, los críticos de la teoría de la ruptura del título de imputación señalan que la asunción de esta teoría produciría vacíos de punibilidad en los casos en los que la conducta del partícipe no pueda subsumirse en un delito común subyacente. Si bien en los delitos especiales impropios no hay un vacío de punibilidad al existir un delito común subyacente, la situación se presenta distinta en el caso de delitos especiales propios, pues la conducta típica realizada por un sujeto no cualificado no tiene, en principio, repercusión penal. Por ejemplo: el delito de prevaricato solamente tiene sentido en el caso del juez, pero no respecto de aquellos que no tienen dicha calidad.²⁰²

Planteamiento de la teoría de la comunicabilidad entre el *instraneus* y el *extraneus*

La teoría de la comunicabilidad, constituye un planteamiento que emerge con la postulación de la teoría de la unidad para los delitos especiales, el cual a su vez se configura como directriz o principio aplicable para el delito de peculado que se denomina principio de unidad e indivisibilidad del título de imputación el delito de peculado cometido por un servidor público en funciones en

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Ibidem.

quebrantamiento de sus deberes, -intraeus-, ya que la conducta del autor, comunica accesoriamente la conducta realizada por el extraneus, siendo castigado por el mismo título de peculado, es decir con la dirección funcional del hecho ejecutada por un servidor público, prima el hecho del autor del hecho o que tiene el dominio funcional del hecho, siendo lo que encaja en el principio de unidad del título, sin embargo, califica jurídicamente la conducta de los partícipes, siendo esto accesorio, concibiéndose así el principio de accesoriedad, por lo que el extraneus responderá por el delito de peculado o malversación de fondos²⁰³.

4. LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO CONFORME A LA JURISPRUDENCIA

Partiendo de la teoría de la unidad del título de imputación, para determinar la punibilidad del *extraneus* debe atenderse a los principios generales de la participación y en particular a las reglas de la complicidad, la cual se derivaría de la aplicabilidad sistemática de la descripción de tipo penal de Peculado y la descripción normativa de la complicidad²⁰⁴, ya que, la norma penal establece la base para imputar a un sujeto no cualificado el delito de Peculado como cómplice, bajo la aplicabilidad del principio de accesoriedad.

²⁰³ En este sentido véase: Eduardo Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, ob. cit 215

²⁰⁴ En este sentido véase: Eduardo Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General (Santiago de Chile, Editorial Jurídica, tercera edición, tomo II, 2005), 215. de acuerdo con el principio de unidad e indivisibilidad del título de imputación el delito de malversación de fondos cometido por el intraeus como autor, comunica accesoriamente la conducta realizada por el extraneus, siendo castigado por el mismo título de peculado ... prima el hecho del autor del hecho o que tiene el dominio funcional del hecho, siendo lo que encaja en el principio de unidad del título, sin embargo, califica jurídicamente la conducta de los partícipes, siendo esto accesorio, concibiéndose así el principio de accesoriedad, por lo que el extraneus responderá por el delito de peculado o malversación de fondos

Sin embargo, la temática que nos ocupa a nivel jurisprudencial en El Salvador ha sido escasamente abordada y cuando menos son imprecisos los criterios jurisprudenciales. En la *sentencia* definitiva de la Sala de lo Penal, con referencia: 1C2017, del año dos mil diecisiete, se estableció:

“La infracción penal de peculado el sujeto activo no está referido a indeterminada persona, sino que éste tiene una especial calificación en virtud de su posición en la sociedad, y que para el caso lo constituyen los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público. De tal forma, sólo quien sea funcionario público y tenga, además, la vinculación funcional por razón del cargo con los fondos o efectos públicos deberá de estar en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionariales para efectos de imputarle la autoría de ese delito”.

Evidentemente en la jurisprudencia de la Sala de lo Penal, se concibe que únicamente el sujeto cualificado –funcionario público- que tiene a su cargo los bienes, caudales o efectos públicos, precisamente por dicha vinculación con el referido objeto material, está en condiciones de vulnerar el deber funcional y en consecuencia cometer a título de autor el delito de Peculado²⁰⁵.

²⁰⁵ De igual manera las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia penal se han pronunciado respecto de los delitos especiales, estableciendo que en estos el tipo requiere la concurrencia de una cualidad especial en el autor en tal sentido, pueden verse los siguientes pronunciamientos: Cámara de la Tercera Sección del Centro, *Sentencia Definitiva*, Referencia P-126-PC-CPPV-2020 (El Salvador, 2020). *“Tomando en cuenta, el precepto descrito por la norma antes relacionada, es importante establecer que el delito de cohecho propio puede ser cometido -únicamente- por: a) funcionarios o empleados públicos; y b) por agentes de autoridad o autoridades públicas, convirtiéndose en un delito especial, en virtud de que el tipo penal requiere la concurrencia de una cualidad especial en el autor del mismo, es decir, que ostente un cargo de los mencionados por la ley, por lo que cualquier persona que desarrolle una función pública sin importar el cargo, puede cometer dicho ilícito; Cámara Especializada de lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 280-APE-2019 (El Salvador, 2019). “Lo anterior implica que el Cohecho Propio requiere los elementos siguientes: (a) es un delito especial propio de naturaleza mixta, que únicamente puede ser cometido por el sujeto*

Ahora bien, en la jurisprudencia de la Sala de lo Penal no se excluye la posibilidad de que el sujeto no cualificado pueda ser partícipe de dicho delito cometido por el *intra-neus*, más bien, de manera reiterada en la jurisprudencia se ha admitido que el *extraneus* puede ser partícipe en dicho delito especial.

activo que reúna una de las cualidades siguientes: funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que se encuentre el dominio del riesgo típico porque se encuentre dentro de la esfera de éste el dominio sobre el bien jurídico.

CAPÍTULO IV

EL TRATAMIENTO DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DERECHO PENAL SALVADOREÑO Y COMPARADO

1. INTRODUCCIÓN

Admitiéndose que en el campo del Derecho es preciso e imprescindible conocer las diferencias y similitudes en la regulación de las instituciones jurídicas en los ordenamientos jurídicos de otros países, en el presente capítulo se analiza la regulación de la problemática de la intervención del *extraneus* en el derecho español, costarricense y colombiano, tanto en delitos especiales propios como impropios.

Evidentemente este ejercicio comparativo no se limita a propiciar el análisis de la autoría y la participación en los delitos especiales en otros países, sino que permite que aquellos aciertos en dichas regulaciones puedan adaptarse a nuestro sistema jurídico, ya sea haciendo una recepción de la terminología legal utilizada en esos países o fusionándola con los aciertos de nuestra regulación.

A continuación se aborda la regulación legal de la participación del sujeto no cualificado en los delitos especiales en España, Costa Rica y Colombia, determinando cuál es la respuesta penal que en ellos se brinda, los principales aspectos abordados en la jurisprudencia de dichos países y las consideraciones que ha efectuado la doctrina respecto de dichas regulaciones.

2. LA REGULACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO

Ante todo, debe admitirse que la legislación penal antecedente del Código Penal vigente, nos brinda una luz para analizar la respuesta o solución que brinda el ordenamiento jurídico salvadoreño frente a la problemática de la intervención del *extraneus* en los delitos especiales propios e impropios, y en particular respecto del delito de Peculado.

El primer parámetro para el análisis de la solución, debe ser necesariamente el principio de legalidad previsto en términos generales en el artículo 15 de la Constitución de la República y, específicamente en materia penal, en el artículo 1 del Código Penal, que impone como *conditio sine qua non* para la configuración de los delitos la certeza en la descripción de las conductas y la exclusión de la analogía *in malam partem*.

Inclusive a priori puede sostenerse, que la solución unitaria o de unidad del título de imputación es la que más se ajusta al principio de legalidad, pues éste lleva a la conclusión que el *extraneus* sólo puede ser sancionado por el único delito realmente cometido y al que prestó su contribución, que sería el delito especial atribuido al *intraneus*, más no por un delito común subyacente que ontológicamente nadie ha cometido en grado de autoría.

Realizando una interpretación sistemática de los artículos 38 y 67 del Código Penal, se puede llegar a la solución unitaria que propugna la punibilidad de la intervención del *extraneus* en los delitos especiales propios e impropios. El primero de dichos preceptos, que regula la figura del “actuar por otro” busca resolver los problemas que se presentan cuando quien actúa como representante y ejecuta la acción típica no reúne en sí la cualificación o calidad

que exige la ley para ser autor del delito, pero dicha cualificación si concurre en su representado; por consiguiente, la disposición legal brinda una solución a los problemas de tipicidad y autoría en los delitos especiales propios, para que la conducta típica del no cualificado no quede impune, por el sólo hecho de no reunir personalmente la calidad o cualificación exigida por el tipo.

Por otra parte, el artículo 67 del Código Penal salvadoreño que regula la institución de la comunicabilidad de las circunstancias entre los intervinientes en el delito, cuya importancia es reconocida en la doctrina para resolver la problemática de la intervención del *extraneus* en delitos especiales propios e impropios, debe señalarse: en primer lugar, que al ubicarse dicho precepto legal en el capítulo III, relativo a la adecuación de las penas, Título III del Libro I, el legislador optó por la punibilidad de todos los intervinientes en el delito, llámese instigadores, autores o cómplices, sin realizar distinción alguna respecto a si se trata de un delito común o especial; en segundo lugar, la disposición legal puede interpretarse en el sentido que las circunstancias y cualidades que forman parte de la descripción típica, se tienen en cuenta respecto de los intervinientes que hubieren ejecutado o contribuido el hecho determinados –conscientes- de la concurrencia de ellas en alguno o algunos de los intervinientes.

Sumado a lo anterior, diferentes tipos penales especiales contenidos en la parte especial del Código Penal, admiten dentro de su estructura típica, la posibilidad de que en la ejecución de la conducta delictiva participe un *extraneus*, por ejemplo, los delitos de Peculado –art. 325-, Peculado por Culpa –art. 326-, Enriquecimiento Ilícito –art. 333-, entre otros.

En ese sentido, el Código Penal salvadoreño permite adoptar la solución unitaria o de unidad del título de imputación, para sancionar al *extraneus* como

partícipe del delito especial cometido por el *intraneus*, siendo la respuesta penal más satisfactoria en términos de política criminal porque evita la impunidad en los delitos especiales propios y, además, es la solución más coherente desde un punto de vista dogmático.

Por otra parte, las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia penal se han pronunciado respecto de los delitos especiales, estableciendo que en estos el tipo requiere la concurrencia de una cualidad especial en el autor en tal sentido, pueden verse los siguientes pronunciamientos:

Sentencia definitiva de la Cámara de la Tercera Sección del Centro, Referencia P-126-PC-CPPV-2020 la cual establece:

“Tomando en cuenta, el precepto descrito por la norma antes relacionada, es importante establecer que el delito de cohecho propio puede ser cometido -únicamente- por: a) funcionarios o empleados públicos; y b) por agentes de autoridad o autoridades públicas, convirtiéndose en un delito especial, en virtud de que el tipo penal requiere la concurrencia de una cualidad especial en el autor del mismo, es decir, que ostente un cargo de los mencionados por la ley, por lo que cualquier persona que desarrolle una función pública sin importar el cargo, puede cometer dicho ilícito;

Así mismo se tiene la sentencia definitiva de la Cámara Especializada de lo Penal, Referencia: 280-APE-2019 la cual establece:

“Lo anterior implica que el Cohecho Propio requiere los elementos siguientes: (a) es un delito especial propio de naturaleza mixta, que únicamente puede ser cometido por el sujeto activo que reúna una de las cualidades siguientes: funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que

se encuentre el dominio del riesgo típico porque se encuentre dentro de la esfera de éste el dominio sobre el bien jurídico”.

3. LA REGULACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Desde hace muchos años, la legislación española y la doctrina científica del derecho penal de dicho país, ha ejercido y continúa ejerciendo en la actualidad enorme influencia en el ordenamiento jurídico-penal salvadoreño. Con la reforma penal impulsada en El Salvador en la segunda mitad de la década de los noventa, los penalistas españoles ejercieron aun mayor influencia e, inclusive, fueron los comentaristas del Código Penal quienes establecieron las pautas interpretativas de las diferentes instituciones jurídico-penales, precisamente porque -en no pocos casos- los Tribunales salvadoreños se limitaron a trasladar los comentarios a las resoluciones que pronunciaban.

En ese sentido, puede afirmarse que no sólo muchas leyes e instituciones jurídicas en el orden penal vigente han sido inspiradas en leyes españolas, sino que además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional español ha servido de base para el desarrollo de la jurisprudencia salvadoreña en materia penal.

Es por lo anterior, que para esta investigación es imprescindible examinar la regulación de la problemática de la intervención del *extraneus* en el derecho español, tanto en delitos especiales propios como impropios; así también, es de particular interés examinar las soluciones que ofrece dicho ordenamiento jurídico en cuanto a la punibilidad del no cualificado que interviene en esta tipología delictiva.

El Código Penal español, en el libro I, título II, bajo el acápite “*de las personas criminalmente responsables de los delitos*”, define y a la vez distingue entre los diferentes intervinientes en el delito. En el artículo 27, se establece: “*Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices*”; llama la atención que el legislador español no consideró relevante colocar, dentro de los responsables penalmente, al inductor o instigador, cómo sí lo hace el legislador salvadoreño en el artículo 32 del Código Penal.

Lo anterior se explica, en razón de que el Código Penal español realiza una especie de equiparación entre el autor, el inductor y el cooperador, considerándolos básicamente como intervinientes principales en el hecho, relegándose a un papel secundario únicamente al cómplice; a diferencia de la ley penal salvadoreña que distingue entre cómplice necesario y no necesario, el legislador español reservó para el primero el término “cooperador” y para el segundo el vocablo de “cómplice”. El artículo 28 del Código Penal español dispone lo siguiente:

“Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.*

En el primer inciso, dicho precepto legal identifica y distingue las tres formas de autoría reconocidas ampliamente en la doctrina: la autoría unipersonal directa, la coautoría y la autoría mediata. Es en el inciso segundo que se lleva a cabo la equiparación, estableciéndose que legalmente serán considerados

autores -aunque en realidad no lo sean- los inductores y cooperadores. Precisamente por esta disposición legal, algunos autores españoles llegaron a considerar que el Código Penal de dicho país adoptaba un concepto extensivo de autor, aunque, como se ha expuesto *supra*, la doctrina mayoritaria se inclinó por leer en dicho precepto un concepto restrictivo.

En cuanto a la complicidad, en el artículo 29 de la referida ley penal española, se prevé: “*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”. Aunque no lo dice explícitamente la disposición, se entiende que con el término cómplice únicamente se comprende al partícipe cuya cooperación al delito es no necesaria.

Históricamente en el Derecho español, el precepto legal más importante para resolver la problemática de la intervención del *extraneus* en delitos especiales propios e impropios, ha sido el relativo a la comunicabilidad de las circunstancias agravantes o atenuantes –artículo 65.1 del Código Penal-²⁰⁶. Lo anterior, porque la doctrina centró la discusión relativa a la adopción de las teorías de la unidad o ruptura del título de imputación, en el contenido de dicha disposición legal.

²⁰⁶ Vid. Manuel Gómez Tomillo, op. cit., 336. Así afirma el autor: “*El art. 65 CP, al igual que ocurría con su predecesor –el art. 60 del Código de 1944- tiene una importancia fundamental en nuestro Derecho penal, porque las reglas penológicas que en él se contienen han servido y sirven no sólo para determinar la concreta pena imponible al responsable de un delito en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sino también porque, como señala González Cussac, este precepto ha llegado a convertirse en el principal argumento para sostener las distintas concepciones sobre la participación delictiva, e, incluso, justificar la aplicación o no de determinadas figuras delictivas*”.

Originalmente el artículo 65.1 del Código Penal español mantuvo similar redacción a su predecesor –el artículo 60 del Código de 1944-, regulando la comunicabilidad de las circunstancias en los siguientes términos:

“1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito²⁰⁷”.

Cabe señalar que en la doctrina española ni un solo jurista ha defendido que el partícipe no cualificado –*extraneus*- en los delitos especiales propios o impropios, pueda quedar impune, como sí ha ocurrido, por ejemplo, con algunos juristas alemanes. Sin embargo, aun no defendiendo la impunidad, a partir del artículo 65.1 del Código Penal español (antes artículo 60 del Código de 1944) varios penalistas propusieron que en aplicación de dicho precepto legal, debía romperse el título de imputación en los delitos especiales, concluyendo *“que los no cualificados responderán como partícipes del delito común subyacente, cuando se trata de delitos especiales impropios, y queda sin solución la participación en delitos especiales propios²⁰⁸”*.

²⁰⁷ Las dos únicas diferencias entre el antiguo artículo 60 del Código Penal de 1944 y el artículo 65 del Código Penal de 1995 en su redacción original, consisten en que en el último, se suprimió en el apartado 1º el término “culpables” que seguía al vocablo “aquéllos”, y en la incorporación del adverbio “únicamente” en el apartado 2º de los preceptos legales de referencia.

²⁰⁸ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 628.

Para los penalistas que propusieron y defendieron la teoría de la ruptura del título de imputación, también denominada solución diferenciadora, los elementos descritos en el tipo con los que el legislador limitaba la autoría en los delitos especiales, constituían elementos o circunstancias de naturaleza personal que sólo podían imputarse a aquellos sujetos en quienes concurrían²⁰⁹. Como consecuencia, si en el delito especial intervenía un no cualificado e inclusive éste hubiese tenido conocimiento de la concurrencia del elemento personal en el autor del hecho delictivo, tal elemento por ser personal no podía atribuirse al *extraneus*, sino sólo al *intraneus*.

El ejemplo clásico que se formuló en la doctrina española, estuvo relacionado con el delito de Parricidio, en los siguientes términos: A hijo de B, ejecuta la acción de darle muerte a B, recibiendo ayuda de C al realizar tal hecho delictivo; se afirmó que en tal caso, C no debía ser castigado –según este sector de la doctrina que defendía la ruptura del título de imputación- como partícipe de un parricidio, sino de un homicidio, ya que la relación de parentesco de A con la víctima constituía una circunstancia o elemento agravante personal no comunicable al partícipe en quien no concurría. En otras palabras, en ese supuesto el *intraneus* tendría que responder como autor del delito especial (parricidio), mientras que el partícipe *extraneus* debía ser castigado por el delito común subyacente (homicidio)²¹⁰.

²⁰⁹ Víctor Gómez Martín, op. cit., 126.

²¹⁰ Vid. Enrique Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal. Parte General* (Akal: Madrid, 1998) 384. Se expone que debido a que los delitos especiales impropios son materialmente análogos a los subtipos cualificados y privilegiados, o a los tipos en que concurría alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, el principio de justicia material impone hacer responder a los “extranei” por el delito común paralelo, por la ausencia en su persona del elemento personal descrito en el tipo.

Dicha propuesta de ruptura del título de imputación en los delitos especiales no quedó sólo a nivel doctrinario, sino que, inclusive, se hizo patente por algunos años en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que aceptó el planteamiento que el interviniente no cualificado –*extraneus*- tendría que ser sancionado con el delito común subyacente al delito especial impropio. Así por ejemplo, en la sentencia con referencia 3464/1990, del 30 de abril de 1990, el Tribunal Supremo español estableció lo siguiente:

“El único motivo del recurso de la acusación particular (...) plantea el interesante problema del ‘extraneus’ en un delito especial impropio al entender que la esposa condenada como cooperadora necesaria (...) debe acompañar su pena a la que corresponde al marido, autor real y directo en el que concurre la cualidad de comerciante. La cuestión entronca, pues, con la polémica suscitada a propósito del parricidio y no parece haya de tener aquí respuesta distinta. Esto significa que procede --dentro de esa concepción-- romper la unidad del título de imputación, no ya por aplicación inmediata del artículo 60 del repetido Código, puesto que se refiere sólo a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, sino porque su espíritu puede trasladarse, analógicamente y a favor del reo, hasta este otro planteamiento, permitiendo así una solución que coincide, además, con la razón de esa incriminación específica y no generalizable²¹¹”.

El argumento del Tribunal Supremo español, en el que se opta por romper el título de imputación en un delito especial, es decir, la solución diferenciadora, se da en el contexto de un motivo de impugnación alegado por los acusadores particulares, consistente en que a X cooperadora necesaria y esposa de Y autor del delito de Alzamiento de Bienes, no se le impuso la misma pena que

²¹¹ Tribunal Supremo, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 3464/1990 (España, 1990).

a su esposo comerciante. Debe aclararse que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, distinguía en el delito de Alzamiento de Bienes del Código Penal español, un tipo básico y otro especial, porque la conducta descrita “*el que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores*”, se agravaba cuando el autor era comerciante.

En ese sentido, el Tribunal Supremo rechazó el motivo de impugnación invocado por los acusadores particulares, precisamente porque la condición personal o cualidad de comerciante que concurría en el autor del delito Alzamiento de Bienes –el esposo-, no se le podía comunicar o atribuir a la esposa no comerciante, para agravarle la pena a partir de ese elemento personal²¹².

Sin embargo, la tesis de la ruptura del título de imputación amparada en el artículo 65.1 del Código Penal español –antes artículo 60 del Código de 1944-, fue progresivamente abandonada en la doctrina y jurisprudencia española. La razón de dicho abandono es que, se impuso en la doctrina, la idea que el referido precepto legal que regula la comunicabilidad o incomunicabilidad, está referido a las circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad penal, esto es, a las circunstancias agravantes o atenuantes contenidas en la parte general del Código Penal, y no a los elementos que configuran un delito

²¹² En sentido similar, puede verse: Tribunal Supremo, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 10151/1992 (España, 1992). En un caso en el que intervienen varios sujetos, el Tribunal concluye respecto del delito de Alzamiento de Bienes que la calidad de comerciante prevista en el tipo, no puede comunicarse y agravar la pena de aquellos sujetos en quienes no concurre tal calidad, señalando lo siguiente: “*Los cuatro cooperadores necesarios se hacen acreedores a la condena, al igual que los otros dos coautores por participación directa. Mas es evidente que no puede hacerse extensivo el carácter de comerciante, en interpretación alusiva, a las esposas, cuñadas o hijas, a pesar de que todos éstos hayan tenido una participación decisiva con los sujetos activos principales, y aunque conocieran la cualidad mercantil de éstos, sus maniobras y sus intenciones (...) sólo se aplica dicho inciso a quien efectivamente tuviera la cualidad personal de comerciante*”.

especial –es decir, cualidades o circunstancias que forman parte de la descripción típica-.

Gonzalo Quintero Olivares, al respecto señala que el artículo 65 del Código Penal español está concebido para las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal descritas en los artículos 21 y 22 del mismo cuerpo legal, concluyendo: *“Los elementos que configuran un delito especial no se corresponden con esas circunstancias y, aun cuando se correspondieran, en cuanto aparecen en un tipo especial, ya agravando ya atenuando, pierden su condición de circunstancias pasando a la de elementos típicos de la respectiva infracción”*²¹³.

La anterior observación formulada por la doctrina es convincente, puesto que la redacción inicial del artículo 65.1 del Código Penal español, era clara al referirse a las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas, por consiguiente, no resultaba aplicable a las circunstancias o cualidades que forman parte de la descripción de un delito especial, por tanto, el texto legal no imponía por sí la solución de la ruptura del título de imputación.

En todo caso, debe señalarse que la principal crítica a la tesis de la ruptura del título de imputación con base en el artículo 65.1 del Código Penal español, es que deja sin resolver un problema fundamental, como lo es la participación en los denominados delitos especiales propios, pues al no existir respecto de ellos un delito común subyacente, aplicando el precepto legal citado, los partícipes quedarían impunes. En otras palabras, la aplicabilidad de dicha disposición

²¹³ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 628. Seguido de su conclusión, el autor expone como ejemplo lo siguiente: *“el tipo de complicidad en malversación de caudales públicos, consistirá en ayudar a un funcionario público a dar destino indebido a los caudales a su cargo, y no en colaborar en una apropiación indebida que no ha tenido lugar porque nadie ha realizado este tipo”*.

legal a los delitos especiales necesariamente conduce una desigualdad de trato entre los partícipes, que Gonzalo Quintero Olivares resume así:

“Mientras que los partícipes en delito especial impropio serían castigados con arreglo a la pena del delito subyacente, los que fueran de un delito especial propio quedarían impunes o serían castigados con arreglo a la pena del tipo realizado por el autor principal, lo que sería incongruente con los otros casos²¹⁴”.

A partir de lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia entendieron que en el ordenamiento jurídico-penal español, en realidad no existía ningún precepto -ni regla- que impidiera lo que parecía más lógico y más satisfactorio en términos de política criminal, esto es, que los partícipes en delitos especiales propios o impropios respondan penalmente de acuerdo con el tipo realizado por el autor principal, sea cual sea ese tipo.

En ese orden de ideas, es doctrina dominante en España la tesis de la unidad del título de imputación, entendiéndose que si bien el *extraneus* no puede ser autor del delito especial - propio o impropio- porque falta en él la cualificación específica, nada impide que sea partícipe bajo el mismo título –delito- por el que responde el *intraneus*. En todo caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia española, han dispuesto apreciar en el partícipe no cualificado una circunstancia atenuante, precisamente porque su conducta tiene menos ilicitud, al no quebrantar el *extraneus* un deber específico como sí ocurre con el *intraneus*.

²¹⁴ Gonzalo Quintero Olivares, *Parte General...*, 628. El autor señala que los empeños por romper el título de imputación sólo se comprenden, si se interpreta que el artículo 65 del Código Penal español afecta tanto a circunstancias modificativas como a elementos típicos, lo cual a su juicio no tiene base legal.

A partir de la década de los noventa, dentro de las primeras sentencias del Tribunal Supremo español que adoptaron la tesis de la unidad del título de imputación respecto del *extraneus* en los delitos especiales, se puede citar la sentencia con referencia 97/1994, del 18 de enero de 1994, en la que se estableció lo siguiente:

“Es evidente que por el número 1 del artículo 358 (y la idea es generalizable a todos los supuestos análogos) no puede imputarse un delito de prevaricación a quien no sea funcionario público, como no habrá delito de prevaricación judicial, por el mismo concepto, si quien dicta la resolución no es un Juez. Ello es tan claro que no necesita de mayores precisiones. Habría usurpación de funciones o el delito que correspondiera, pero no, desde luego, prevaricación.

Sin embargo, la solución es distinta en los supuestos de inducción o cooperación necesaria de un "extraño" con un autor en quien sí concurren las circunstancias establecidas en el tipo penal. Si la participación del extraño es cooperación, ello supone participación en acto ajeno, y en este sentido puede mantenerse, con parte de la doctrina científica que no se requiere del sujeto, a diferencia de la autoría propiamente dicha, la cualidad que al autor del número 1 del artículo 14 exige el tipo penal.

Llevado el tema expuesto, con carácter general, a la prevaricación, hay que decir que aquél que, conociendo la condición de funcionario del sujeto activo llamado a decidir, le inclina decisivamente a dictar una resolución manifiestamente injusta, induce a prevaricar (...) lo mismo que el que presta su indispensable colaboración a la realización de tal delito comete (...) tal figura penal. En el mismo sentido que ocurre en las falsedades cometidas por el particular, éste no puede ser coautor porque falta la calidad de funcionario

indispensable para que el delito se produzca, pero responderá como inductor, cooperador o encubridor, pues la estructura misma del delito, construida sobre la base de los principios de la parte general, conducen a castigar al inductor con la misma pena que al autor material, aunque puede utilizarse, por vía indirecta, el contenido del artículo 60 del Código Penal que se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como determinante, cuando haya lugar a ello, de una atenuante analógica del artículo 9.10 del mismo texto legal, a fin de obtener una mayor individualización de la pena²¹⁵.

En dicha sentencia, el Tribunal Supremo español admite que un *extraneus* puede ser partícipe –cooperador o inductor- de un delito especial propio, como lo es el delito de Prevaricato, pudiéndosele aplicar en todo caso, una atenuante analógica con base en el artículo 65.1 del Código Penal español –artículo 60 del Código de 1944-. En igual sentido, en la sentencia con referencia 919/1997, del 12 de febrero de 1997, el Tribunal Supremo español estableció lo siguiente:

“c) La doctrina que la jurisprudencia viene siguiendo explícitamente desde la STS 52/93 de 18.1.94 establece, asimismo, que el partícipe extraneus en un delito especial propio debe ser condenado, de todos modos, con una pena atenuada respecto del autor intraneus. Ello se debe a que el primero no infringe personalmente el deber específico que da materialmente contenido al tipo del delito especial propio, lo que reduce el contenido de la ilicitud.

En el presente caso el Tribunal a quo ha condenado a ambos acusados a la misma pena, sin tomar en consideración este matiz importante que ha

²¹⁵ Tribunal Supremo, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 97/1994 (España, 1994).

subrayado la jurisprudencia. Ciertamente es, por otra parte, que la gravedad de la ilicitud no es necesariamente el único elemento de la individualización de la pena y que no es imposible que autor y partícipe de un delito especial propio sean condenados a la misma pena, pero no es menos cierto que en el presente caso en la sentencia recurrida no se han establecido las razones que permitirían afirmar una culpabilidad cuya magnitud justificaría que la pena del recurrente deba igualar a la del funcionario. Más bien parece que el Tribunal a quo ha igualado las penas basándose en que el marco penal establecido para el autor (en sentido estricto) y el partícipe necesario es coincidente. Sin embargo, no es posible dejar de considerar que cuando la ley dice que los colaboradores necesarios 'se consideran autores' no quiere decir que son autores, sino que se los debe sancionar dentro del mismo marco penal, según su propia culpabilidad, como surge de los principios de la accesoriidad limitada.

De acuerdo con lo antedicho, ante la ausencia de otras circunstancias que demuestren una elevada culpabilidad del recurrente, es preciso considerar que al ser más reducida su ilicitud, también debió serlo su culpabilidad, toda vez que la magnitud de la ilicitud es un elemento de la magnitud de la reprochabilidad jurídica²¹⁶.

Debido a que la doctrina dominante española y la jurisprudencia adoptaron progresivamente la teoría de la unidad del título de imputación –también denominada solución unitaria–, en el sentido que el *extraneus* deberá responder como partícipe del delito especial imputado al *intraneus*, en todo caso con una atenuación de pena por aplicación analógica, en el año 2003, el legislador español decidió reformar el artículo 65 del Código Penal

²¹⁶ Tribunal Supremo, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 919/1997 (España, 1997).

estableciendo expresamente en el texto legal dicha solución. La redacción actual de dicha disposición legal, es la siguiente:

“Artículo 65.

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

De esta manera, el legislador español solucionó la problemática de la intervención del sujeto no cualificado en los delitos especiales, manteniendo el título de imputación respecto del autor cualificado, pero con una atenuación de la pena precisamente porque el partícipe *extraneus* no infringe personalmente el deber específico contenido en el tipo y, en consecuencia, su conducta expresa un menor contenido de ilicitud respecto del *intraneus*.

4. LA REGULACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEO EN EL DERECHO COSTARRICENSE

El Código Penal de Costa Rica, en la sección II, título III del Libro Primero, identifica a los diferentes intervinientes en el delito, a la vez define y distingue las figuras de la autoría, coautoría, autoría mediata, instigación y complicidad. En el artículo 45 de dicho cuerpo legal, se establece: *“Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros, y coautores los que lo realizaren conjuntamente con el autor”*.

La redacción de la ley penal costarricense es similar al texto del Código Penal salvadoreño respecto a la definición de la autoría principal en sus tres formas: autor directo, autor mediato y coautor. En consecuencia, no cabe duda que el Código Penal de Costa Rica adopta un concepto restrictivo de autor, porque reconoce a esos tres principales intervinientes en el hecho delictivo y, a su vez, los distingue de los partícipes.

Efectivamente, en dicho cuerpo normativo se relega a un papel secundario a las figuras del instigador y el cómplice definiéndolas por aparte. Así, en el artículo 46 el legislador costarricense señala que *“son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible”*, y en el artículo 47 se prevé que *“son cómplices los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible”*.

Llama la atención que el Código Penal de Costa Rica en su texto no distingue explícitamente entre la complicidad necesaria y no necesaria, como sí lo hace el Código Penal de El Salvador, entendiéndose en términos generales que cómplice será todo aquél interviniente que preste un auxilio o cooperación al

autor para la realización del delito, con independencia de la entidad de la contribución.

Es particularmente interesante el texto del artículo 49 del Código Penal costarricense, que regula la comunicabilidad de las circunstancias en los siguientes términos, en el inciso primero: *“Las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos. Las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto a los partícipes en quienes concurren”*; y, en el inciso segundo, se dispone que: *“Las circunstancias materiales, que agraven o atenúen el hecho solo se tendrán en cuenta respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso”*.

Es posible identificar en el inciso primero del precepto legal citado dos partes o dos supuestos claramente diferenciados por el legislador costarricense. En la primera parte, se hace referencia a las *“calidades personales constitutivas de la infracción”*, esto es, a las calidades que forman parte de la descripción típica y mediante las cuales el legislador restringe el círculo de autores en los delitos especiales; en relación a ellas, expresamente se señala que son imputables a los partícipes que no las posean, siempre que hubieren conocido que concurrían en el autor.

De esta manera, puede afirmarse que el legislador costarricense al determinar que tales calidades son imputables a los partícipes en quienes no concurren, básicamente adopta la solución unitaria o de unidad del título de imputación en los delitos especiales, es decir, que el *extraneus* responderá penalmente por el mismo delito atribuido al *intraneus*, pues la calidad que concurre en éste último se le comunica –imputa- también al primero.

La segunda parte del inciso primero del artículo 49 del Código Penal de Costa Rica, está referido a las relaciones, circunstancias y calidades personales que tienen como consecuencia atenuar o excluir la pena; en tales casos, dispone el legislador, que “*no tendrán influencia sino respecto a los partícipes en quienes concurran*”, es decir, las mismas no se comunican entre los intervinientes, por ende, no se tienen en cuenta para aquellos en quienes no concurran personalmente.

Caben dos interpretaciones a partir del texto, una estricta que entienda que cuando el legislador se refiere a relaciones, circunstancias y calidades personales que excluyen la penalidad, se está refiriendo exclusivamente a aquellas causas de exclusión de la punibilidad y que, por ende, no están relacionadas con el injusto penal, por ejemplo, las excusas absolutorias.

La otra interpretación, en un sentido más amplio, sería entender que el legislador costarricense también hace referencia las causas de justificación o de exclusión de la antijuricidad (por ejemplo, el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber), las cuales sólo se tendrán en cuenta respecto del interviniente en quien concurran, no teniendo ninguna incidencia para el resto de intervinientes ya sean coautores, instigadores o cómplices, y esto porque el legislador costarricense a diferencia del salvadoreño, no exige expresamente que para que sean responsables los partícipes el hecho sea al menos antijurídico.

Por lo demás, el inciso segundo del artículo 49 del Código Penal de Costa Rica, se refiere a las circunstancias genéricas que modifican la responsabilidad penal ya sea atenuando o agravando la pena, disponiéndose

que ellas sólo se tendrán en cuenta –se imputarán- a aquéllos intervinientes que hubieren actuado conociéndolas.

Ahora bien, debe señalarse que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se prescinde básicamente de la doctrina científica y específicamente de la postura de la doctrina dominante en materia de autoría en delitos especiales, porque dicho Tribunal se ha pronunciado en el sentido que el interviniente *extraneus* puede ser coautor del delito especial, ya sea propio o impropio. Así, en la sentencia con referencia 2011-00331, del 31 de marzo de 2011, dicho Tribunal costarricense estableció lo siguiente:

“Para incurrir en un delito de los denominados ‘propios’ o ‘especiales’, no se requiere que todos los partícipes reúnan en sí mismos la calidad de interés, sino que en virtud del artículo 49 del Código Penal, esta puede serles extendida si alguno de ellos la ostenta. En el presente asunto, hubo una contribución causal de los coencartados en la realización del hecho doloso principal ya que, en relación al aspecto subjetivo, el dolo de los sindicados no solo estaba presente en su propia acción, sino que también se extendió a las acciones principales ejecutadas por G. y R. y también a su resultado (...) En razón de lo anterior, lo procedente es declarar sin lugar el vicio planteado por la defensa, ya que en el caso concreto se logra determinar la existencia de un dominio del hecho entre los ‘intraneus’ G. y R. –Gerente Administrativo y encargado de planillas respectivamente- y los ‘extraneus’ E., F., RB., O., FT., MR., RP., H. y V., que actuaron como coautores del ilícito atribuido a todos, siendo que este grupo de ‘extraneus’ conocían la calidad especial de los dos primeros y aun así prestaron su concurso. De allí que es correcta la calificación jurídica otorgada por el Tribunal sentenciador, al condenar a todos los imputados como coautores del delito de administración fraudulenta, en aplicación de la comunicabilidad de las circunstancias, prevista en el artículo

49 del mismo cuerpo de leyes, por lo que el vicio reclamado resulta inexistente²¹⁷.

Cómo puede advertirse, con desprecio de la doctrina científica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Costa Rica, admite la posibilidad de que el sujeto no cualificado –extraneus- sea coautor del delito especial, a partir de una interpretación errada del artículo 49 del Código Penal, que entiende que si alguno de los intervinientes ostenta la cualificación especial requerida por el tipo, la misma puede extenderse o comunicarse al resto de intervinientes en quienes no concurre y, de esta manera, ser coautores.

Con justa razón en la misma sentencia citada, el magistrado Carlos Alberto Chinchilla Sandí emite nota por separado evidenciando desacuerdo con la conclusión del Tribunal, de que el *extraneus* puede ser coautor del delito especial. Así dicho magistrado expone en la sentencia:

“En cuanto al tema específico del delito de administración fraudulenta y la aplicación de la doctrina de la comunicabilidad de las circunstancias, es donde surge mi discrepancia, dirigiéndose a aspectos esencialmente dogmáticos de las figuras indicadas. De tal forma que, esta problemática dirige al estudio necesario de la intervención de un tercero en un delito especial propio, como lo es la administración fraudulenta, siendo que, debemos distinguir cuando este sujeto actúa como intraneus (concorre en él el elemento especial subjetivo pedido por el tipo penal, en el caso de la administración fraudulenta, tener a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos) o extraneus (no concurre en él la condición especial subjetiva señalada). Estos

²¹⁷ Sala Tercera, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 2011-00331 (Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 2011).

aspectos son los que brindan consideraciones diferentes a lo resuelto por esta Sala en el presente voto.

Cuando se trata de la aplicación de la doctrina de la comunicabilidad de las circunstancias, la que se regula en el artículo 49 del Código Penal, se remite a la comunicación de dicha cualificación (caso de funcionario público) de un autor a un partícipe pero nunca viceversa y tampoco de autor a autor. Por ello, consideramos que para llegar a ser tenido como coautor de un delito especial propio, como lo es el peculado, requiere que el sujeto ostente la calidad necesaria subjetiva requerida por el tipo penal (para el caso, la condición de funcionario público), pero no que la misma le sea comunicada por un autor, identificado como 'intraneus', al 'extraneus' que no lo tiene. De toda suerte, si ese sujeto considerado 'extraneus' participa en los hechos ilícitos constitutivos de un delito especial -sea propio o impropio-, donde se puede observar que participó en la ideación del plan criminal, asumiendo un rol dentro de la distribución de funciones y podría ostentar el dominio del hecho, a pesar de ello, al no contar con la cualificación necesaria pedida por el tipo penal, se debe tener al mismo como cómplice (partícipe secundario) del delito especial por comunicabilidad de las circunstancias que necesariamente debe provenir de un intraneus' (...).

En el presente caso, tenemos que en el caso de los imputados E., F., RB., O., FT., MR., ED., RP., H., V., no concurre el elemento especial subjetivo pedido por el delito de administración fraudulenta, como lo es, el ser custodio o administrador de los bienes ajenos, por lo que deben considerárseles como un extraneus, situación que quedó claramente acreditada por la sentencia del Tribunal de Juicio, propiamente en los hechos tenidos por demostrados. Por ello, no es posible atraer al mismo la condición de coautor en un delito especial propio, como lo es, el ilícito de administración fraudulenta. En consecuencia,

la calificación de la participación criminal de estos imputados, en los hechos tenidos por demostrados, debe ser de cómplice (participación secundaria) y nunca como coautor (participación primaria)²¹⁸.

Evidentemente, la opinión del magistrado Carlos Alberto Chinchilla Sandí emitida en la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia costarricense, mediante nota por separado, se ajusta a la concepción teórica de la doctrina dominante, en cuanto que el sujeto no cualificado en ningún caso puede ser considerado autor o coautor del delito especial, pero sí partícipe.

En la sentencia con referencia 2007-00339, del 13 de abril de 2007, la Corte Suprema de Justicia ya había hecho patente la solución de considerar al *extraneus* coautor de un delito especial. En dicha resolución se expuso:

“Entonces, si se pudo acreditar que las acciones del endilgado obedecían a un plan general destinado a sustraer bienes del Banco Anglo Costarricense, en que mediante la apertura de cuentas corrientes a nombre de distintas personas jurídicas, este solicitaba al entonces gerente general de la entidad, señor Robles Macaya, la autorización de sobregiros, los cuales una vez concedidos y utilizados no eran honrados, queda fuera de toda duda que el acusado incurría como coautor en la acción tendiente a sustraer esos fondos. De ahí que, si los sujetos procedían de consuno y mediante el codominio del hecho, son responsables de la acción en su complejidad, más allá del papel o rol específico que cada uno de ellos cumplió (...) En este asunto, aunque el señor L sólo actuara en la etapa preparatoria de las acciones perseguidas (cosa que ya se descartó en virtud del codominio del hecho), eso no impedía que la

²¹⁸ Dichos razonamientos en realidad ya habían sido expuestos por el magistrado en su obra Carlos Alberto Chinchilla Sandí, *Autor y Coautor en Derecho Penal* (Editorial Jurídica Continental: San José, 2004) 340- 350.

*calidad de funcionario público a cargo de los mencionados caudales que mantenía el señor Robles Macaya, le resultara extensiva y, en consecuencia, en vez de cómplice (o incluso coautor) de una estafa continuada, sea coautor de un peculado continuado*²¹⁹.

La solución que se ofrece en la jurisprudencia costarricense, se fundamenta en una interpretación errada del inciso primero del artículo 49 del Código Penal, que como ya se indicó *supra*, señala que “*las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos*”. Con base en dicho precepto legal, el Tribunal interpreta que si la calidad que exige el tipo concurre en al menos uno de los intervinientes, a todos los demás no cualificados se les puede imputar dicha calidad y, por consiguiente, el ser coautores.

Contrario a lo sostenido por la jurisprudencia costarricense, la citada disposición legal puede y debería interpretarse en el sentido que la cualificación específica que concurre en el autor *intraneus* del delito especial, puede comunicarse al partícipe *extraneus* y, por ende, mantener el título de imputación, siendo éste y no otro su alcance. En otras palabras, del artículo 49 del Código Penal únicamente se desprende que en materia de delitos especiales debe mantenerse el título de imputación respecto del no cualificado, pero en ningún caso, que dicho interviniente pueda ser coautor.

5. LA REGULACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DERECHO COLOMBIANO

²¹⁹ Sala Tercera, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 2007-00339 (Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 2007).

El Código Penal de Colombia en el Libro Primero correspondiente a la Parte General, título III, capítulo único, específicamente en el artículo 28, bajo el acápite “*concurso de personas en la conducta punible*”, se establece que “*concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes*”. De esta manera, el legislador de dicho país distingue entre intervinientes principales y secundarios, con lo cual, de suyo se impone un concepto restrictivo de autor.

Por otra parte, el Código Penal colombiano al igual que ocurre con la ley penal salvadoreña, define y distingue las tres formas de autoría: unipersonal directa, autoría mediata y coautoría; así, en el artículo 29 se establece que es autor “*quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento*”, y que son coautores “*los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte*”. La única diferencia que encontramos con el Código Penal salvadoreño, es que el texto de la ley colombiana expresamente exige como requisito para la configuración de la coautoría, el acuerdo común que debe existir entre los intervinientes y la correspondiente división del trabajo, esto es, el co-dominio funcional.

En cuanto a la participación en sentido estricto, el Código Penal de Colombia establece que son partícipes el determinador y el cómplice, correspondiendo la primera figura, por supuesto, a la del instigador o inductor. En el artículo 30 del cuerpo legal citado, no se brinda una definición del determinador, sino que simplemente se refiere que “*quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción*”; respecto del cómplice, la disposición legal señala que es quien contribuye “*a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma*”.

En cuanto a la problemática de la intervención del *extraneus* en los delitos especiales, evidentemente la solución la brinda el mismo artículo 30 inciso final del Código Penal, al señalar lo siguiente: “*Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte*”. Naturalmente, dicha fórmula legal guarda similitud con la solución que ofrece el ordenamiento jurídico-penal español, por lo que, sin mayor esfuerzo puede concluirse que el legislador colombiano adoptó la solución unitaria en materia de participación en delitos especiales, esto es, la tesis de la unidad del título de imputación.

Por consiguiente, el inciso final del artículo 30 del Código Penal de Colombia, debe entenderse en el sentido que el no cualificado –*extraneus*- responderá, con una atenuación de la pena, como partícipe en el delito especial atribuido al autor *intraneus*. Ello precisamente porque, el vocablo “interviniente” en dicho inciso, está referido exclusivamente a los partícipes en sentido estricto, esto es, a los inductores y cómplices, ya que el legislador ubicó esa formulación lingüística en el citado precepto legal que lleva por epígrafe “partícipes”.

Sin embargo, la anterior interpretación, que se deduce sin mayor esfuerzo del propio texto legal, dista mucho de la interpretación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Incompresiblemente dicho Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el término “interviniente” en el inciso último del artículo 30 del Código Penal, no hace alusión a los partícipes (cómplices e inductores), sino únicamente a los coautores no cualificados en los delitos especiales, admitiéndose con ello, que un *extraneus* puede ser autor del delito especial. Dicha interpretación jurisprudencial, tiene origen en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de abril de 2002, ponente

magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar, en la que se estableció lo siguiente:

“El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos (...) la norma, en este sentido, zanja de lege data toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial (...) se preserva el postulado de la unidad de imputación, evitando que los concurrentes al hecho respondan por delitos diferentes²²⁰”.

Básicamente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana relacionada, identifica que el “interviniente” del inciso último del artículo 30 del Código Penal no es una figura autónoma, sino que es un concepto con el que se alude a los *extraneus* que intervienen junto al *intraneus* en un delito especial, pudiendo presentarse dicho interviniente no cualificado bajo cualquier modalidad de autoría.

Además, en dicha sentencia se establece claramente que debe mantenerse el título de imputación en materia de delitos especiales y que, en todo caso, la atenuación de la pena para el interviniente *extraneus* se basa en que este no infringirá “*deberes jurídicos especiales orientados a la tutela del respectivo bien jurídico*”.

²²⁰ Sala de casación Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 12.191 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2002).

Pero el criterio jurisprudencial que se consolidó en los años siguientes y que aún se mantiene en Colombia, consistente en que la figura del interviniente del artículo 30 de la referida ley penal no es aplicable al determinador (instigador) ni al cómplice, sino únicamente al coautor no cualificado de un delito especial, tiene su punto de partida en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de dicho país, del 08 de julio de 2003, ponente magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote, en la que expuso lo siguiente:

“Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir, instigadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal; pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir, como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frene a deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase²²¹”.

²²¹ Sala de casación Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 20.704 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2003).

Con esta resolución, se consolidó en la jurisprudencia colombiana el criterio que el *extraneus* puede ser coautor de un delito especial, pese a no tener las calidades especiales exigidas por el tipo o no haber infringido el deber especial. Pero más grave aún, con esta sentencia se excluyó del inciso final del artículo 30 del Código Penal a los partícipes en sentido estricto, es decir, al cómplice e instigador, por lo que, la atenuación de la pena que en dicho precepto se dispone se ha reservado exclusivamente para el coautor *extraneus*, lo que resulta ilógico.

Lo anterior, puede evidenciarse claramente, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, del 12 de diciembre de 2012, magistrada ponente María del Rosario González Muñoz, en la que se dispone:

“Según la jurisprudencia vigente de la Sala, el interviniente que realiza actos de autor se hace acreedor a la pena prevista en el respectivo tipo penal disminuida en una cuarta parte, acorde con lo establecido en el inciso final del precitado artículo 30; al determinador, a su turno, con o sin la referida condición, se le aplica la sanción contenida en la norma infringida sin ningún tipo de disminución; mientras al cómplice, careciendo o no de la condición exigida, se le reconoce únicamente rebaja de pena de una sexta parte a la mitad. Dicha postura jurisprudencial fue establecida en la sentencia del 8 de julio de 2003 proferida dentro de la radicación 20704 y ha sido ratificada en numerosos pronunciamientos (...) En el caso materia de análisis, no hay lugar a aplicar a los acusados la diminuyente prevista en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, pues su concurrencia en la realización del delito de peculado por apropiación no lo fue a título de intervinientes sino en calidad de

determinadores, y en esa condición, conforme se señaló en precedencia, se les formuló el juicio de reproche²²².

De igual manera, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de agosto de 2014, magistrado ponente Eugenio Fernández Carlier, se indicó: “*El interviniente es un verdadero autor, sólo que por ser un extraneus al no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal, como el ostentar la condición de servidor público, se entiende una forma atenuada su participación²²³*”. Asimismo, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de enero de 2016, ponente magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, se estableció:

“La polémica propuesta en el cargo primero, en el que se arguye que la concurrencia de particulares en delitos que prevén sujeto activo calificado da lugar a que en todos los casos se les aplique la diminuyente punitiva que para la figura del interviniente consagra el artículo 30, inciso final, del Código Penal, desconoce la jurisprudencia reiterada de la Sala que ha circunscrito tal instituto al coautor de delito especial sin cualificación excluyendo a los partícipes, o sea, al cómplice y al determinador (...) Con independencia de las referencias o estudios que en la doctrina puedan aparecer sobre el particular, lo cierto es que en el entorno patrio la discusión ha sido zanjada hacia aquel entendimiento, es decir, a que los determinadores y cómplices en delitos especiales se les aplica la pena dispuesta en la ley por su participación accesoria sin diminuyentes de ninguna clase (...)²²⁴”.

²²² Sala de casación Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 37611 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2012).

²²³ Sala de casación Penal, *Sentencia Definitiva*, (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2014).

²²⁴ Sala de casación Penal, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 11001-02-03-000-2015-03114-00 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2016).

CONCLUSIONES

PRIMERA:

En la doctrina básicamente es unánime la opinión de que el sujeto no cualificado –*extraneus*- en ningún caso puede ser autor de un delito especial, sino que únicamente participe, existiendo dos posturas o formulaciones teóricas sobre la punibilidad de la participación del extraneus en los delitos especiales. La primera de ellas denominada solución unitaria o teoría de la unidad del título de imputación, propugna que el sujeto no cualificado que interviene en la comisión de un delito especial ya sea propio o impropio debe responder por el delito especial imputado al autor, como consecuencia del principio de accesoriadad que rige en materia de participación; la segunda postura, denominada solución diferenciadora o teoría de la ruptura del título de imputación, plantea que en esos supuestos el cualificado debe responder como autor del delito especial y, en cambio, el sujeto no cualificado debe responder por el delito común subyacente o paralelo al tipo especial, esto en el caso de los denominados delitos especiales impropios.

SEGUNDA:

La solución diferenciadora formulada en la doctrina, que propugnaba que en los supuestos de participación del extraneus en los delitos especiales impropios, el no cualificado debía responder por el delito común paralelo o subyacente al delito especial cometido por el intraneus, y que inclusive tuvo acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (por ejemplo, sentencia del 30 abril 1990, referencia 3384; y sentencia del 12 febrero 1992 referencia 1157), en la actualidad es rechazada en la doctrina por las siguientes razones:

A) Porque la solución diferenciadora resulta insatisfactoria en términos de política criminal, al conducir a la impunidad de la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios, respecto de los cuales no existe un delito común paralelo o subyacente por el cual el no cualificado debería responder; además, conlleva al desconocimiento del principio de igualdad en la aplicación de la ley, pues en los delitos especiales impropios la conducta del *extraneus* sí resultaría punible.

B) Por la inaplicabilidad del precepto legal que regula la comunicabilidad de las circunstancias entre los intervinientes en el delito, a los elementos que limitan o restringen la autoría en los delitos especiales (en el caso de la regulación española dichos preceptos que sirvieron de base a la discusión dogmática fueron los artículos 60 del CP de 1944 y 65 del CP de 1995). La propuesta dogmática de ruptura del título de imputación en los delitos especiales impropios, se fundamentó en gran medida, en la aplicación de los artículos 60 del CP español de 1944 y 65 del CP español de 1995, que regulaba la comunicabilidad de las circunstancias entre los intervinientes en el delito, y disponía que *“Las circunstancias agravantes o atenuantes [personales] servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran”*.

Sin embargo, en el devenir de los años se impuso en la doctrina la concepción de que dichos preceptos legales no resultaban aplicables a los delitos especiales impropios, puesto que estaban referidos a las circunstancias agravantes o atenuantes, es decir, a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal, mientras que en los delitos especiales, los elementos por medio de los cuales se limita el círculo de posibles autores son elementos típicos del delito, esto es, se trata de elementos constitutivos o

fundamentadores del delito especial y no modificativos de la responsabilidad penal.

C) Porque la solución diferenciadora vulnera los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación. Sancionar al *intraneus* y al *extraneus* por delitos diferentes supondría romper dos de los principios fundamentales de la participación recogidos en la mayoría de legislaciones: el principio de unidad del título de imputación y el principio de accesoriedad de la participación. En virtud del primero, no sería correcto sancionar al sujeto no cualificado que participa en un delito especial impropio por el delito común paralelo, porque el único delito cometido, es el delito especial; y según el segundo principio, la conducta del partícipe constituye un comportamiento que, en sí mismo considerado, carecería de todo significado si no fuera por el hecho principal del autor al que “accede”, por consiguiente, la acción del partícipe debe ajustarse completamente al hecho principal del autor.

D) Porque los delitos especiales impropios no son meros subtipos de los delitos comunes paralelos, sino delitos “distintos”. En los supuestos de participación de *extraneus* en delitos especiales impropios la solución diferenciadora conduce a castigar al no cualificado por un delito (el común paralelo) que nadie ha cometido como autor, puesto que el autor principal *intraneus* habría cometido un delito especial; lo que resulta incongruente toda vez que los delitos especiales impropios no constituyen meras variaciones o modificaciones típicas de los delitos comunes paralelos, sino que gozan de autonomía, es decir, no se trata del mismo delito común agravado o atenuado, sino de un delito distinto.

TERCERA:

En la actualidad es doctrina dominante la concepción teórica que aboga por la unidad del título de imputación, principalmente porque resulta más satisfactoria en términos de política criminal y es la solución más coherente en términos dogmáticos. En tal sentido, se ha impuesto en la doctrina la idea que los supuestos de participación del *extraneus* en los delitos especiales deben ser resueltos aplicando dos reglas: a) que dicho sujeto no cualificado debe responder como partícipe en el delito especial cometido por el sujeto cualificado, esto es, debe responder por el mismo título de imputación del autor; y b) que la pena de dicho partícipe debe ser atenuada por el menor contenido de ilicitud que comporta su conducta.

La presente investigación evidencia que es preferible la formulación teórica que propugna mantener la unidad del título de imputación, en virtud de que, en los delitos especiales propios, el sujeto no cualificado –*extraneus*– que interviniere no podría ser castigado por ningún otro delito al no existir una figura delictiva común paralela, por consiguiente, aplicando la solución diferenciadora en esa clase de delitos especiales el no cualificado quedaría impune. Por tanto, la solución que se presenta como más aceptable es la unidad del título de imputación, no sólo porque respeta el principio de accesoriedad, sino también porque permite resolver todos los casos de participación en delitos especiales, ya sean propios o impropios, de una manera unitaria y coherente.

CUARTA:

El estudio histórico de la legislación penal de El Salvador, en particular del Código Penal de 1826, demuestra que el legislador salvadoreño brindaba un tratamiento diferenciado en cuanto a la penalidad aplicable al *extraneus* que

participaba en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y que, en consecuencia, eran delitos especiales; específicamente en estos supuestos para el sujeto no cualificado se disponía una pena atenuada, que sería la que correspondería al delito cometido por un particular.

El Código Penal salvadoreño de 1974, al regular en el artículo 50 la institución jurídica de la “comunicabilidad de causas y circunstancias” entre los diferentes intervinientes en el delito, distinguió entre circunstancias/elementos subjetivos integrantes de la descripción típica y circunstancias/elementos subjetivos que no formaban parte de la descripción legal del delito, utilizando en ambos casos como ejemplos las calidades o las relaciones personales de los sujetos activos. En dicho precepto legal se dispuso que las circunstancias/elementos integrantes de la descripción típica, eran comunicables entre los autores y cómplices que hubieren tenido conocimiento de los mismos, con lo cual el legislador adoptó la solución unitaria o de unidad del título de imputación en los delitos especiales.

QUINTA:

Conforme al Código Penal vigente en El Salvador, los supuestos de participación del *extraneus* en los delitos especiales propios e impropios se resuelven bajo la teoría de la unidad del título de imputación, en el sentido que dicho sujeto no cualificado debe responder como partícipe en el delito especial cometido por el *intraneus*. Esta solución se construye a partir del principio de legalidad, que conlleva a la conclusión que el *extraneus* sólo puede ser sancionado por el único delito realmente cometido y al que prestó su contribución, que sería el delito especial atribuido al *intraneus*.

Asimismo, la interpretación sistemática de los artículos 38 y 67 del Código Penal conducen a la solución unitaria que propugna la punibilidad de la intervención del *extraneus* en los delitos especiales propios e impropios. El primero de dichos preceptos, que regula la figura del “actuar por otro” busca resolver los problemas que se presentan cuando quien actúa como representante y ejecuta la acción típica no reúne en sí la cualificación o calidad que exige la ley para ser autor del delito, pero dicha cualificación si concurre en su representado; por consiguiente, la disposición legal brinda una solución a los problemas de tipicidad y autoría en los delitos especiales propios, para que la conducta típica del no cualificado no quede impune, por el sólo hecho de no reunir personalmente la calidad o cualificación exigida por el tipo.

En cuanto al artículo 67 del Código Penal salvadoreño que regula la institución de la comunicabilidad de las circunstancias entre los intervinientes en el delito, cuya importancia es reconocida en la doctrina para resolver la problemática de la intervención del *extraneus* en delitos especiales propios e impropios, debe señalarse: en primer lugar, que al ubicarse dicho precepto legal en el capítulo III, relativo a la adecuación de las penas, Título III del Libro I, el legislador optó por la punibilidad de todos los intervinientes en el delito, llámese instigadores, autores o cómplices, sin realizar distinción alguna respecto a si se trata de un delito común o especial; en segundo lugar, la disposición legal puede interpretarse en el sentido que las circunstancias y cualidades que forman parte de la descripción típica, se tienen en cuenta respecto de los intervinientes que hubieren ejecutado o contribuido el hecho determinados –conscientes- de la concurrencia de ellas en alguno o algunos de los intervinientes.

Sumado a lo anterior, diferentes tipos penales especiales contenidos en la parte especial del Código Penal, admiten dentro de su estructura típica, la posibilidad de que en la ejecución de la conducta delictiva participe un

extraneus, por ejemplo, los delitos de Peculado –art. 325-, Peculado por Culpa –art. 326-, Enriquecimiento Ilícito –art. 333-, entre otros.

En ese sentido, el Código Penal salvadoreño permite adoptar la solución unitaria o de unidad del título de imputación, para sancionar al *extraneus* como partícipe del delito especial cometido por el *intraneus*, siendo la respuesta penal más satisfactoria en términos de política criminal porque evita la impunidad en los delitos especiales propios y, además, es la solución más coherente desde un punto de vista dogmático.

SEXTA:

El delito de Peculado es reconocido en la doctrina como un delito especial impropio de naturaleza pluriofensivo, cuyo bien jurídico protegido no sólo es el patrimonio público, sino también la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos, es decir, en el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, por lo que la conducta típica se estructura a partir del deber de fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios o empleados públicos y a la satisfacción de los intereses generales.

En el ámbito del Derecho Penal Económico, las problemáticas de la corrupción y en particular los delitos relacionados con la apropiación o malversación de los caudales o efectos públicos, se estudian con particular interés precisamente porque en los últimos años, se han promovido múltiples procesos penales contra altos funcionarios de la Administración Pública en diferentes países de nuestro entorno cultural y El Salvador no es la excepción, en los que se han visto involucrados empresarios, sociedades mercantiles e inclusive compañías multinacionales.

Asimismo, el interés por el estudio de los delitos relativos a la corrupción respecto de los cuales el peculado y la malversación de caudales públicos son emblemáticos, surge por las consecuencias o efectos negativos que aquella tiene para la sociedad, entre las cuales encontramos: a) se distorsionan los procedimientos democráticos y los cauces ordinarios de toma de decisiones, éstas básicamente se toman sin considerar el interés general sino intereses privados, por lo que el sistema político pierde legitimidad; b) se distorsionan las relaciones comerciales y se crean nuevas barreras, afectando la libre competencia; c) se eleva artificialmente los precios de mercado, por cuanto los factores coste-beneficio y calidad-precio no son considerados en los proyectos de inversión; d) se lastra el desarrollo de los países; e) se desincentiva la inversión, se aumenta la deuda pública y la pobreza, entre otras

En cuanto al tema específico que nos ocupa, con la investigación se ha podido concluir que de la misma redacción del artículo 325 del Código Penal salvadoreño, se derivan supuestos de participación del *extraneus* en el delito de Peculado, precisamente en la modalidad omisiva en la que el delito se configura a partir de que el funcionario o empleado público, da lugar o consiente que otro sujeto –no cualificado- se apropie de los bienes, caudales o efectos públicos. En los supuestos en que un sujeto *extraneus* contribuya a la comisión del delito de Peculado, ejecutado por un funcionario, empleado público o encargado de un servicio, aquel responderá como partícipe de dicho delito especial.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal, Bogotá: Temis, 1996.

Benavides Schiller, Andrés. El delito de fraude del funcionario público, Barcelona: Bosch Editor, 2016.

Cerezo Mir, José. Derecho Penal Parte General, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2008.

Chinchilla Sandí, Carlos Alberto Autor y Coautor en Derecho Penal, Editorial Jurídica Continental: San José, 2004.

Cuello Contreras, Joaquín. La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito sui generis. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1978.

Gimbernat Ordeig, Enrique. Autor y cómplice en Derecho Penal, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006.

Gómez Tomillo, Manuel. Comentarios al Código Penal, Valladolid: Lex Nova, 2010.

Hans- Jescheck, Heinrich y Weigend,Thomas. Tratado de Derecho Penal Parte General Lima: Instituto Pacifico, 2014.

Jakobs, Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación Madrid: Marcial Pons, 1997.

Jesús- Silva Sánchez, María. et al, Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial Barcelona: Atelier, 2011) 328.

Jesús- Silva Sánchez, María. Medio siglo de dogmática penal alemana. Un punto de vista iberoamericano, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Lombana Villalba, Jaime. Injuria, calumnia y medios de comunicación, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

López Camelo, Raúl Guillermo y Jarque, Gabriel Darío . Curso de Derecho Penal. Parte General Buenos Aires: Edi Uns, 2004.

López Peregrín, María Carmen. La complicidad en el delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

Méndez, José María. Historia constitucional de El Salvador. Legislación federal de Centroamérica. Constituciones federales de Centroamérica: tomo V San Salvador: Tecnoimpresos, 1998.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.

Miró Llinares, Fernando. Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2009.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Muñoz Conde, Francisco. Teoría general del delito, Bogotá: Temis.

Ortego Costales, José. Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho Penal (Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, 1959.

Quintero Olivares, Gonzalo. Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español, Barcelona: Cymys, 1972.

Quintero Olivares, Gonzalo. Parte General del Derecho Penal, Navarra: Thomson Aranzadi, 2005.

Rodríguez Ramos, Luis. et al, Código Penal Comentado y con Jurisprudencia, Madrid: La Ley, 2009.

Rodríguez Santisteban, José Antonio. Los delitos contra el patrimonio en el Código penal militar Madrid: Reus, 2017.

Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.

Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, 1997.

Rueda Martín, María Ángeles. *El fundamento de la atenuación facultativa de la pena del partícipe extraneus en un delito especial en el Código Penal Español*”, *InDret*, núm. 3, 2018.

Sáinz Cantero Caparrós, José Eduardo. *La codelincuencia en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995*, Madrid: Editorial Marcial Pons, 2001.

Scheller D'angelo, André. “Caracterización de modelos empresariales intermedios con fines criminales «MEC»”. En *Terrorismo, delincuencia organizada y justicia transicional: Reflexiones y propuestas penales desde la Universidad de Salamanca*, coordinadora Nuria Matellanes Rodríguez Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2020.

Sierra, Hugo Mario y Cántaro, Alejandro Salvador. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* Buenos Aires: Edi Uns, 2005.

Terragni, Marco Antonio. “Autoría e intervención del tercero en el delito culposo”. En *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba: Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 2001.

Vásquez, Fernando -Portomeñe Seijas, Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General, Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2003.

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

Zárate Conde, Antonio y González Campo, Eleuterio Derecho Penal Parte General Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2019.

REVISTAS

Camarero González, Gonzalo. “Autoría y participación en los delitos especiales”, Revista del Ministerio Fiscal, N. 11, (2003): 143-174.

Caro John, José Antonio. “Sobre la autoría en el delito de infracción de deber”, Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Vol. XXVII, N. 80, (2006): 109.

Díaz, Miguel y Conlledo, García “Autoría y participación”, Revista de Estudios de Justicia, N. 10 (2008): 16.

Pérez Livia, Lorenzo. et al, Prevalencia de la teoría de la unidad del título de imputación: determinación de la naturaleza jurídica del extraneus en el delito de colusión, Revista Derecho, Universidad Nacional de Altiplano, vol 6, año 2021, 2.

Ramírez Morales, María Soledad. La responsabilidad del extraneus en el marco de los delitos especiales. Una visión del principio de unidad de título de imputación, Revista de Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, año 9, número 17, 62.

TESIS

Gómez Martín, Víctor. “Los delitos especiales” (Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2003), 6.

Lagos Chandía, Glenda. “La inducción”, Tesina de Maestría, Universidad de Sevilla, (2012) 12.

ÍNDICE NORMATIVO

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

Código Penal de El Salvador (El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador, 1998)

Código Penal (El Salvador, Asamblea Ordinaria del Estado de El Salvador, 1826)

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS NACIONALES

Sala de lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 167C2016 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

Sala de lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: C125-02 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002).

Sala de lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 103C2018 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

Sala de lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 153-CAS-2004 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

Sala de lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 1C2017 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

Cámara de la Tercera Sección del Centro, Sentencia Definitiva, Referencia P-126-PC-CPPV-2020 (El Salvador, 2020).

Cámara Especializada de lo Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 280-APE-2019 (El Salvador, 2019).

SENTENCIAS DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

Tribunal Supremo español, Referencia: STS 2582/2001, (España 2001).

Tribunal Supremo español, Referencia: 3683/1998, (España 1998).

Tribunal Supremo, Sentencia Definitiva, Referencia: 3464/1990 (España, 1990).

Tribunal Supremo, Sentencia Definitiva, Referencia: 97/1994 (España, 1994).

Tribunal Supremo, Sentencia Definitiva, Referencia: 919/1997 (España, 1997).

Sala Tercera, Sentencia Definitiva, Referencia: 2011-00331 (Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 2011).

Sala Tercera, Sentencia Definitiva, Referencia: 2007-00339 (Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 2007).

Sala de casación Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 12.191 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2002).

Sala de casación Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 20.704 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2003).

Sala de casación Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 37611 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2012).

Sala de casación Penal, Sentencia Definitiva, (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2014).

Sala de casación Penal, Sentencia Definitiva, Referencia: 11001-02-03-000-2015-03114-00 (Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2016).

OTRAS FUENTES

Suárez Sánchez, Alberto. El Interviniente, Reflexiones en torno a la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, visto el dos de agosto de dos mil veintiuno, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5312281.pdf>, pág 15.

Pedreira González, Félix María. Autoría y participación, disponible en: <http://app.vlex.com/#vid/227895385>, (consulta dos de septiembre de dos mil veintiuno). Nota 9.

Demetrio Crespo, Eduardo. La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo en la tentativa, Granada, disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/8.2.7lh-roxin.pdf>.

Gómez Benítez, José Manuel. El dominio del hecho en la autoría, Universidad Complutense de Madrid, [en línea] disponible en: <http://www.cienciaspenales.net>.

García Caverro, Percy. La Pena del Partícipe Extraneus en los delitos especiales, Anuario de Derecho Penal, año 2009, consultado en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_05.pdf.

Alexander Aguilera, Clever. La teoría de la unidad del título de imputación y la persecución y represión penal de los delitos especiales cometidos por

corrupción de funcionarios públicos, consultado en https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/2255/1/RE_DER_CL_EVER.AGUILERA_TEORIA.DELA.UNIDAD.DEL.TITULO.DE.IMPUTACION_DATOS.pdf.

https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/2255/1/RE_DER_CL_EVER.AGUILERA_TEORIA.DELA.UNIDAD.DEL.TITULO.DE.IMPUTACION_DATOS.pdf.

Código Penal (El Salvador, Asamblea Ordinaria del Estado de El Salvador, 1826)

disponible en: <http://www.redicces.org.sv/jspui/handle/10972/2726>.

Scheller D'Angelo, André. "La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana", Universidad cooperativa de Colombia seccional Santa Marta, Artículo de investigación, núm. 35, 244-262.