

Impunidad: el problema de la sanción del *extraneus* en el delito de peculado

Impunity: the issue of the extraneus penalty in the crime of embezzlement

Mauricio Marroquín Medrano

(Corte Suprema de Justicia de El Salvador)

 <https://orcid.org/0009-0007-1341-5976>

Correspondencia: mau_marroquin@yahoo.com



Recibido: 31-03-2023
Aceptado: 17-07-2023

IMPUNIDAD: EL PROBLEMA DE LA SANCIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE PECULADO

Mauricio Marroquín Medrano

RESUMEN

Este artículo académico sostiene como premisa primordial el debate multilateral y constante sobre el castigo o sanción del extraño en los delitos especiales propios, evaluando la esquiva postura sobre una solución efectiva al problema de impunidad generado a través del notorio incremento participativo de sujetos que no tienen la calidad especial en delitos de esa naturaleza. A partir de lo anterior, se expone el panorama normativo doméstico sobre el particular, aunado a las dificultades dogmáticas de la ausencia de condición especial pese a la contribución necesaria o directa en la realización del hecho. En esa orientación, dos objetivos guían el artículo, el primero de ellos, analizar la teoría de la comunicabilidad de las circunstancias y la calidad del *extraneus* en la comisión del delito de peculado en el contexto de la autoría y participación; y el segundo, señalar los problemas prácticos de la falta de tratamiento de la imputación de autoría al *extraneus* en nuestro sistema normativo. Con relación a los citados objetivos, el texto recopila un análisis de la dogmática del derecho penal económico aplicable al tratamiento del *extraneus e intraneus*, así como la perspectiva jurisprudencial doméstica sobre ello, revelando así los vacíos normativos y las críticas en su entorno. Por lo cual, se ha utilizado un método de investigación cualitativo con modelo de investigación aplicada, debido al incremento de la corrupción a nivel nacional en los últimos años, que exige la adecuación normativa a partir de los indicios demostrativos de las fuentes materiales y que reconocen la masiva participación de terceros en delitos especiales, donde, la falta de alternativas posibles de condena, intrínsecamente facilitarían la impunidad y, ulteriormente, la corrupción.

PALABRAS CLAVE: peculado - delito especial - *extraneus* - *intraneus* - corrupción - autoría - participación

IMPUNITY: THE ISSUE OF THE EXTRANEUS PENALTY IN THE CRIME OF EMBEZZLEMENT

Mauricio Marroquín Medrano

ABSTRACT

This academic article holds as a fundamental premise the multilateral and constant debate on the punishment or sanction of outsiders in special self-owned crimes, evaluating the elusive stance on an effective solution to the problem of impunity generated through the noticeable increase in the participation of individuals who do not have special status in such crimes. Based on the above, it presents the domestic regulatory landscape on this issue, along with the doctrinal difficulties arising from the absence of special status despite the necessary or direct contribution to the commission of the act. In this regard, two objectives guide the article. The first one is to analyze the theory of the communicability of circumstances and the status of the extraneus in the commission of the crime of embezzlement within the context of authorship and participation. The second is to highlight the practical problems stemming from the lack of treatment of the attribution of authorship to the extraneus in our regulatory system. With respect to these objectives, the text compiles an analysis of the doctrinal aspects of economic criminal law applicable to the treatment of extraneus and intraneus, as well as the domestic jurisprudential perspective on this matter, thus revealing normative gaps and criticisms in this context. Therefore, a qualitative research method with an applied research model has been used, given the increase in corruption at the national level in recent years, which demands regulatory adjustment based on demonstrative evidence from material sources that acknowledge the extensive participation of third parties in special crimes. The lack of possible condemnation alternatives would intrinsically facilitate impunity and, subsequently, corruption.

KEYWORDS: embezzlement - special crime - extraneus - intraneus - corruption - authorship - participation

Impunidad: el problema de la sanción del *extraneus* en el delito de peculado

Mauricio Marroquín Medrano¹
El Salvador

Introducción

El problema de la corrupción desde su intento de conceptualización pregona problemas sumamente serios. En su practicidad, genera un dispendio desorbitante a los intentos estatales por la permanencia de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la legitimidad de la institucionalidad centralizada. A partir de ello, la corrupción dentro de la función pública también ha invocado la intervención de terceros ajenos al deber de resguardo estatal, quienes en escenarios determinados, contribuyen al socavo de la administración pública e indirectamente, ocasionan daños en la tutela efectiva de los derechos sociales de la población. En este texto, la narrativa gira en torno a esa ocasión participativa del extraño, pero en adecuación al *nomen iuri* denominado peculado con preponderancia. Sin embargo, ello no impide que el análisis y

1 Es Juez del Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, Maestro en Derecho Penal Económico, por la Universidad de El Salvador con Cum Honorífico, Maestro en Administración de Justicia con enfoque socio jurídico, con énfasis en Derecho Penal, por la Universidad Nacional de Costa Rica, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Capacitador de la Escuela Judicial. Ha sido docente de maestrías en la Universidad de El Salvador, Universidad de Oriente, Universidad Católica de El Salvador, Universidad José Matías Delgado, Escuela Superior de Economía y Negocios, y en pregrado de la Universidad Católica de El Salvador, Universidad Alberto Masferrer. Ha impartido cursos de especialización en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Argumentación Jurídica, Derecho Penal Internacional, Leyes Especiales, Derecho Penal Económico, en la Universidad Católica de El Salvador, Universidad Tecnológica, Universidad Modular Abierta, además, profesor de la cátedra de Derecho Penal, de la Universidad Evangélica de El Salvador. Panelista internacional en diversos foros de debate sobre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.



conclusiones obtenidas en el estudio, sean aplicables en escenarios similares, sobre todo, cuando se estudian diversos delitos especiales.

En líneas generales, la dificultad de sanción del extraño deviene de la construcción del tipo legal y la probable participación que realiza es parte de la práctica corruptiva actual que no tiene tratamiento punitivo específico.

I. La corrupción de agentes públicos con intervención de particulares

Habitualmente, la corrupción se encuentra vinculada con organismos públicos; sin embargo, las implicaciones de la modernización de la criminalidad económica, han contribuido a que este fenómeno se sitúe también en organizaciones privadas, en las cuales se vulneran “*intereses sociales propios*”² no vinculados directamente con lo público. Es así que, en la actualidad, la doctrina distingue dos tipos de corrupción: la “*corrupción pública*” y la “*corrupción privada*”;³ esta última reside en la delincuencia económica vinculada al Derecho penal de la empresa. Su nominación, está excluida del Código Penal de El Salvador (CP), pero ello no la excluye de la criminalidad dentro del giro de las actividades empresariales.

El bloque jurisprudencial de El Salvador ha superado la visión clasista de identificar a la corrupción como un exclusivo medio de contaminación de la administración pública; al contrario, resalta que sus efectos debido al manejo

2 María Acale Sánchez, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”, *Diritto Penale Contemporáneo*, número 3-4, (2014): 27, <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/23652>

3 La criminología visualiza la distinción entre la corrupción pública y corrupción privada, desde la perspectiva que, “*los objetivos del sector privado se limitan a la obtención de la máxima rentabilidad, aunque no necesariamente contemplada en términos económicos; mientras que en “lo público” –o en lo que queda de “lo público” desde los embates procedentes del modelo neoliberal– los objetivos se centran en la tutela de los derechos, intereses, principios e instituciones constitucionalmente impuestos*”. Juan María Terradillos Basoco, “Mercado y administración pública / Criminalidad económica y corrupción política”. En *El derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño* (La Habana: Unijuris, 2016), 199. También, vid. Norberto de la Mata Barranco, *Derecho penal económico y de la empresa* (Madrid: Dykinson, 2018), 415; Acale Sánchez, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”, 27.

indebido de fondos públicos inciden en el estado de derecho, la democracia y, sobre todo, en los derechos sociales,⁴ los cuales, a pesar de que ostentan la crítica de ser caros⁵ en términos de prevención y protección, sí representan una posición jurídica comunitaria importante, donde el Estado debe velar para que no sean limitados por aspectos delincuenciales como la corrupción.⁶

La regulación normativa de las conductas corruptas, ha respondido a la necesidad de adecuación normativa interna a los estándares de derechos humanos en la materia. Por ejemplo, normas nacionales como: la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, y la Ley de Probidad,⁷ surgen a causa del Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionado con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, así como de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada y, sobre todo, de lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Como se reiteró, el margen interpretativo de la corrupción es amplio, pero, en el CP, a partir del capítulo II del título XVI, se encuentra la *familia delictiva* de las conductas corruptas, que afectan el bien jurídico colectivo, que es la administración pública. Es válido otorgar dos breves menciones a lo concerniente al bien jurídico que se protege: primero, su criterio hace énfasis en lo que corresponde a la comunidad jurídicamente organizada, que le confía al Estado para que administre a su propio beneficio, aspectos como la seguridad social, el acceso a la educación o salud, la previsión social, entre otros; segundo,

4 Sala de lo Constitucional, *Auto interlocutorio de admisibilidad, Referencia 6-2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

5 Francisco Javier Ansuátegui Roig, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *En Revista Derecho del Estado*, número 24 (2010): 61. En términos del autor, los derechos sociales han sido catalogados como caros y separados de los derechos fundamentales baratos –los individuales-. Esa concepción histórica los ha soslayado por su exigente carácter prestacional, donde el Estado debe incidir para proporcionarlos jurídica y materialmente.

6 Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad, Referencia 53-2005/55-2005* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

7 Ley de Probidad (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015).

la administración pública no se restringe a la vulnerabilidad individual, al contrario, reconoce el grado de riesgo que una práctica corrupta representa para la sociedad entera, lo que brinda a la comunidad la obligación de supervisión del caudal público.

A. La interrelación entre la corrupción pública y privada: el agente de cuello blanco.

Existen dos tipos de flagelos que en ocasiones coinciden entre sí, la referida a la corrupción del sector público y la corrupción del ámbito privado, que en ciertos escenarios se entrelazan; *ad exemplum*, una persona particular se le aproxime al funcionario público con el propósito de conseguir ventaja en el mercado frente a otras probables personas competidoras, valiéndose de medios ilícitos que en ocasiones merecen reproche penal por suponer hechos punibles.⁸

De tal forma que, en la corrupción pública existen casos en que “*se superpongan, en simbiosis natural, los ámbitos público y privado*”,⁹ donde la delincuencia económica, generalmente organizada y a la vez transnacional, intensifican la afectación a la lesividad económica que conlleva la corrupción funcional. Visto de ese modo y como ya se expuso anteriormente, la corrupción pública puede surgir del particular cuando ofrece la dádiva al funcionario, y muchas veces este particular es un empresario que opera como delincuente económico a favor de su empresa, donde el particular paga un soborno a un funcionario, con el fin, por ejemplo, de adquirir bienes o servicios comerciales.

En ese hilo de ideas, el criminal económico que actúa en el ámbito profesional empresarial generalmente forma parte de una estructura organizada, en la que se adoptan decisiones para inducir a constituir actividades corruptas, que se traducen a un precio que se evalúa como necesario, tomando en cuenta las ventajas económicas de realizar la actividad corrupta e ilícita.¹⁰ En el marco de la

8 Acale Sánchez, 27.

9 Terradillos Basoco, 199.

10 *Ibid.*, 200.

corrupción pública, lo anterior conlleva a descomunales cuantías dinerarias que ingresan al mercado negro donde no existe control y, finalmente, en economías vulnerables se proyecta su circulación “en negro” por medio de los mercados no oficiales, mayor dinero que aquel que circula lícitamente y su consecuencia es el trastoque del orden económico.¹¹

De esa manera, como se puede advertir, en este contexto la corrupción pública se traduce en una manifestación o modalidad más de la delincuencia económica, en la que se sitúan personas físicas particulares que actúan muchas veces al amparo de una persona jurídica, que se sirven de la administración pública a través de la dádiva que ofrecen o entregan al funcionario público, para que éste realice a su favor el acto corrupto que permitirá tener ventajas desproporcionadas frente a otras empresas que no se valen de medios ilícitos y corruptos.

Bajo este marco lineal, estas personas ajenas a la administración pública que ofrecen dádivas al funcionario para favorecer a su empresa, pertenecen a una categoría particular que la doctrina ha denominado “*delincuente económico*”, o bien, en algunos supuestos, criminal “*de cuello blanco*”.¹²

Las características de este delincuente ajeno a la administración, del cual se ha hecho mención, no incluyen en principio la criminalidad patrimonial común, sino que se sitúa en aquellos espacios de obras públicas a gran escala, de privatización o concesiones de servicios públicos de primera necesidad en algunos ámbitos de la sociedad, entre otros.¹³ Así, los propósitos de este delincuente económico son más que claros: obtener el mayor lucro a favor de su empresa y para él mismo, a costa de los intereses gubernamentales.¹⁴

11 Acale Sánchez, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”, 232.

12 José Luis Díez Ripollés y Alejandra Gómez-Céspedes, “La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”, *Revista española de investigación criminológica*, número 6 (2008): 3, <https://doi.org/10.46381/reic.v8i0.36>

13 Terradillos Basoco, 14 y 15.

14 Fernando Carbajo Cascón, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, 283.

Eventualmente, se alude a una dualidad de criminales de cuello blanco, el genérico que se entiende en sentido amplio como lo asentó Sutherland¹⁵ “*que no siempre será equivalente al delincuente económico*”, y el específico, donde el delincuente económico se sitúa como una especie que integra el género que es el delincuente de cuello blanco, porque el criminal económico se delimita a una actividad específica, que es la empresarial de tipo mercantil. En tal sentido, tal como acertadamente lo expone Barroso González, se puede colegir que se estaría “*en presencia de un delincuente económico y a la vez de cuello blanco cuando converjan en dicha persona las características de pertenencia a una clase social alta, y cometa una infracción vinculada a su actividad profesional, siendo ésta de índole mercantil*”.¹⁶

Bajo esta línea argumentativa, se colisiona el contexto en el que se suscitan los vínculos estrechos entre corrupción/criminalidad económica/participación, de ello el interés en lo concerniente a la confluencia del *intraneus* y el *extraneus* (extraño) en los delitos cuya configuración del tipo requiere la calidad especial en el sujeto activo.

II. El *intraneus* y el *extraneus*: escenario de participación

Como señala el autor Gonzalo Quintero Olivares, a la definición de autoría en el ámbito del derecho penal no debería ser una tarea difícil, pues es intuitivo decir que el autor de un delito es quien realiza la acción descrita en el tipo penal, más específicamente, quien mata, quien hiere, quien quita el bien ajeno. Sin embargo, surgen dificultades cuando diferentes personas

15 Sutherland, *El problema del delito de cuello blanco*, 108.

16 Asimismo, este autor apunta de forma atinada que “*un delincuente de cuello blanco no necesariamente es también un delincuente económico, y viceversa. Ello se colige de la posibilidad cierta de que un individuo perteneciente a una clase social alta cometa una infracción vinculada a su actividad profesional, pero ésta no sea atentatoria contra la economía a la luz de los conceptos de delito económico ya abordados. Podríamos estar en presencia, en tal caso, de delitos funcionariales, relativos a la corrupción, y no contra la economía propiamente dicha*”. Barroso González, “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, 103.

compiten por la comisión de un mismo hecho típico, a través de contribuciones de diferentes entidades.¹⁷

Ahí es donde viene la llamada competencia de agentes, codelincuencia o concurso de personas (coautores),¹⁸ esta última, es la nomenclatura elegida por el legislador penal salvadoreño para designar el fenómeno de la comisión de un solo delito por dos o más sujetos activos.

La competencia de agentes tiene, por tanto, un carácter monista, que, como se verá, se puede deducir del contenido de algunas disposiciones del CP salvadoreño, esta característica proviene de la interpretación de las distintas aportaciones de los distintos competidores como la realización de la misma y común infracción¹⁹ siempre que, por supuesto, estén presentes los requisitos determinantes de la competencia de personas.²⁰

17 *"Por supuesto, cuando solo hay uno interviniendo en el crimen, los problemas de identificación legal del autor se reducen sensiblemente; Por este estudio de la autoría es el único momento el estudio de la participación delictiva, expresión referida al conjunto de personas que intervienen de una u otra forma en la comisión del delito, y la pena que les son aplicables en función de esta intervención".* Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal: parte general* 2. ed. (Navarra: Aranzadi, 2000): 606-607.

18 *"En relación al extraneus, en el que no son funcionarios ni empleados públicos, exigencia para este delito especial, hay que aclarar que las circunstancias personales sólo son exigidas para el autor, esto porque el Código Penal salvadoreño regula la trilogía en la participación de un hecho punible de conformidad con el Art. 32 Pn. Por lo que solo pueden ser autores de un delito cualificado o especial, aquel en quien concurre ese elemento especial de funcionario o empleado público, mientras que el resto de intervinientes en el hecho responden como partícipes, es decir tenemos un sistema diferenciador."* Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana, Incidente de apelación, Referencia 209-2018 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018): 16.

19 Como ampliación del redactor de este artículo, sobre la idea anterior resulta importante señalar que la *violación de la norma penal*, es decir, la infracción de sus postulados de hecho que legitiman la concurrencia de la consecuencia legal, puede realizarse de forma unitaria (autor), consumación por múltiples autores (coautoría), dominio funcional de un sujeto sobre instrumentos del tipo (autor mediato). Así, se tiene que, en el primer caso, el mismo individuo delibera, planifica y ejecuta el delito, haciéndose cargo de todos los actos que se hacen necesarios para llevarlo a cabo o, al menos, para intentarlo. En el segundo -aunque la infracción puede, en abstracto, ser cometida por una sola persona- en realidad concurren dos o más individuos para producirla, compartiendo entre ellos el peso de la tarea criminal. En este último, se tiene la concurrencia de personas en un delito.

20 Sobre la competencia de personas a la que se hace alusión, para el autor de este artículo resulta necesario señalar los requisitos de dicha figura, que se pueden resumir en los siguientes: i) pluralidad de agentes; ii) pluralidad de conductas; iii) vínculo causal entre cada conducta y el resultado delictivo y iv) acuerdo de voluntades, siendo este último el elemental que determinará la unidad del delito.

Las dificultades relacionadas con la coautoría se refieren a la distribución de la responsabilidad penal entre los distintos sujetos en competencia, problema para el cual se propusieron varios criterios que permitirían decir en qué casos el aporte al delito equivaldría a la autoría, en otros a la participación o incluso a la colaboración con impunidad.

Entre las clases criminales que ofrecen problemas adicionales, está la tarea de interpretación jurídico-penal de los aportes de los distintos intervinientes al delito, que es la categoría de delitos especiales. Esta dificultad es evidente cuando se admiten delitos especiales como figuras típicas con restricción de autoría; así, si, por un lado, la doctrina penal no duda en afirmar la imposibilidad de un sujeto que no cuente con las características personales exigidas en el tipo (así, por ejemplo, ser funcionario público, médico, abogado o gerente de una institución financiera) para cometer individualmente el delito; en cambio, la solución no es tan sencilla cuando el delito se comete mediante la concurrencia de personas calificadas y personas no calificadas, de acuerdo con los requisitos típicos.

En ese sentido, el sujeto calificado, capaz de practicar la infracción especial individualmente, es designado *intraneus*, mientras que, el sujeto no calificado, incapaz de realizar la figura típica por sí mismo, es designado *extraneus*. Sin embargo, la serie de problemas relacionados a la imputación de una culpabilidad por autoría o participación, surge cuando concurren ambos sujetos (*intraneus* y *extraneus*) en la realización de un delito especial.²¹

Por supuesto, si un *extraneus* no puede practicar de forma aislada un delito especial, no podrán practicarlo ni dos, ni siquiera una pandilla de individuos no calificados, ahora, cuando esté calificado y no calificado (*intraneus* y *extraneus*) cometen juntos un delito especial, la atribución de responsabilidad plantea cuestiones importantes a saber, de las cuales, se citan dos medulares:

21 “La doctrina reconoce que un sujeto privado de calificaciones personales (*extraneus*) puede participar en la comisión de un delito cometido por un sujeto calificado (*intraneus*). Así, el ciudadano común podrá competir en la práctica de un delito propio”. Costa JR y Paulo José, *Curso de Derecho penal*, 9. ed. Rvdo. y actual (Librería Saraiva, 2008.) 139.

i) ¿Existe alguna posibilidad de sancionar penalmente a quien no ostenta una cualidad especial?; y ii) ¿La figura de comunicabilidad de las circunstancias y cualidades, autoriza transportar una condición especial a un sujeto común (*extraneus*) sin que ello sobrepase la legalidad y la interpretación en parte desfavorables?

En esa orientación, el hecho de que se requieran ciertas cualidades del infractor especial, no da lugar a la imposibilidad que terceros no calificados (*extraneus*) puedan dañar o poner en peligro el bien legal protegido, si bien en algunos casos es difícil imaginar la situación en cuestión; en otros, la hipótesis no solo es completamente factible, sino que a menudo se verifica constantemente en la práctica, donde este sería el caso, por ejemplo, del particular que presta asistencia material al funcionario que resta valores a la Administración Pública.

Luego, a pesar de la notable contribución a un daño colectivo producto de la concurrencia de participación entre el *intraneus* y el *extraneus*, el margen de involucramiento del derecho penal se ve limitado, pues, como existe una condición especial en el sujeto activo que no es concurrente en el *extraneus*, ello conlleva a una condición específica de impunidad, lo cual, también transmite un mensaje a esta modalidad de criminalidad, en cuanto a que, será difícil sostener una acusación e intentar la aplicación de una pena, a quien intervenga en la realización de un delito contra la administración pública pero, no sea un sujeto especial.

En menoscabo de la responsabilidad penal de estas personas extrañas, se aboga el principio de legalidad, el cual determina los límites exactos de esta imputación, siendo objeto de constante debate en la doctrina extranjera, con énfasis en la alemana y la española. Por otro lado, la normativa salvadoreña reconduce esa postura en lo que se encuentra regulado en el artículo 67 del CP,²² que trata la denominada figura como “Comunicabilidad de Circunstancias y Cualidades”,²³ el cual pretende solventar este escenario de participación,

22 Código Penal Salvadoreño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011).

23 El artículo 67 CP establece “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno

indicando que lo que concurra en el autor y sea conocido por el partícipe, también le afectará a este. No obstante, la aplicación de esos postulados debe suscitarse en el contexto del delito de peculado, discutiendo la efectividad de las alternativas vigentes en el CP, a fin de profundizar sobre la ausencia de pronunciamiento legislativo y jurisprudencial al caso.

III. La comunicabilidad de las circunstancias en el contexto de autoría y participación en el delito de peculado

A. Escenarios de condena a través de participación.

Una conceptualización general de la figura de la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades, es la translación de las condiciones que influencia en el autor del delito a los demás partícipes en aquel. Por ello, el cuestionamiento problemático se suscita en sí, en la calidad especial requerida para la condena en un delito de peculado, que puede realmente transmitirse a quien participa en el ilícito y no ostenta dicha condicionante.

En esa orientación, se redirecciona la posibilidad punitiva hacia esta figura. Primero, es cuestionable la imposibilidad de ser el autor como individuo calificado. Sin embargo, no se discute que, a diferencia del *intraneus*, el *extraneus* siempre puede asumir formalmente tal condición, al menos, cuando se enfrenta a una infracción especial impropia. La aptitud formal antes mencionada se vuelve imperativa, sea cual sea, es la teoría de la autoría electa, cuando el *intraneus* ejerce materialmente el dominio de la actividad delictiva. Este dominio puede presentarse en cualquiera de las modalidades de autoría singular: autoría

o algunos de los autores y partícipes, sólo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades. (inc. 1) La misma regla se aplicará respecto de circunstancias y cualidades que configure un tipo penal especial. (Inc. 2)”. El entendimiento según el cual la disposición en cuestión determinaría, como excepción a la regla general, la comunicabilidad de la calidad del intraneus al eventual extraneus que contribuya a la comisión del delito especial, permitiendo así distribuir las responsabilidades entre ellos según criterios como el aporte efectivo de cada uno a la comisión del delito, sin restricción alguna en materia de autoría.

directa o autoría mediata, según se cometa el delito personalmente o mediante un instrumento desprovisto de conocimiento y voluntad.

Bajo esa tesis, la admisión de autoría mediata en delitos especiales y la instrumentalización de *extraneus* por el *intraneus*, no se discute como regla general,²⁴ con la hipótesis que se debería hacer una excepción a la regla: la de la práctica de un delito que además de especial, se caracteriza por ser de propia mano; en ese sentido, con respecto al *extraneus* que colabora con la ejecución del delito dominado materialmente por el *intraneus*, la doctrina imperante entiende su punibilidad, siempre como participación.

Debido a lo anterior, a manera de ejemplo, puede citarse: un empleado de una institución financiera que brinda asistencia material para que los directores malversen los activos de la entidad legal para su propio beneficio; o también, en el caso que un secretario judicial, instigado por un abogado particular y queriendo beneficiarlo, retrasa la práctica de un acto oficial. En estas hipótesis, tanto desde la perspectiva del dominio final del hecho, como desde la perspectiva de cualquiera de las teorías basadas en una idea normativa de dominio o en la concepción del incumplimiento del deber, el particular, si es sancionable, será como mero partícipe, y eso es porque, por un lado, no controla el evento típico y, por otro lado, ni siquiera cumple con los requisitos formales típicos que lo convertirían en un autor idóneo del delito especial.

Tal es la solución que se apoya predominantemente en la doctrina y jurisprudencia extranjera, que, siendo defendible bajo cualquier punto de vista doctrinal en cuanto al criterio de responsabilidad penal aplicable a delitos especiales, no genera muchas dudas, independientemente de la postura predominante sobre la punibilidad del *extraneus* (siempre como partícipe), ello por una corriente minoritaria -incluida esta investigación- que aboga por la no impunidad del incondicional que colabora con el delito especial.

24 “El razonamiento es sencillo: quien puede cometer un delito por sí mismo puede hacer lo mismo que otro. En el presente, el razonamiento es aún más claro para dar un reconocimiento legal expresado en la construcción de autoría mediata” Quintero Olivares, 105.

Así, la solución casi uniforme de la doctrina sobre la punibilidad del *intraneus* como autor directo o mediato y del *extraneus* como partícipe ya no se sostiene ante el caso límite del llamado “instrumento voluntario incondicional”, en el que un *intraneus* usa al *extraneus* para cometer un delito especial propio.

Resulta que, existe una salvedad excepcional para garantizar la punibilidad del sujeto calificado “desde atrás”, como lo es el caso del “instrumento malicioso no calificado”, lo cual se diferencia consistentemente con la hipótesis tradicional de autoría mediata. Aun con ello, es a Roxin que se le atribuye el desarrollo para poder resolverlos satisfactoriamente, después de todo, aplicando correctamente la teoría del dominio final de los hechos, sería inevitable reconocer el dominio en manos del *extraneus*, calculando al *intraneus* como mero instigador.²⁵

Sin embargo, teniendo en cuenta que el *extraneus* no puede ser el autor de un crimen especial, por no contar con las condiciones exigidas en el tipo de infracción, y que el *intraneus* no puede responder como partícipe de un delito sin autor, debido al carácter accesorio de la participación, la aplicación de la formulación tradicional de la teoría del dominio final conduciría inevitablemente a la impunidad tanto de los individuos calificados como de los no calificados. En ese sentido, el precio de la impunidad, siempre se considera alto, especialmente cuando va en contra del sentimiento de justicia material; esto es así, porque el vacío legal que produce la hipótesis del “instrumento voluntario incondicional” podría representar una “salida” para la práctica impune de un delito especial.

Esta ausencia de necesidad legislativa -de interés general-, en relación a encontrar una ponderación necesaria para respetar los principios mínimos de la intervención penal, pero también, con relación a crear un margen de prevención general y especial para evitar la impunidad en estos casos, sobre

25 Como apreciación analítica del autor de este artículo, debe señalarse que la especificidad de los casos que se están discutiendo consiste en que los requisitos de los que depende la autoría de los delitos especiales -calificación de autor y ejecución de la acción- se dan en dos personas distintas. El *intraneus* realiza en su propia persona sólo el presupuesto de la calificación de autor; sin embargo, dado que la acción es intencionalmente llevada por el *intraneus*, ya que estructura su conducta como instigación.

todo, cuando el ámbito de ejercicio de delitos como el de peculado, por tradición histórica salvadoreña, son generados no solo por la acción directa del sujeto especial, sino porque son actos masificados dentro de la administración pública que han requerido de la intervención de particulares para el disfraz de las actuaciones ilegales, es decir, aquellos delincuentes de cuello blanco privados que intervienen por medio de sobornos con los funcionarios para obtener beneficios -verbigracia, ganar una licitación pública-.

B. El peculado y los supuestos de punición del *intraneus* a través del CP.

En el CP, cuando se trata de conductas penalmente relevantes de un delito especial propio, verbigracia, el delito de peculado tipificado y sancionado en el art. 325 CP. El problema es sumamente grave, pues el *extraneus* que actúa de modo inmediato no puede ser autor del delito de peculado, ya que le falta la característica personal exigida en el supuesto de hecho, resultando su conducta en principio atípica. El inductor *intraneus* no podría responder como instigador²⁶ en virtud del principio y alcance de los partícipes, la cual es limitada de la participación.

Por consiguiente, en el caso predicado, se habría podido cometer materialmente el delito de peculado, que, no obstante, no se podría responsabilizar, por lo que supone una posible laguna de penología. Incluso, se podría acudir a la figura dogmática de la autoría mediata,²⁷ por la utilización de un instrumento doloso no calificado. En el mismo caso planteado el *intraneus* sería el “hombre de atrás”, como autor mediato del hecho, y el *extraneus* un cómplice necesario, a pesar de que realiza directamente el hecho.

26 “Se consideran instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito”. CP, artículo 35.

27 “Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento. [...] Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor mediato” CP, artículo 34.

Cabe agregar que, la afirmación de la autoría mediata del *intraneus* parece una mera postulación de principio, por no estar debidamente fundamentada en criterio material alguno que brinde razones argumentativas para explicar que se encuentra ante la utilización de un instrumento y que el funcionario público –*intraneus*- domina el hecho. A este respecto, resulta sin razones justificadas el argumento no convincente desde la teoría de la pertenencia del hecho al *intraneus*, porque aparte de no parecer correcta en general la citada teoría, su argumentación en este punto no va mucho más allá de decir que un *extraneus* no puede ser autor de un delito especial propio en general y de peculado en particular, sin que quede claro por qué deba pasar la autoría al *intraneus* que no realizó la acción típica -apropiarse- del injusto de peculado.

Bajo esa línea de disquisiciones, si se rechaza la construcción de la autoría mediata por la utilización de instrumento doloso no cualificado y no se plantean algunas reformas, se produce una laguna de punición que no parece justificable. De las alternativas que se han estudiado en esta investigación, puede admitirse el recurso general a los llamados delitos de infracción del deber, en los cuales lo relevante para la autoría no serían los criterios habituales –como el dominio del hecho, por ejemplo-, sino la infracción de un específico deber extrapenal, verbigracia- siguiendo con el mismo ejemplo el delito de peculado, quien infringe el deber *intraneus* es autor aunque no domine el hecho –el *extraneus* es partícipe- aunque lo domine.

Incluso, el argumento de la comisión por omisión –el *intraneus*- es autor del delito en comisión por omisión, alguna vez utilizado por algún autor en relación al delito de peculado, soluciona el problema con carácter general, pues suscita reservas según cuál sea el concepto y requisitos de la comisión por omisión que se consideren correctos, y sobre todo, no parece posible aplicar la solución a todos o la mayoría de los supuestos que la doctrina tradicional soluciona mediante la autoría mediata por utilización de instrumento doloso no calificado.

Finalmente, quizás la solución más loable es la del recurso de la aplicación del art. 38 CP,²⁸ que recoge la construcción dogmática del actuar por otro, a la que el *extraneus* es un autor del delito especial, supliéndose a través del art. 38 CP en comento su carencia de la cualidad especial exigida por el delito; el *intraneus* será partícipe -instigador- en ese delito especial. Empero, aunque esta solución puede aplicarse a muchos casos, es dudoso que pueda decirse que en todos los supuestos tradicionalmente calificados de autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado actúe en nombre o representación legal o voluntaria de otro, como exige el ya citado art. 38 CP.

Bajo las premisas citadas, apelar al actuar por otro no soluciona el problema que habrá que admitir, ya que existe una laguna de penología, que podría evitarse a través de una norma específica, por ejemplo, reformando el precepto de la parte general o en particular del injusto de peculado ambos del CP. Al contrario de lo precedente, es el caso cuando el sujeto no cualificado que utiliza como instrumento al *intraneus* realice una conducta del delito de Peculado, verbigracia, el *extraneus* coacciona al funcionario público a que se apropie de bienes públicos. La problemática se plantea sobre todo cuando el *intraneus*, aquí verdadero instrumento, actúa en un supuesto de esa *vis compulsiva*, es decir bajo amenaza o coacción.

En este supuesto, la situación es fundamentalmente grave, el *intraneus* -único posible autor del peculado por concurrir en la cualidad especial de funcionario público²⁹ exigida en el tipo penal-, ya que realiza una acción típica,

28 “El que actuare como directivo, representante legal, o administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare. [...] En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial. No obstante, lo anterior, en el caso de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el art. 118 de [ese] código”. CP, artículo 38.

29 “Para efectos penales, se consideran: 1) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; 2) Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo

antijurídica pero no culpable, por lo que en virtud del principio de accesoriidad limitada de la participación, el *extraneus* no puede ser responsable como instigador y cómplice en el delito de Peculado, pero el *extraneus* tampoco puede ser sancionado por autoría mediata, pues le falta la cualidad personal del delito de Peculado, ni como autor mediato o inmediato de un delito común.

Por tanto, habría que absolver al “hombre de atrás” –*extraneus*- del delito de peculado, lo que no parece adecuado y quizás lo único que se le pudiese atribuir es el delito común de coacción al *extraneus*; por esta razón es que debe de existir claridad y exhaustividad en la redacción de la norma sustantiva penal. De manera que, no es sostenible el argumento de construcción de la autoría mediata por un instrumento que no es doloso no cualificado de la redacción del peculado en el CP. Hasta el tratamiento que se realiza en el art. 67 CP, en relación con la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades, la problemática de autoría y participación del *extraneus*, se puede plantear en tres sentidos:

- i) Un problema exclusivamente dogmático, que limita la accesoriidad del título único de la imputación, por el hecho que el delito en el ordenamiento jurídico-penal salvadoreño es clasificado como especial.³⁰ De ello, se extraen dos consecuencias, a saber: a) El delito especial propio requiere un sujeto activo cualificado, por ende, tanto la adecuación típica como la procedencia en la escala de la teoría jurídica del delito, será posible en la medida que el autor cumpla esa cualidad; b) La cualidad especial, es una condición normativa que se le atribuye al sujeto activo, pues el propio CP en su art. 39 identifica lo que se entenderá como funcionario, empleado o encargado de un servicio público; por ende, ello restringe la posibilidad de encajar

o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. 3) Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico; y, 4) Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil” CP, artículo 39.

30 Claus Roxin, *Derecho penal: parte general, tomo I*. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1997), 338.

a un sujeto activo que diste de esas condiciones;³¹ y c) La necesaria condición especial del autor en el ilícito no viene dada únicamente por un parámetro de clasificación, al contrario, debe visualizarse desde el bien jurídico que se protege, el cual ha creado un parámetro de posibles escenarios lesivos por los individuos que se encarguen o tengan una cercanía directa con la administración pública.

- ii) Un segundo escenario, que resalta una postura negativa derivada de la construcción del supuesto de hecho del peculado, donde al exigir un sujeto activo con una cualidad particular, se respeta la literalidad de la norma y se recalca el principio de legalidad penal como un margen de interpretación de la disposición.³²
- iii) El tercero, la imposibilidad de compartir el título de funcionario, empleado o encargado de un servicio público, que es requisito *sine qua non* para la consumación del peculado, a un sujeto ajeno a esa condición, pero que, al margen de ello, se soslaya aquel escenario donde el *extraneus* puede dirigir de forma principal la consumación del ilícito o colaborar de forma útil e idónea para la realización del mismo.³³

31 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, parte general*, octava edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 260. Sobre ese particular, la doctrina no asume un riesgo diferente al tratarse de tipos penales especiales, pues siempre se reitera la dificultad de atribución a un sujeto activo que no tenga esa misma condición. Así, se ha llegado a sostener: “Estos delitos plantean especiales dificultades en relación con el tratamiento que debe darse a aquellos partícipes que intervienen en la realización del delito especial sin tener las cualidades personales exigidas en el tipo”.

32 Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 22-2007Ac* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015). A pesar de que específicamente sobre este punto no exista pronunciamiento, la jurisprudencia sí ha reconocido al principio de legalidad como imperante en materia punitiva, por ejemplo, al momento de no realizar interpretaciones fuera del margen literal plasmado en la norma.

33 Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado* (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004): 341. Con relación a este punto, la cualidad especial se ha catalogado como difícilmente comunicable porque está adherida al sujeto activo, es pues, de carácter subjetivo. Esta perspectiva es retomada por los autores de los Comentarios al Código Penal donde, según la clasificación que exponen, es posible encajar la condición especial en lo que particulariza al autor.

Así, todo requiere una adecuación a la realidad contemporánea de El Salvador, donde el peculado no es una mera extracción de fondos del Estado para el beneficio del sujeto activo, sino cuando su ejecución lleva aparejada la participación de particulares. De ello, que la jurisprudencia que ha deconstruido los elementos de este ilícito, resulta negativamente en la interpretación de aparejar al *extraneus* como responsable. Lo anterior, desde la condicionante de los elementos del tipo, que requiere la condición especial del sujeto activo.³⁴

El criterio nomofiláctico es problemático; verbigracia, piénsese en aquellos casos en que una persona jurídica dedicada al rubro de alquiler de inmuebles en el extranjero, junto a un cónsul salvadoreño en un país X, acuerdan con la junta directiva realizar un contrato de arrendamiento de un inmueble donde será la sede diplomática por el valor de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (\$5000.00), mensuales, por el plazo de cinco años; sin embargo, por mutuo acuerdo se realiza otro contrato de arrendamiento por la cantidad de tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América, (\$3,500.00), pues la empresa entrega la diferencia en efectivo al funcionario. A ello debe agregarse que el desarrollo jurisprudencial en cuanto a la teoría del *intraneus* y el *extraneus* ha sido escaso tanto en el peculado, como en los límites de la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades.

Respecto de la intervención del *extraneus*, la jurisprudencia³⁵ lo identifica como un sujeto ajeno al ilícito, de tal modo que lo importante para la adecuación típica del delito será la condición especial que recaiga en el sujeto activo –*intraneus*– como autor o partícipe dentro de una posición determinada asignada de forma previa al hecho.

Por otro lado, también ha existido un criterio jurisprudencial que asume la accesoriadad del título de la acción en aquellos supuestos donde el

34 Sala de lo Penal, *Casación, Referencia 1C2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

35 Cámara Tercera de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, San Salvador, *Incidente de apelación, Referencia 47-P-17* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

extraneus interviene para la realización del ilícito. Bajo ese parámetro, se ha sostenido que la cualidad especial solo se requiere como requisito de tipicidad para el autor del ilícito, de tal modo que es impensable un *extraneus* como autor directo, mediato o coautor; sin embargo, ello no opera para reprochar a título de partícipe la contribución necesaria o no en la consumación del tipo penal,³⁶ lo cual atenúa la pena.

Ahora bien, ese criterio o la postura que determine la posibilidad de transmitir las circunstancias y cualidades especiales al *extraneus*, no ha sido un planteamiento vigente por la Sala de lo Penal en el ordenamiento jurídico salvadoreño.³⁷ En ese orden, de manera opuesta también se plasma un criterio donde el *extraneus* no puede participar dentro del papel de garantía con la administración pública, que se encuentra inmerso en el *intraneus*.³⁸ En ese precedente jurisprudencial, se sostuvo que el *extraneus*, en el caso del cohecho propio –por ejemplo–, no es quien sobrepasa e infringe el deber de emitir resoluciones judiciales, sino que es el juez, en quien sí reside la cualidad especial. Acá, nuevamente se observa ese desconocimiento presente en la jurisprudencia, que asume con ausencia de rigor dogmático el criterio nacional sobre el tratamiento de estos supuestos.

Por ejemplo, la Sala de lo Penal³⁹ utilizó como parámetro para verificar la irregularidad de la función pública en el ámbito de contratación como un mecanismo de reproche sobre los actos realizados por un alcalde municipal y lo dispuesto en la normativa vigente encargada de regular esos actos. En esa oportunidad, se identificó que el beneficio brindado a partir de

36 Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana, *Incidente de apelación, Referencia 209-2018* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

37 Véase: Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 1C2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017). En su interpretación sistemática, el precedente no aplica la figura del art. 67 CP, sino, se decanta por construir el título de “calidad especial”.

38 Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, *Incidente de apelación, Referencia inc-243-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, S.f.).

39 Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 167C2016* (EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

la utilización de los fondos del Estado fue a favor de una persona jurídica individual, encargada de la construcción de una obra pública adjudicada por un funcionario del Estado.

Nótese que en los citados precedentes, la Sala sostiene el problema planteado en esta investigación, pues realiza una exégesis restrictiva en cuanto al autor del hecho que solo puede ser cometido de forma activa u omisiva, por quien tiene la calidad especial de funcionario público, lo cual limita la autoría; es decir, la jurisprudencia no deja posibilidad de sancionar al particular que interviene en la comisión del delito, a pesar de, no tener condición especial, pese a que, como ha sido relatado, también puede intervenir directamente en la comisión material del peculado.⁴⁰

El precedente citado *ut supra* fortalece este trabajo de investigación, pues insta a los operadores del sistema penal a poner atención a la calidad de autor del delito de peculado como delito especial propio, incluso deja fuera a los sujetos no calificados que no reúnan la relación funcional.⁴¹

Debido a lo expuesto, resulta válido cuestionar si los contemporáneos pronunciamientos son acordes a un criterio que asuma la comunicabilidad de las circunstancias como posible para la participación, o si por el contrario, ese esquema de análisis sobrepasa la vigente normativa en relación con la imposibilidad de sancionar a los intervinientes –en el caso de delitos especiales– que no ostenten la condición particular.

Lo anterior debería ser una postura clara ante la contemporánea producción de criminalidad económica que suscita el panorama salvadoreño, donde la intervención de un ajeno al vínculo público toma mayores potestades para infringir la administración pública. Verbigracia, cuando un *extraneus* se encarga de planificar reuniones de extranjeros con funcionarios del Estado,

40 Precisamente aludiendo a las Sentencias de Casación 1C2017(EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017) y 167C2016 (EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017), ya citadas. 0009-0007-0100-212X

41 Sala de lo Penal, *Sentencia de casación, Referencia 3-CAS-2004* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, S.f.).

para facilitar un acuerdo económico al otorgar licitaciones fuera del margen de la legalidad.

Por lo tanto, la crisis dogmática en la que el país se encuentra, retrasa la judicialización de casos que aspiren hacia una justicia material más efectiva con la cualidad personalista de la Constitución de la República.⁴² La persecución del *extraneus*, por tanto, merece un tratamiento penológico propio.

Acá, la ausencia de regulación y la carencia de postura esclarecedora, genera una posibilidad de impunidad y una estrategia de uso omisiva para evitar la persecución penal; condicionantes que colocan en pugna el sentido de la justicia material y las implicaciones de la legalidad, frente a la garantía que protege la condena por el delito de peculado.

Conclusiones

La corrupción, como ha sido detallado, es un problema sistemático que se encuentra ligado a la alteración de la adecuada administración pública y tensiona directamente los derechos sociales, en cuanto a qué restringe a través de la alteración del sistema ordinario, las garantías esenciales de la población.

El problema de la corrupción, puede enfrentarse desde el ámbito preventivo, formulando normativas de descubrimiento y tratamiento; y también, desde la visión de prevención especial con la aplicación de ilícitos a casos concretos. Es en el segundo sentido, donde se sitúan aquellos problemas como el que se ha expuesto en los numerales del artículo, resumidos en ¿cuál tratamiento de imputación de responsabilidad penal dar a las personas que cometen o participan en el delito de peculado sin tener la calidad especial?

Como ha sido indicado, reporta la concurrencia de participación del *intraneus* y el *extraneus* tres problemas: Uno dogmático, que limita el título único

42 “El Estado no se agota en sí mismo, no es una entelequia intrascendente, sino creación de la actividad humana que trascienda para beneficio de las propias personas. Por eso se dice en el artículo 1 que ‘la persona humana es el principio y el fin de la actividad del Estado’” Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, *Informe único* (San Salvador, 1983).

de la imputación en el sujeto especial, otro en la forma en la que se ha construido el delito especial de peculado, y, finalmente los límites legales de transmitir a partir del artículo 67 CP la calidad de funcionario al particular.

A partir de estos inconvenientes, resulta importante en última instancia generar condiciones de *lege ferenda* palpables, a partir de la creación de mecanismos dogmáticos y de procesabilidad, que autorice la persecución y tratamiento del *extraneus* en el delito de peculado. Cabe agregar, que la propuesta de demanda legislativa es a fin de que los márgenes de la limitación de garantías -para el caso, la libertad ambulatoria- deviene de un necesario juicio de proporcionalidad al momento de la concreción de disposiciones. Ello permitiría que, ante la pugna de intereses pregone el evitar escenarios no normados que accesoriamente contribuyan a la impunidad. Todo en aras de comprender la magnitud del bien jurídico que se tutela y el estadio de necesidad legislativa para la judicialización efectiva de procesos.

Bibliografía

- » Acale Sánchez, María. “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”, *Diritto Penale Contemporaneo*, número 3-4, (2014): 27. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/23652>
- » Ansuátegui Roig, Francisco Javier. “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Revista Derecho del Estado*, número 24 (2010): 61.
- » Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana, *Incidente de apelación, Referencia 209-2018*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.
- » Cámara Tercera de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, San Salvador, *Incidente de apelación, Referencia 47-P-17 1C2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.
- » Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Santa Ana, *Incidente de apelación, Referencia 209-2018*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.
- » Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, *Incidente de apelación, Referencia inc-243-2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, S.f..
- » Código Penal Salvadoreño. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011.
- » Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, *Informe único* (San Salvador, 1983).
- » De la Mata Barranco, Norberto. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018, 415.
- » Díez Ripollés, José Luis y Alejandra Gómez-Céspedes. “La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”, *Revista española de investigación criminológica*, número 6 (2008): 3, <https://doi.org/10.46381/reic.v8i0.36>
- » JR, Costa y Paulo José. *Curso de Derecho penal*, 9. ed. Rvdo. y actual. Librería Saraiva, 2008. 139.
- » Ley de Probidad. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015.
- » Moreno Carrasco, Francisco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, 341.
- » Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, parte general*, octava edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, 260.
- » Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal: parte general* 2. ed. (Navarra: Aranzadi, 2000): 606-607.
- » Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*, tomo I. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, 338.
- » Sala de lo Constitucional, *Auto interlocutorio de admisibilidad, Referencia 6-2016*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.
- » Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad, Referencia 53-2005/55-2005*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.
- » Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 22-2007Ac*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.
- » Sala de lo Penal, *Casación, Referencia 1C2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.
- » Sala de lo Penal, *Sentencia de casación, Referencia 3-CAS-2004*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, S.f.
- » Terradillos Basoco, Juan María. “Mercado y administración pública / Criminalidad económica y corrupción política”. *En El derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño* (La Habana: Unijuris, 2016), 199.