

Doctrina

Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

Dr. Manuel A. Abanto Vásquez

Universidad Nacional Mayor
de San Marcos (Lima-Perú)

SUMARIO: I. Introducción. II. Los delitos especiales. III. La autoría y la participación en los delitos especiales. IV. La teoría de los “delitos de infracción de deber”. V. Argumentos a favor y en contra de la teoría de la “infracción del deber”. VI. Marco penal para los partícipes de “delitos especiales” o de “infracción del deber”. VII. ¿El “concepto unitario de autor” como alternativa? VII. Conclusiones

I. Introducción

Pocos temas son tan polémicos como los que derivan de la “autoría y participación” en el delito. Si bien es cierto, existe una base legal que permite un consenso sobre algunos puntos discutidos anteriormente (p. ej.: admisibilidad, en nuestros países, de la “teoría diferenciadora”, diferenciación de tres formas distintas de “autoría”, accesoriadad de la participación, etc.), todavía existen vivas discusiones sobre algunos puntos: los criterios para distinguir entre autor y partícipe; entre autores directos, mediatos o coautores; entre autores mediatos e instigadores; entre cómplices (primarios) y coautores, etc. La discusión —condicionada en parte por la base legal existente— se vuelve mucho más complicada aun cuando se llega al terreno donde la base legal no es clara o ni siquiera existe. Ello ocurre cuando se trata de explicar la autoría y la participación en los llamados “delitos especiales”. A grandes rasgos se pueden dividir aquí las tendencias en dos grandes grupos: los que “tradicionalmente” aplican la tesis y las consecuencias del “dominio del hecho” también en este grupo de delitos; y los que parten de una concepción distinta abandonando el “dominio del hecho” para este grupo de delitos y centrándose más bien en la “infracción del deber”. A continuación se

examinarán estas teorías, sus propuestas y consecuencias en la solución práctica de casos (especialmente en los delitos contra la administración pública), y se extraerán algunas conclusiones.

Debe resaltarse, por lo demás, que el problema que se va a analizar no solamente tiene un mero interés teórico; su enorme relevancia práctica se hace patente una y otra vez en la tarea jurisprudencial y recién ha adquirido especial atención en la dogmática penal latinoamericana “gracias” a sonados casos judiciales contra ex-funcionarios de regímenes corruptos, pues precisamente muchos tipos penales de delitos contra la administración pública tienen la estructura de “delitos especiales” (o de “infracción del deber”)¹.

II. Los delitos especiales

Como es propio de la *teoría diferenciadora*, adoptada en la mayoría de los sistemas penales de corte europeo-continental (Alemania, España, Suiza, Argentina, Perú), debe distinguirse entre “autores” y “partícipes” (y estos últimos a su vez entre “inductores” y “cómplices”). Para realizar esta distinción, la doctrina dominante se sirve de la teoría del *dominio del hecho*. Luego, “autor” será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho²; “partícipe”, aquel que colabore con éste en la

1. Curiosamente también en Alemania la discusión dogmática sobre la participación de extranei en delitos especiales fue motivada ya a principios del siglo XX debido a casos jurisprudenciales referidos a delitos contra la administración pública; ver ref. en CORTÉS ROSA, pág. 416.

2. Como más adelante se distingue entre “delitos de dominio” y “delitos de infracción del deber”, ROXIN define al autor (en los delitos de dominio, será el que tiene “dominio del hecho”; en los de “infracción del deber”, el portador del deber especial que lo infringe) —bajo un denominador común— como la “figura central en la realización de la conducta ejecutiva típica”; ver “Strafrecht AT 2”, pág. 9, n. marg. 10, 12.

Revista Penal

••• Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

ejecución de tales hechos sin poseer tal dominio del hecho. El “dominio del hecho”, según la teoría dominante³, se manifiesta, a su vez, de tres maneras: a) como “dominio de la acción” propia del individuo (autoría directa); b) como “dominio de la voluntad” de un tercero utilizado como “instrumento” o “intermediario humano” (autoría mediata), y c) como “dominio funcional” del hecho, hecho que es ejecutado conjuntamente con otros (coautoría). Son conocidas las discusiones en la dogmática penal para diferenciar cada una de estas formas de autoría, así como, en concreto, para diferenciar los casos de autoría de los de participación (especialmente, en España y algunos países latinoamericanos, entre “complicidad primaria” y “coautoría”, y entre “complicidad primaria” y “complicidad secundaria”)⁴; todo esto no puede ser materia del presente trabajo ni interesa a los fines que se persiguen con él.

Ahora bien, existen determinados delitos que la doctrina (alemana) ha conocido tradicionalmente como *delitos especiales* (*Sonderdelikte*) para distinguirlos de los “delitos comunes” (*Jedermannsdelikte*). Mientras que en estos últimos, cualquiera puede ser autor del delito, en los primeros el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen una cualidad exigida en el tipo penal (los “intrañei”)⁵. La cualidad puede estar expresamente mencionada en el tipo penal (p. ej. “funcionario público”, “accionista”, “testigo”, etc.) o puede deducirse de los demás elementos típicos (p. ej. el que ha participado en un accidente de tráfico, etc.). Otros sujetos que participen en la comisión de estos delitos, al no poseer dicha cualidad —ya por decisión del legislador— no podrán ser nunca considerados como autores de estos delitos especiales (son “extrañei”), así hayan tenido efectivamente un dominio del hecho. Además, se conoce todavía una subdivisión de los delitos especiales en “impropios”

y “propios”. En los delitos especiales “impropios” —según la definición tradicional— la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa) el injusto ya existente en un delito común, de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común; p. ej. la “concusión” (art. 382)⁶, según la modalidad, en relación con los delitos de “coacciones” (art. 151) o la “estafa” (art. 196); el “peculado” (art. 387), en relación con el “hurto” (art. 185) o la “apropiación ilícita” (art. 190). En cambio en los delitos especiales “propios”, la cualidad del autor fundamenta el injusto penal; por lo tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto en el caso de que éste no reuniera la cualidad exigida en el tipo especial. Por ejemplo, son delitos especiales propios el “abuso de autoridad” (art. 376), la “malversación de fondos” (art. 389), el “cohecho pasivo” (art. 393), el “enriquecimiento ilícito” (art. 401), el “prevaricato” (art. 418).

III. La autoría y la participación en los delitos especiales

El problema que se presenta aquí consiste en cómo deben aplicarse las reglas de “autoría y participación” en estos delitos cuando intervienen en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal (intrañei) como otros que no la poseen (extrañei). Es esta *participación del extraneus en los delitos especiales* la que ha generado desde antiguo mucha polémica en la doctrina penal alemana (y algo más tarde en la hispanoamericana), llevando a soluciones de lo más dispares que van desde la impunidad total del extraneus (y en muchos casos también la del intrañei) hasta su punibilidad como partici-

3. Véase, c. más ref., entre la gran cantidad de autores que han tratado el tema, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, págs. 451 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, págs. 651 y ss.; ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, págs. 358 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, págs. 196 y s.; HURTADO POZO, págs. 518 y ss. Otros autores parten del “dominio del hecho” o llegan a los mismos resultados a través de una argumentación distinta; p. ej. Santiago MIR PUIG, a través del criterio normativo de la “relación de pertenencia” del hecho al autor como suyo, págs. 364 y ss., 366 y s. JAKOBS normativiza la “autoría” refiriéndose a una “plena competencia por el hecho” según “distintos ámbitos de dominio”; ver *Strafrecht AT*, págs. 612 y ss., n. marg. 35 y ss.; también ampliamente en: “El ocaso del dominio del hecho”, págs. 165 y ss. De manera crítica a la teoría del “dominio del hecho”, ampliamente, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, especialmente, págs. 545 y ss.

4. Al respecto ver, c. más ref., la exposición resumida de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, págs. 47 y ss., 67 y ss.; también de manera especialmente ilustrativa sobre la complicidad, ROXIN, en *Dogmática penal y política criminal*, págs. 403 y ss. Para el Perú, VILLAVICENCIO TERREROS, págs. 197 y ss.; HURTADO POZO, págs. 520 y ss., 542 y ss.

5. Sobre los “delitos especiales” ver, entre otros, ROXIN, *Strafrecht AT 1*, págs. 327 y ss, 337 y s.; JESCHECK/WEIGEND, págs. 260 y ss., 266 y s.; KÜHL, págs. 761 y s., n. marg. 13; LANGER, en una amplia monografía, ver esp. págs. 456, 468 y ss. En España, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, págs. 273 y ss, 276; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, p. g., págs. 199 y ss., 206 y s. En Perú, HURTADO POZO, pág. 363; VILLAVICENCIO TERREROS, p. 139. Refiriéndose especialmente a los delitos contra la administración pública, Carlos MIR, págs. 72 y ss., CRAMER, en Schönke/Schröder, págs. 2256 y s., n. marg. 6 y s., ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, págs. 47 y ss.

6. En adelante, los artículos citados, cuando no se señale expresamente su origen, se referirán siempre al C.P. peruano.

D o c t r i n a

pe del hecho punible del intraneus, o incluso como autor del delito común subyacente (en los delitos especiales impropios).

En resumen existen dos posibilidades para llevar a cabo la delimitación de la autoría y la participación en los delitos especiales: emplear —como se hace en los delitos comunes— la teoría de “el dominio del hecho”, o recurrir a la relativamente nueva teoría de la “infracción del deber”. Ambas soluciones provienen de Alemania donde el problema mismo fue planteado por Johannes NAGLER ya en 1903 en su monografía *Die Teilnahme am Sonderverbrechen* (La participación en los delitos especiales). La segunda corriente fue fundada por Claus ROXIN en 1963 a través de su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoría y dominio del hecho).

La mayoría de los autores aplican, de distinta manera, los principios de la teoría del “dominio del hecho” también en los delitos especiales. Aquí ya se han planteado sobre todo dos posibilidades (que se describen con la terminología empleada en la doctrina hispana):

a) La teoría de la *ruptura del título de imputación*. Según ella, los tipos penales de delitos especiales solamente se referirían a los intranei; por lo tanto, los extranei solamente serían punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren (“cada uno responde por su propio injusto”). Los partidarios de esta teoría⁷ se apoyan para esta afirmación en un supuesto apoyo legal contenido en la regla de la “comunicabilidad de circunstancias personales” (art. 26 C.P. peruano, art. 65 C.P. español), 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 extranei. Por ejemplo, cuando un funcionario público, con dominio del hecho, se apropia de caudales que debe administrar, con ayuda de un particular, el primero será autor de “peculado” (art. 387), mientras que el segundo solamente autor o cómplice (según su dominio del hecho) de un “hurto” (art. 185). Al revés, cuando el “dominio del hecho” lo haya tenido el extraneus y el funcionario intraneus únicamente haya colaborado con aquél sin dominio del hecho en el apo-

deramiento de los caudales, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor de “hurto” y el segundo como partícipe de “peculado”. En el caso de los “delitos especiales propios”, aplicando consecuentemente esta teoría, siempre habría impunidad en el extraneus, pues no existe ningún delito común subyacente aplicable a éste. Por ejemplo, en el caso del particular que colabora dolosamente con el funcionario público que da una orden abusiva e idónea para perjudicar intereses de terceros (art. 376, segunda alternativa); o incluso, en el “cohecho pasivo propio” (art. 393), el sujeto que, con dominio del hecho, recibe para el funcionario dádivas de un tercero a quien se quiere favorecer en un asunto administrativo, no podría ser considerado ni autor de un cohecho pasivo (le falta la cualidad de sujeto activo), ni cómplice de este delito (faltaría un injusto principal por defecto del tipo penal de cohecho pasivo); y sería discutible su responsabilidad por “tráfico de influencias” (art. 399) pues su conducta no estriba propiamente en una “venta de influencias” sino en un colaborar en la recepción de sobornos (cohecho pasivo). Ciertamente, en muchos casos la impunidad del extraneus se verá atenuada por el hecho de que el C.P. prevé otros tipos penales autónomos o de distinta naturaleza que podrían abarcar la conducta de los extranei. Por ejemplo, en el caso del “cohecho pasivo propio” (art. 393) uno podría considerar al colaborador del funcionario como partícipe de “cohecho activo” (art. 398); en el “enriquecimiento ilícito” (art. 401), el testaferro podría ser considerado como autor del delito de encubrimiento real (art. 405), etc.

Pero 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 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 también al revés, cuando el domino del hecho lo hubiera tenido el extraneus, el intraneus

7. En España, esta teoría todavía tiene algunos importantes defensores. Ver ref. en BOLDOVA PASAMAR, págs. 131 y ss., 219 y ss. Últimamente REBOLLO VARGAS aplica una cierta “ruptura” de la imputación en los delitos especiales impropios cuando el intraneus usa como instrumento a un extraneus doloso, pues considera a cada uno de ellos como autores del delito correspondiente. Pero este autor considera que su propuesta sigue respetando, en lo básico, la unidad del título de imputación, pues su solución solamente produce la “ruptura” en el caso de la autoría (en casos de participación mantiene la unidad); ver págs. 162 y s. En Alemania la doctrina todavía dominante y la jurisprudencia aplican una “ruptura” en los delitos especiales impropios (pero no a los propios) basándose en el art. 28, segundo párrafo C.P. alemán para sancionar al extraneus como partícipe del “delito básico”; ver las ref. y comentarios críticos en CORTÉS ROSA, págs. 413 y ss.; SÁNCHEZ-VERA, págs. 181 y ss.

Revista Penal

••• Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

resultaría punible como partícipe de un “delito especial” que no se ha cometido en realidad, pues al extraneus se le imputa el delito común. Por último, en los casos de “delitos especiales propios”, donde no existen delitos comunes aplicables, habría siempre impunidad del extraneus y, en los casos en que éste ejecute los hechos, por accesoriadad, también sería imputado el intraneus.

- b) En cambio para la teoría de la *unidad del título de imputación*, el extraneus sí puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado autor, nada impediría que pueda sea abarcado como cómplice o instigador de dicho delito. También al extraneus se dirigiría la norma subyacente al tipo penal, pues se trataría de proteger un interés determinado (un bien jurídico) y la protección no solamente sería de interés para todos, sino crearía también el deber, dirigido a todos, de no atentar contra esta protección⁸. Los partidarios de esta tesis refutan el argumento de que la regla de la “comunicabilidad de circunstancias personales” exigiría la “ruptura del título de imputación” cuando el delito haya sido cometido conjuntamente por intranei y extranei. Esta regla precisamente diría lo contrario de lo que se argumenta: consagraría la “accesoriadad” de la participación respecto de la autoría, y la imposibilidad de la punibilidad del extraneus como autor del delito especial; pero no diría que el extraneus no pueda ser partícipe de un delito especial. Luego, el partícipe siempre lo será en relación con un hecho punible cometido por el autor y no con un hecho inexistente. Además, el extraneus que colabora con el intraneus en la comisión de un delito especial impropio, en realidad, no realizaría un injusto del delito común, sino uno más grave que éste: el del delito especial⁹.

Luego, en los delitos especiales, propios e impropios, solamente el intraneus (el funcionario público, en el caso analizado) podría ser autor

del delito, pero los extranei (particulares u otros funcionarios sin la función específica exigida por el tipo, si fuera el caso) serían partícipes del mismo delito incluso cuando fácticamente hayan tenido el dominio del hecho¹⁰. La imputación (única) de la autoría (sobre cuya base se construirá la participación) dependerá de quién haya ejecutado los hechos con “dominio del hecho”. Si este “dominio del hecho” lo tenía el intraneus y el extraneus solamente ha colaborado con un aporte menos importante, este último será “partícipe” del primero en el delito especial. Si el dominio del hecho lo tuvo el extraneus y el intraneus no, el delito cometido será el “común” y el intraneus será partícipe en este delito común. Por ejemplo, en el caso del “peculado”, aplicando esta regla, en el primer caso el funcionario sería autor de peculado y el particular cómplice de peculado; en el segundo caso, el funcionario solamente sería cómplice de un delito de hurto cometido por el particular.

Aunque la teoría de la “unidad del título de imputación” haya dominado en los últimos años tanto en la doctrina alemana como en la española, ella no deja tampoco de tener vacíos. Es especialmente insatisfactoria cuando se trata de fundamentar la autoría del intraneus que se vale de un “extraneus” que actúa voluntaria y conscientemente (y por lo tanto, en realidad, sin las características del “intermediario” de la autoría mediata tradicional) en la ejecución del delito. Este caso se conoce en la doctrina como el de un *instrumento doloso no cualificado*¹¹. Aplicando aquí estrictamente la teoría del “dominio del hecho” tendría que, en los delitos especiales impropios, aplicarse al extraneus la pena por autoría del delito común y, al intraneus, solamente una sanción penal como partícipe de este delito común; y en los delitos especiales propios sería inevitable la impunidad de ambos (bajo cualquiera de las dos teorías antes analizadas): la conducta del extraneus sería atípica y, por acce-

8. OZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, págs. 457, 466 y ss.; MUÑOZ CONDE, p. e., pág. 833; GIMBERNAT ORDEIG, págs. 292 y ss., 300; c. más ref. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, págs. 169 y ss., 191 y ss.; PEÑA OSSA, págs. 39 y ss. También yo me he pronunciado anteriormente a favor de esta tesis; *Los delitos contra la administración pública*, 1ra. ed., pág. 50, 2da. ed., pág. 57.

9. Explicando esto c. ej., CORTES ROSA (quien por lo demás sigue la tesis de la “infracción del deber”), págs. 426 y ss., 432 y s., 439.

10. QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales*, pág. 50. Este autor emplea, por lo demás, una terminología particular para explicar mejor su posición (que entonces no era aún dominante en España); diferencia entre autor y coautor “principal” (que solamente podrían ser los que reúnen las cualidades especiales exigidas por el tipo) y autor o coautor “material” (que puede ser cualquiera que tiene dominio del hecho en la realización del tipo); ver págs. 73 y ss., 79 y ss.

11. Sobre esta problemática ver recientemente, entre otros y c. más ref., ROXIN, *Strafrecht AT 2*, págs. 108 y ss., n. marg. 275 y ss.; STRATENWERTH, págs. 306 y ss., n. marg. 38 y ss.; KÜHL, pág. 783, n. marg. 56b. En lengua española ver REBOLLO VARGAS, págs. 143 y ss.

D o c t r i n a

soriedad limitada, la del intraneus también lo sería¹².

Para evitar la impunidad en estos casos, en Alemania se barajan otras soluciones que justifiquen el dominio del hecho del intraneus. Una de ellas es la que admite excepcionalmente la “autoría mediata” del intraneus que no ejecutó por sí mismo los hechos y se valió del “instrumento doloso no cualificado”, pues aquí existiría —se argumenta— debido al deber especial del primero (sin el cual no sería posible el delito), un “dominio normativo—psicológico del hecho”¹³. Pero esta solución no deja de ser artificial pues se aleja de la base “real” del “dominio del hecho” redefiniéndolo de manera dudosa¹⁴. Otra posibilidad consistiría en admitir una autoría por “omisión impropia” del intraneus, pero esta interpretación supondría transformar la “cualidad especial” en fundamento de la posición de garante y, con ello, al tipo mixto de dominio y de infracción del deber (el problema se presenta en éstos) en uno de “pura infracción del deber”, eliminando así, *contra legem*, la exigencia típica de una acción determinada¹⁵. En realidad, una aplicación consecuente de la teoría del “dominio del hecho” tendría que llevar a la impunidad en estos casos, pues por más que el tipo penal exija una cualidad para la autoría —cualidad que no tiene el instrumento doloso que ejecuta el delito— esto no podría eliminar la exigencia típica de dominio del hecho en el ejecutor (que sí tendría, en el caso expuesto, el extraneus), salvo en los casos en los que el tipo penal pueda interpretarse en el sentido de que no exige ningún dominio del hecho¹⁶.

En España, últimamente REBOLLO VARGAS (quien parte del “dominio del hecho”), analizando casos de delitos especiales impropios, propone una solución diferenciada de casos de “instrumento doloso”: según si el instrumento doloso no tuviera realmente el dominio del hecho aunque

tenga el conocimiento de lo que pretende el hombre de atrás, o si, en realidad, sí tiene el dominio del hecho en el sentido de poder decidir finalmente sobre la ejecución de los hechos (caso que se puede distinguir según si tal dominio es compartido o no con el hombre de atrás). En el primer caso, el hombre de atrás sería “autor mediato” del delito especial, y el extraneus, partícipe en éste; en el segundo caso, el ejecutor inmediato sería autor (“inducido”) y el hombre de atrás un “inductor”. Llevada esta tesis a los delitos especiales, cuando el “intraneus” emplee un instrumento doloso no cualificado (“extraneus”), aquél sería autor mediato del delito especial y éste autor o partícipe del delito común. Al revés, si el extraneus indujera al intraneus, aquél sería autor mediato del delito común, mientras que éste sería autor del delito especial. Con esto, REBOLLO VARGAS postula en definitiva una “ruptura” del título de imputación en los casos de “delitos especiales impropios”, pues los resultados que proponen afectan al injusto mismo de la conducta del extraneus. Así, el instigador extraneus del funcionario público que ha torturado sería punible como “autor” del delito común de “trato degradante” (art. 173 C.P. español), mientras que el funcionario público inducido sería autor de “torturas” (art. 176)¹⁷. Pero aquí cabría preguntarse si la diferenciación en dos grupos de “instrumento doloso no cualificado” tiene sentido. Y es que si el “instrumento” tiene el dominio del hecho, en realidad dejaría de ser “instrumento” y lo lógico sería —desde la perspectiva del dominio del hecho y de la unidad del título de imputación— que la imputación por autoría se dirija a él y ya no al intraneus. Y con ello se llegaría a impunidades intolerables en los delitos especiales propios, cuando el extraneus ejecute los hechos; si los “dominó”, el intraneus tendría que ser impune (y el extraneus también por falta de injusto común); si no los do-

12. Estas consecuencias también las aceptan algunos de la “tesis mixta” (admisión, en principio, de “delitos de infracción del deber”, pero también de tipos que exigen tanto la “infracción del deber” como también un dominio del hecho), ver ref. en ROXIN *Autoría y dominio del hecho*, pág. 748; KÖHLER, págs. 511 y s. Sobre la “tesis mixta” ver más abajo en 2,2.

13. JESCHECK/WEIGEND, pág. 670. Ver también en LÓPEZ BARJA, págs. 171 y s.

14. ROXIN hace una exposición crítica de ésta y otras teorías que tratan de adaptar el concepto “dominio del hecho” al caso del instrumento doloso no cualificado; ver en *Strafrecht AT 2*, págs. 109 y ss., n. marg. 276 y ss.; “Autoría y dominio del hecho”, pág. 746; igualmente crítica es la posición de STRATENWERTH, quien acusa a la lectura “normativa” del dominio del hecho de ofrecer una “solución aparente” al reinterpretar el elemento “cualidad del sujeto activo” como “dominio del hecho”, pág. 307, n. marg. 40.

15. Al respecto ver BLOY, págs. 240 y ss.

16. Es el caso p. ej. de BOTTKE, quien se basa en el principio de legalidad para admitir que estos casos serían impunes incluso desde la perspectiva (que él propone) del “dominio de la configuración” (*Gestaltungsherrschaft*) de los hechos efectuados. Ver *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, págs. 112, 117, 120. También OTTO, c. más ref., pág. 255, col. der (rechazando expresamente el “dominio normativo” por falta de “dominio real de los hechos”, ver pág. 256, nota 52), y ss.; STRATENWERTH, págs. 306 y ss., esp. n. marg. 38; BLOY, págs. 212 y s., 237 y ss. Mucho antes ya LANGER, págs. 219 y ss., 467.

17. Ver REBOLLO VARGAS, págs. 146 y ss., 151 y ss., 157 y ss.

Revista Penal

••• Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

minó, habría siempre impunidad del extraneus pero el intraneus sería autor mediato¹⁸. Y en los delitos especiales impropios, la ruptura del título de imputación que se produce es siempre criticable por los motivos ya indicados arriba¹⁹. Más bien la diferenciación comprensible que propone REBOLLO VARGAS debería incidir en la “medición de la pena” según el *quantum* de injusto de la conducta del extraneus, tal como se analiza más abajo (ver 6, al final).

Otro problema difícilísimo discutido por la doctrina es el caso del empleo, por parte del extraneus, de un *instrumento cualificado no doloso* o (intraneus imprudente o que actúe bajo error), para ejecutar un delito especial. Por ejemplo, el extraneus engaña al funcionario público para que éste le revele un secreto, le entregue (o entregue a un tercero) bienes del Estado, prevarique, se aleje del lugar del accidente que ha causado, etc. En estos casos, si se tratara de delitos especiales propios (¡y en muchas legislaciones, los tipos correspondientes lo son!), dado que el extraneus solamente podría resultar punible accesoriamente en relación con el hecho punible del intraneus, y como éste resultaría mayormente impune (no suelen haber tipos especiales imprudentes o podría ser injusto el reproche de imprudencia), el extraneus resultaría también siempre impune.

Por lo demás, en legislaciones penales como la peruana, el problema práctico de aplicar la teoría de la “unidad del título de imputación” está en que en algunos casos llevaría a intolerables consecuencias dada la existencia de tipos penales especiales en la cuales la “cualidad” tiene que ver con características personalísimas del autor y que prevén, además, penas o muy severas o muy benignas: el “parricidio” (art. 107) y el “infanticidio” (art. 110) (ver al respecto 6).

IV. La teoría de los “delitos de infracción del deber”²⁰

Una concepción totalmente diferente para dar solución a los problemas de autoría y participación en los delitos especiales es la propugnada por Claus ROXIN: la *teoría de la infracción del deber*²¹. ROXIN formuló esta teoría en su célebre trabajo doctoral publicado en 1963 bajo el título “Autoría y dominio del hecho” (la versión de la séptima edición ha sido traducida al español por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo). En dicho trabajo, donde, además, se desarrollan una serie de ideas que ahora son doctrina dominante (p. ej. la distinción legislativa de los diferentes tipos de dominio del hecho) o están decididamente encaminados a serlo (la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder), ROXIN afirma, básicamente, lo siguiente:

- a) Los tipos penales de la parte especial pueden sistematizarse distinguiéndolos entre “delitos de dominio” y “delitos de infracción del deber”. En los primeros, el legislador presupondría el “dominio” de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro o conjuntamente con otros; en cambio, en los segundos, el reproche penal iría dirigido a la “infracción” de un “deber específico” del sujeto activo sin importar cómo la realice²². En este segundo grupo se ubicarían, básicamente, los “delitos especiales”, los delitos de “omisión” y los delitos “de propia mano”; sin embargo, el propio Roxin aclara que para tener una mayor precisión sobre el carácter de “delito de infracción del deber” dentro de estos tres grupos todavía se necesitaría un análisis más profundo²³.
- b) Como consecuencia de la distinción hecha antes, la autoría y la participación tendrán que seguir necesariamente distintos principios según el grupo de delitos de que se trate. En el

18. Precisamente este caso critica ROXIN a la doctrina tradicional alemana, pues —argumenta él— no puede haber sido la voluntad del legislador el querer que el intraneus evada la punibilidad empleando siempre a un extraneus para cometer delitos especiales propios; ver *Strafrecht AT 2*, pág. 110, n. marg. 279.

19. El propio REBOLLO VARGAS reconoce que con su tesis se produciría tal “ruptura”, la cual se vería justificada, en los delitos especiales impropios (en concreto, para el binomio “torturas”-“trato degradante”), por el hecho de que el ejecutor inmediato (extraneus) no habría cometido el delito especial sino el común; ver pág. 162. Pero lo mismo podría decirse desde la perspectiva del delito especial: el extraneus fue inducido a realizar hechos, conscientemente para él, que implicaban una “violación del deber” del hombre de atrás; o sea contribuyó conscientemente a violar la norma subyacente al delito especial.

20. La traducción literal debería ser “delito de deber” (*Pflichtdelikte*), pero en español no destaca —como en alemán— lo que quiere decir Roxin. Por eso se ha impuesto el término delito de “infracción del deber” (o “infracción de deber”).

21. Ampliamente en *Autoría y dominio del hecho...*, págs. 385 y ss., 742 y ss.; últimamente en “*Strafrecht AT 2*”, cap. 25 I, págs. 106 y ss.

22. Ver ROXIN, *Dogmática penal*, págs. 363 y ss.; también ver en LÓPEZ BARJA, págs. 172 y s. Críticamente contra esta teoría, c. más ref., MIR PUIG, Santiago, págs. 367 y ss.

23. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, págs. 419 y ss., 744.

D o c t r i n a

caso de los “delitos de dominio” resulta aplicable la teoría del “dominio del hecho”. Pero en el grupo de los “delitos de infracción del deber”, la presencia o ausencia de dominio del hecho no debería tener ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe. Lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que haya colaborado —de cualquier manera (o sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos)— con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos.

Entonces, según la teoría de Roxin, en todos los ejemplos propuestos anteriormente, el intraneus sería autor del delito pues habría infringido dolosamente su deber; los que hayan colaborado con él pero no tengan la cualidad específica exigida por el tipo serían siempre partícipes del mismo delito. Y todo ello sin importar quién haya tenido, durante la ejecución del delito, el “dominio del hecho”. Por ejemplo, haciendo un paralelo entre el tipo alemán (amplio) de “administración desleal” (art. 266 C.P. alemán), dado por Roxin, y el peruano de “peculado” (art. 387 C.P.): el funcionario público que, desde el extranjero, da instrucciones a un particular para que, al día siguiente, pase por la oficina del primero y se apodere de fondos que estaban bajo la administración de éste, será autor de delito de “peculado” y el extraneus su cómplice; y aquí no importa que el funcionario no haya tenido el dominio del hecho (ésta en el extranjero y el extraneus era plenamente consciente del injusto penal), pues de todos modos habría infringido su deber con la consecuencia de que otro llegó a afectar el bien jurídico al ejecutar el delito. Y lo mismo ocurriría con un delito especial propio como la “malversación de fondos” (art. 389), aunque la “aplicación pública diferente” de los bienes públicos la lleve a cabo un tercero extraneus (un particular u otro funcionario sin el deber específico sobre los bienes), con pleno dominio del hecho, pero bajo pleno conocimiento o tolerancia dolosa del funcionario público; este último será el autor del delito especial y aquél el partícipe de este mismo delito. Por ejemplo, cuando el in-

geniero de la obra, de *motu proprio* pero con conocimiento del funcionario encargado, empleara la maquinaria destinada a una obra pública para realizar otra obra pública durante el tiempo que aquélla había sido alquilada por la administración (con lo cual, en el sentido del tipo peruano, se afectaría la realización de la primera obra pública).

En los casos de *instrumento doloso no cualificado*, no habría tampoco problemas —bajo la teoría de Roxin— para imputar la autoría (mediata) al intraneus, mientras que el extraneus solamente sería partícipe de aquél²⁴. Y en el caso de los tradicionalmente llamados *delitos especiales impropios* ya no habría problemas para afirmar la punibilidad del extraneus como partícipe del mismo delito cometido por el intraneus infringiendo éste su deber. En este caso, si bien existe un tipo común que podría aplicarse al extraneus, el delito cometido, en el que ha participado el extraneus, ha sido el especial (contribución a una “infracción del deber”) y por lo tanto debe ser responsable por este injusto; luego, el reproche de culpabilidad para el extraneus que contribuya de cualquier modo a la realización del delito especial deberá ser siempre el de partícipe del delito especial (o “delito de infracción del deber”), aunque la pena aplicable para él —por razones de proporcionalidad consagradas en Alemania en el art. 28 del C.P.— se base luego en un marco penal atenuado²⁵ (ver al respecto abajo, 6). Por lo demás, cuando actúen un intraneus y un extraneus en la comisión de un delito especial, nunca será posible —sin importar quién haya tenido el dominio del hecho— que exista coautoría entre ambos. Solamente sería admisible la “coautoría” cuando dos intranei, con los mismos deberes, infrinjan al mismo tiempo su deber y hagan posible la ejecución del delito (p. ej., dos carceleros que al mismo tiempo dolosamente dejan escapar a un prisionero)²⁶.

c) Pero la posición de Roxin implica algo más: no solamente la autoría se desliga del “dominio del hecho”, sino la “participación” prescinde ahora de una comisión “dolosa” por parte del autor. En los delitos de infracción del deber solamente importaría la infracción *objetiva* del deber; el “dolo” solamente sería ne-

24. ROXIN, *Strafrecht AT 2*, págs. 108 y s., n. marg. 275; *Autoría y dominio del hecho*, págs. 394, 745 y ss.

25. ROXIN, *Strafrecht AT 2*, págs. 107 y ss., esp. n. marg. 273 *in fine*; en el mismo sentido, ampliamente y exponiendo la posición contraria dominante en Alemania en los años 70 que, a diferencia de la solución para los delitos especiales propios, rompía, en los impropios, el “título de imputación”, CORTÉS ROSA, págs. 413 y ss., 437 y ss. Ver también, con más detalle, en 6.

26. ROXIN, *Strafrecht AT 2*, pág. 107, n. marg. 272; *Autoría y dominio del hecho* págs. 388 y ss.

Revista Penal

••• Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

cesario para la punibilidad del autor intraneus, pero no influiría en la punibilidad del extraneus. Entonces, la “accesoriedad” debería ser entendida, en los delitos de “infracción del deber”, en el sentido de que la participación (instigación o complicidad) dependería solamente de una “infracción del deber”, sea que ésta haya sido cometida dolosa o culposamente. Y es que, en los delitos de “infracción del deber” no es el “dominio del hecho” el criterio diferenciador entre autor y partícipe (que por su propia naturaleza tiene que ser doloso) sino la “infracción del deber” que recae en el “intraneus”, y esta infracción no tiene por qué ser “dolosa”. Con esto se da una solución satisfactoria —desde la perspectiva de política criminal— a los casos de *instrumento cualificado no doloso* (intraneus que actúa bajo error), aunque se rompa con el entendimiento tradicional de la accesoriedad limitada (responsabilidad del partícipe cuando el autor haya cometido dolosamente un hecho típico y antijurídico que haya llegado por lo menos a la tentativa). Así, cuando un extraneus engañara a un médico para hacer que le revele un secreto profesional y cuando una persona no implicada en un accidente engañara al implicado para hacer que se aleje del lugar de los hechos violando su obligación, Roxin no tiene problemas para afirmar que en ambos casos los extranei son punibles como instigadores de los delitos de “violación del secreto profesional” (art. 300 C.P. alemán) y “abandono del lugar del accidente” (art. 142 C.P. alemán)

respectivamente, mientras que el ejecutor directo habría actuado bajo “error de tipo” y sería impune²⁷.

V. Argumentos a favor y en contra de la teoría de la “infracción del deber”

En Alemania, en los últimos años se ha incrementado el número de seguidores de la tesis de la “infracción del deber”, aunque no siempre empleen los mismos fundamentos ni asuman todas sus soluciones²⁸. Entre otros, JAKOBS ha sido uno de los primeros en seguir la tesis de ROXIN y desarrollarla, aunque empleando otra terminología y en el marco de una teoría particular del injusto penal²⁹. El mayor atractivo de la teoría de la “infracción del deber” es la simplicidad de las soluciones dadas a temas tan complejos como el caso del “instrumento doloso no cualificado”, así como la falta de alternativas razonables de las teorías que parten del “dominio del hecho”.

En una importante monografía, SÁNCHEZ VERA, seguidor confesado de la tesis de Roxin (y discípulo, en Alemania, de Jakobs), hace, entre otras precisiones, que en los “delitos de infracción del deber” no sería apropiado —como hace Roxin— hablar ni de “coautoría” ni de “autoría mediata” (“coautoría”, cuando varios intranei, con los mismos deberes, los infringieran; “autoría mediata”, cuando el intraneus emplee a un instrumento doloso no cualificado) sino de “autoría accesoria” y “autoría directa” correspondientemente. Los términos de “coautoría” y “autoría mediata” presupondrían en estos casos una “relación de dominio”

27. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, págs. 402 y ss., 406. SÁNCHEZ-VERA, quien también sigue, en general, la tesis de Roxin, llega a otra solución. Considera, por un lado, que estos casos serían irrelevantes (impunes) desde la perspectiva de la “infracción del deber” pues ésta no ha ocurrido, y, por otro lado, que precisamente por eso (y porque existirían otros casos impunes parecidos), no existiría necesidad político-criminal de penar aquí al extraneus; ver págs. 174 y ss. (esp. 176, nota 37), 224. También expresamente en contra, desde una perspectiva del “dominio del hecho”, aunque aceptando que sea posible la autoría del extraneus manipulador del intraneus no doloso en los tipos penales que permiten esta posibilidad, KÖHLER, pág. 512.

28. Ver las citas en ROXIN, *Strafrecht AT 2*, pág. 106, nota 352; también CORTÉS ROSA, pág. 425, y especialmente SÁNCHEZ-VERA, quien se considera expresamente continuador de las tesis de Roxin y de Jakobs, págs. 20, 214 y ss. Algunos autores solamente siguen en parte la tesis de Roxin. Es el caso de STRATENWERTH, para quien solamente en una parte de los delitos de “infracción del deber” (en los que el tipo no describe ninguna acción típica) puede bastar la mera infracción del deber (con la consecuencias extensivas expuestas por Roxin), aparte de que en estos casos, cuando el intraneus emplee a un extraneus, no se trataría de “autoría mediata”, sino de “autoría directa”; ver pág. 308, n. marg. 40; similar CRAMER/HEINE en Schönke/Schröder, pág. 476, n. marg. 84 y s. En Portugal, asume las críticas de Stratenwerth, PIZARRO BELEZA, págs. 267 y ss., 273 y s.

29. JAKOBS diferencia entre responsabilidad de autoría por “arrogarse una organización ajena” (equivalente al dominio del hecho) y por lesionar una institución defraudando el rol que porta (equivalente a infracción del deber). Cita expresamente esta coincidencia, ROXIN en *Strafrecht AT 2*, cap 25 I, n. marg. 269, pág. 106. Entre otras diferencias menores, JAKOBS fundamenta la infracción del deber en “instituciones” (positivas o negativas) y fundamenta la punibilidad misma del hecho en la “infracción del deber” (y no en la afectación de bienes jurídicos). Ver un análisis sobre las similitudes y diferencias de la teoría de la “infracción del deber” en ambos autores en SÁNCHEZ-VERA, págs. 29 y ss. ROXIN ha asumido recientemente parte de la crítica de Jakobs, en el sentido de que no todos los delitos de omisión impropia pueden ser considerados “delitos de infracción del deber”, pero considera que este ámbito es el menos aclarado todavía y hace falta más debate; en todo caso remite a un trabajo específico futuro, ver “Autoría y dominio del hecho”, págs. 744, 751.

D o c t r i n a

que, en realidad, no existe pues el “deber” tiene un carácter personalísimo cuyo cumplimiento o incumplimiento incumbe solamente al obligado. Y cuando el obligado infringe su deber (por omisión, comisión, a través de otro, personalmente, etc.) siempre lo habrá ejecutado él mismo y directamente³⁰. Por cierto que este autor admite finalmente que también es posible usar “por su fenotipo” los ilustrativos términos de “coautoría” y “autoría mediata” en los casos propuestos, pues ello, por último, no implica ninguna consecuencia esencial en el análisis y aplicación de los tipos penales³¹.

Pero todavía persisten críticas importantes al modelo de ROXIN. La mayoría de ellas se dirige solamente a reducir el ámbito de actuación de la “infracción del deber” como definidora de la autoría; en pocos casos las críticas tienden a rechazarla por completo, y menos aún a rechazar la existencia de “delitos de infracción del deber”.

1. En primer lugar, una parte de la doctrina alemana, que acepta la existencia de “delitos de infracción del deber”, sostiene que en una parte de ellos el tipo exigiría, de todos modos, además de la infracción del deber la realización de una conduc-

ta con dominio del hecho. Y si, en estos casos, se hiciera bastar, para la autoría del intraneus, solamente la infracción del deber, se estaría atentando contra una exigencia expresa de la ley, o sea contra el principio de legalidad³². La creación de un tipo de deber especial solamente delimitaría el círculo de posibles autores, pero no implicaría una renuncia al “dominio del hecho”. Ésta es —hasta ahora— la crítica más importante a la teoría de la “infracción del deber”.

A esta crítica responde ROXIN que, como el legislador habría presupuesto la infracción del deber, mediante cualquier conducta (comisiva u omisiva, dolosa o culposa, de ejecución o de simple aporte al ejecutor) que lleve a un resultado lesivo para el bien jurídico, este último (descrito eventualmente en una conducta concreta) se llevaría a cabo “a través” de la “infracción del deber”. O sea: el intraneus infringiría el “deber” (de cualquier manera o mediante una acción concreta) que lleva al resultado de afección al bien jurídico³³, pero esto no quiere decir que sea el intraneus mismo quien lleve a cabo la conducta lesiva (con dominio del hecho) que lleva al resultado, infringiendo —además— el deber que tiene. La conse-

30. Ver SÁNCHEZ-VERA, págs. 158 y ss.

31. Ver SÁNCHEZ-VERA, págs. 160 y s., 163. Por lo demás, para este autor —siguiendo a Jakobs— distingue entre meros “delitos especiales” o “delitos especiales en sentido amplio” (delitos en los cuales se presenta una pura delimitación externa del círculo de autores) y “delitos especiales en sentido estricto” o “delitos de infracción del deber” (delitos en los que la delimitación externa del autor se basa en una institución subyacente). Como en los delitos tradicionales de “omisión impropia” no estarían en juego instituciones, sino solamente deberes dirigidos a cualquier “persona” provenientes de “expectativas” generales (similares en este aspecto a los delitos de comisión comunes), no se trataría en aquéllos de “delitos de infracción del deber”; ver ídem, págs. 35, 37, 47 y ss., 58 y ss.

32. Entre otros ver STRATENWERTH, págs. 307 y s., n. marg. 40; PIZARRO BELEZA, pág. 279; HOYER, en: *Systematisches Kommentar*, § 25, n. marg. 21 y ss., esp. 25; BLOY (con especial referencia a los delitos de omisión), págs. 219 y ss., 223 y s., 231 y ss., 243; similar, OTTO, pág. 257. También BOTTKE, quien permanece en la teoría del “dominio del hecho” (aunque empleando una terminología y teoría propias de la autoría: el “dominio de la configuración”), exige finalmente, además de la infracción del deber extrapenal que, adicionalmente, “la modalidad de acción tipificada fundamentadora de la pena haya sido cumplida por el obligado especial ejerciendo un dominio de configuración proveniente de su propio cuerpo, de su superioridad relevante o de una acción coordinada y equivalente” (es decir, como autoría directa, mediata o coautoría); ver *Die Struktur von Täterschaft*, pág. 245; *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, págs. 94 y ss., 108, 115 y ss. Ver una amplia exposición sobre esta crítica y postura (“tesis mixta”) y los autores que la defienden en SÁNCHEZ-VERA, págs. 137 y ss. En España, de manera similar, efectúan críticas a la teoría de Roxin, GIMBERNAT ORDEIG, págs. 297 y s.; MUÑOZ CONDE, p. e., pág. 833; Santiago MIR PUIG, págs. 367, n. marg. 30, pág. 370, n. marg. 37; más ref. en Carlos MIR, pág. 310. Últimamente se pliega a la crítica de Gimbernat, REBOLLO VARGAS, pág. 150. Santiago MIR PUIG se mantiene dentro de la tesis del “dominio del hecho” y la “unidad del título de imputación”, pero admite una “autoría mediata” del intraneus que habría empleado un “instrumento doloso no cualificado” (el extraño) sin importar para ello el “dominio efectivo” del instrumento sino solamente que se constate la “pertenencia del delito” en forma de una imputación objetiva y subjetiva del resultado; ver págs. 373 y s., n. marg. 47 y ss. Pero, como se ha resaltado, esta tesis llevaría a una considerable y dudosa ampliación de la autoría mediata” y en realidad significaría abandonar el “dominio del hecho”; ver GIMBERNAT ORDEIG, págs. 261 y s.; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales*, págs. 90 y ss.; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, págs. 618 y ss.

33. ROXIN, *Strafrecht AT 2*, pág. 112, n. marg. 283. De manera similar también SÁNCHEZ-VERA entiende que no atentaría contra el principio de legalidad la exigencia exclusiva de “infracción del deber” en una serie de tipos penales alemanes que los partidarios de la “tesis mixta” toman como ejemplo de exigencia legal de “dominio del hecho” junto a la infracción del deber. El argumento es que en estos casos el legislador tiene que describir “determinada conducta” para no atentar contra el principio de legalidad, pero esto no querría decir que se necesite dominio del hecho, sino que “la infracción del deber” se refiera a una “descripcón específica del hecho”; ver págs. 139 y ss.

Revista Penal

••• Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

cuencia práctica de esta interpretación sería que la conducta concreta —cuando el tipo penal la presuponga— podría ejecutarla cualquier otro sin que ello afecte a la autoría del intraneus, pues no se exige que sea el propio portador del deber quien lo haga. Esta reinterpretación de los tipos penales especiales se vería reforzada por el hecho de que tanto el intérprete como el legislador habrían ya reconocido implícitamente la punibilidad, sin dominio del hecho de la “infracción del deber” en una serie de casos. Así, tradicionalmente se ha afirmado en Alemania la punibilidad, como autoría, en el alejarse del lugar del accidente con el vehículo conducido por un tercero extraneus (art. 142 C.P. alemán); o el “retirar bienes propios” a través de terceros (delito de “frustración de la ejecución coactiva” del art. 288 C.P. alemán); y también en algunos casos de delitos contra la administración pública el legislador alemán ha descrito expresamente el dominio de los hechos por parte de un sujeto sin cualidad de funcionario público: lesiones corporales cometidas por un funcionario público (art. 340 C.P. alemán), la persecución de inocentes (art. 344), incitación a delinquir de subordinados (art. 357 C.P. alemán)³⁴. Este último hecho no excluiría que el legislador haya querido extender la interpretación amplia de la “infracción del deber” en el sentido que defiende ROXIN. Además —siempre según Roxin—, aceptar que además de la infracción del deber se necesite —en algunos casos— el dominio del hecho sería volver al problema del “instrumento no cualificado doloso”, donde —a igual que en los delitos de omisión impropia— no podría sostenerse que en estos casos el intraneus haya tenido el “dominio del hecho”³⁵. En efecto, afirmar el “dominio del hecho” en estos casos solamente sería posible a través de una manipulación del concepto en el sentido de por ejemplo un “dominio normativo”.

Por lo demás ROXIN refuerza su tesis arguyendo que ya el propio Código penal alemán (y tam-

bién otros Códigos penales de similar redacción), en la parte general, establecería la posibilidad de que los hechos sean cometidos “a través de otro”. La ejecución por el propio intraneus solamente sería indispensable en los llamados “delitos de propia mano”. Pero estos tipos delictivos, en realidad, son escasos y consistirían en gran medida en reminiscencias de un Derecho penal de autor y moralista del pasado (a excepción de un grupo de ellos denominado “delitos de deberes personalísimos” o “delitos impropios de propia mano”)³⁶.

SÁNCHEZ-VERA ha completado últimamente la argumentación de Roxin, indicando que los tipos especiales que describen alguna conducta típica no serían, en este punto, distintos de los comunes, pues tal descripción constituye solamente una “limitación usual en la caracterización del hecho”, necesaria para no atentar contra el principio de legalidad y que distingue un tipo penal de otro; pero eso no significaría que se necesite un “dominio del hecho” en relación con esta conducta; la descripción de la conducta típica solamente delimitaría el marco en el cual se produciría la infracción del deber³⁷.

2. OTTO observa que la “violación del deber” estaría presente en todos los delitos; la violación del “deber especial” no sería diferente de la que forma parte de cualquier delito común. Su única diferencia estaría en que limita el círculo posible de autores y por ello se constituiría en un presupuesto de la autoría³⁸.

Pero esta objeción no convence, pues sí existe una diferencia entre el “deber” general de “no atentar contra bienes jurídicos” y el deber específico que constituye el delito especial: una cercanía con el bien jurídico en estos últimos, lo cual implica la existencia misma del reproche penal (delitos especiales propios) o un mayor injusto penal (delitos especiales impropios). Tampoco los “delitos imprudentes”, en los cuales existe una violación de deberes generales, pueden equipararse a

34. ROXIN, *Strafrecht AT 2*, pág. 113, n. marg. 284 y s.

35. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, págs. 744 y s.

36. ROXIN ha destacado que, en realidad, existen pocos tipos penales que puedan merecer la denominación de “delitos de propia mano”, y que por lo tanto solamente podrían ser ejecutados por intraneus (no sería posible la autoría mediata). Según él, aparte de los pocos tipos todavía ya existentes relacionados con la reprochabilidad de determinada conducta o forma de vida, todavía podrían ser vistos como “delitos especiales propios” los que impliquen “deberes personalísimos” (p. ej. “falso testimonio”, “prevaricato”, “deserción”). Por eso los llama “delitos de propia mano impropios” o “delitos de infracción de deberes personalísimos”. Ver “Autoría y dominio del hecho”, págs. 427 y ss., 748, 754 y ss.; *Strafrecht AT 2*, 112 y s., n. marg. 283 y ss., págs. 114 y ss., n. marg. 288 y ss., esp. 308 y ss.

37. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, analizando críticamente las posturas mixtas de Schünemann, Bloy y otros autores, págs. 139 y ss. Por lo demás, este autor devela que tal crítica se remontaría incluso a Welzel (quien se refería entonces a los “delitos especiales”) y fue empleada (ahora sí en contra de la tesis de la infracción del deber) ya en la primera recensión a la obra de Roxin por Hardwig en 1965.

38. OTTO, pág. 257, col. izq.

D o c t r i n a

los delitos de infracción del deber. Esto ha sido corregido ya por ROXIN, quien, en la versión original de su tesis, consideraba como delitos de infracción del deber a los “delitos imprudentes”³⁹.

3. LANGER criticaba, hace ya algún tiempo, la supuesta incompatibilidad de la “infracción del deber” con la regla de la incommunicabilidad y atenuación de pena para el extraneus prevista en el art. 28 C.P. alemán. De manera similar BOTTKE afirma que el art. 28 del C.P. alemán ya habría decidido *de lege lata* que la “cualidad especial” para el autor y la violación del deber solamente deberían tener efectos de fijación de pena y no podrían ser constitutivos del injusto⁴⁰. A esto contesta ROXIN, con toda razón, que en la argumentación de Langer (y la de Bottke) habría una “petición de principio” pues la regla del art. 28 no decide nada sobre la autoría y la participación, sino presupone que éstas ya han sido definidas (cualquiera que sea la teoría que se emplee), y recién entonces prevé, en algunos casos, consecuencias jurídicas diferenciadas para los distintos sujetos que participan en el delito⁴¹.

4. También afirmaba LANGER que, como para la autoría del intraneus bastaría la mera “infracción del deber”, toda inducción que el intraneus haga al extraneus para la ejecución de un delito especial, por más infructuosa que luego resulte, llevaría siempre a una punibilidad por autoría del primero, atentándose así contra la regulación expresa de la “tentativa” (art. 30 C.P. alemán).

A esto ROXIN contesta que la “infracción del deber” es solamente uno de los elementos típicos que fundamentan la punibilidad del intraneus; también en este caso, se necesita una afección del bien jurídico a través de la “infracción del deber”; y ello solamente ocurriría cuando el extraneus haya llegado por lo menos a la tentativa⁴².

5. Se critica también a la tesis de la “infracción del deber” que tendería a extender anormalmente el ámbito de la autoría. En efecto, mientras que la tesis del “dominio del hecho” restringe la autoría al intraneus que (además) haya dominado los hechos (con las consecuencias de impunidad en muchos casos), la tesis de ROXIN califica de autor al “intraneus” infractor de su deber, así no haya éste

dominado los hechos, con lo cual se incrementan los casos de punibilidad de éste. Algunos critican, por eso, que la tesis de Roxin se identificaría con la “teoría extensiva”, o sea aquella, según la cual, toda contribución causal llevaría a afirmar la autoría, la cual solamente se restringiría para aquellos favorecidos por normas específicas (las reglas sobre inducción y complicidad de la parte general).

A esto responde ROXIN —al mismo tiempo que a la crítica de la “violación del principio de legalidad— que si bien se amplía la punibilidad de aquel portador de deberes que no hace justicia a su rol social, al mismo tiempo también se restringe esencialmente la punibilidad de los que estén desvinculados del deber, pues solamente son considerados partícipes sin tener en cuenta su contribución externa. De esta manera, habría incluso más seguridad que con el “dominio del hecho”; la teoría de la “infracción del deber” solamente llevaría a repartir de manera distinta los roles de “autor”, “inductor” y “cómplice” teniendo en cuenta la distinta realidad social en la que se basa este grupo de delitos⁴³. Además, como anota BLOY, no puede identificarse la tesis de Roxin, por más que amplíe la autoría del intraneus, con una “teoría extensiva”, pues esta autoría depende, después de todo, en los delitos especiales de elementos personales (y no solamente de la contribución causal)⁴⁴. En el mismo sentido defiende SÁNCHEZ-VERA la teoría de Roxin, aclarando que ella no supone una admisión de la “teoría extensiva de la autoría” pues, antes que contribuciones causales, se exige una “infracción del deber” (“lesión de una institución positiva”) para la autoría, exigencia, incluso plasmada legalmente (cualidad del autor), que la “teoría extensiva” no ha sido capaz de explicar⁴⁵.

6. BOTTKE, quien por lo demás desarrolla su propia teoría de definición de la autoría (el “dominio de la configuración”), critica, entre otras cosas, que, si se admitiera la tesis de los delitos de “infracción del deber” para afirmar la punibilidad del intraneus que empleara un “instrumento doloso no cualificado” sería superflua la disposición referida al “actuar por otro” (art. 14 C.P. alemán),

39. Ver las explicaciones al respecto por el propio ROXIN en *Autoría y dominio del hecho*, p. 743. También ver, c. más ref., la exposición de BLOY al respecto, págs. 226 y ss.

40. BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, págs. 118 y ss.

41. ROXIN, *Strafrecht AT 2*, pág. 113, n. marg. 286; *Autoría y dominio del hecho*, pág. 742, nota 537.

42. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, pág. 742, nota 537.

43. ROXIN, *Strafrecht AT 2*, pág. 112, n. marg. 283.

44. BLOY, págs. 233 y s.

45. SÁNCHEZ-VERA, pág. 156.

Revista Penal

••• Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

pues esta regla precisamente estaría dirigida a cubrir —además de otros casos— los casos de empleo de instrumento doloso no cualificado⁴⁶.

Esta crítica es, en realidad, insostenible si se piensa que la razón de la “regla del actuar por otro” (y en ese sentido interpreta la doctrina dominante) radica en extender la autoría a casos de “representación” (legal y/o fáctica) de un intraneus, por parte de un extraneus, en el campo de los negocios o de las actividades del derecho civil: la responsabilidad de “órganos y representantes”; no se refiere a los casos usuales de empleo doloso de un extraneus doloso⁴⁷. Por lo demás, la crítica no tiene ningún valor en aquellas legislaciones penales (como la peruana), donde la regla del “actuar por otro” está configurada solamente para llenar vacíos de punibilidad resultantes de que la cualidad recae en una persona jurídica y no los casos prácticos de empleo de un instrumento doloso no cualificado, en el que intervienen, como intraneus y como extraneus, personas individuales.

7. También hay críticas provenientes de un análisis sistemático del C.P. alemán. HOYER, por ejemplo, destaca la incongruencias de *lege lata* a las que llevaría aceptar la tesis de ROXIN: resultarían superfluas las precisiones típicas en las que, además de la comisión de mano propia por el intraneus, se permita expresamente la comisión por otro (p. ej., en las lesiones corporales cometidas por un funcionario público según el art. 340 C.P. alemán); y que no se explique que en otros casos de similar naturaleza el legislador no haya hecho esta precisión (en la extorsión para una declaración falsa, según el art. 343, y en la certificación falsa por parte de un funcionario público, según el art. 348)⁴⁸.

ROXIN no encuentra contradicción alguna, pues, en el primer caso entiende que el legislador, solamente por cuestiones de estilo ha enfatizado en la posibilidad de que el delito, del cual solamente puede ser autor, en ese caso, el funcionario público, pueda ejecutarlo también un extraneus; en los demás casos, aunque no se diga esto expresamente, debe ser posible que la ejecución la realicen terceros, sin que ello impida la autoría del intraneus (funcionarios públicos en los dos casos planteados) que haya infringido su deber⁴⁹. En to-

do caso, por lo visto, ambas interpretaciones son posibles. Esta respuesta es reforzada por SÁNCHEZ-VERA, quien afirma que la presencia de algunos tipos penales de infracción del deber, ya tipificados en el C.P., no quiere decir que no puedan haber otros tipos penales similares no tipificados expresamente; también podría darse la interpretación a *majore ad minus*: de la existencia de delitos de infracción del deber positivados (o sea donde autor resulta ser el infractor del deber) tendría que deducirse la suposición de que sería posible la autoría por mera infracción del deber en todos los delitos que reúnan la características de delitos de “infracción del deber” (algo que todavía debe determinarse)⁵⁰.

8. El que para Roxin la “infracción del deber” sea independiente del dolo (lo cual solucionaría los casos de “instrumento cualificado no doloso”) —como era de esperarse— ha sido objeto de críticas fuertes. BLOY argumenta que esta tesis tendría por consecuencia la admisión de dos conceptos de autor: uno general (con dolo) para fundamentar la pena del autor intraneus y uno especial (sin dolo) para el hecho principal cuando vaya a ser presupuesto de la participación; con lo cual se llegaría a una parcial eliminación del principio de accesoriidad⁵¹. Por supuesto que esta objeción depende, en última instancia, de cómo se fundamente la punibilidad de la participación. Por eso, BLOY mismo, aunque critica la tesis de Roxin, reconoce la lógica de su propuesta pues ésta se basaría en fundamentar la punibilidad de la participación no en una vinculación “personal” del partícipe con el autor, sino en el propio atentado del primero al bien jurídico: así como —desde esta teoría— la participación se define, en los delitos de dominio, en la falta del dominio del hecho, en los delitos de infracción del deber, la participación se define simplemente en la falta de violación del deber especial⁵². La discusión se traslada así a la fundamentación de la punibilidad del partícipe. Los efectos prácticos de una u otra teoría son, sin embargo, importantes: de seguir la tesis de BLOY —como él mismo afirma consecuentemente— se tendría que admitir vacíos de punibilidad y esperar hasta que el legislador introduzca tipos penales específicos que abarquen los casos en los cuales un

46. BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, págs. 120 y s.

47. Ver ref. en el análisis de la “regla del actuar por otro” alemana de LENCKER/PERRON, en Schönke/Schröder, págs. 229 y ss. ROXIN ya había rechazado esta objeción al rebatir la idea de WELZEL de cerrar las lagunas de punibilidad ampliando la “responsabilidad de órganos”; ver *Autoría y dominio del hecho*, pág. 405.

48. HOYER, *Systematisches Kommentar*, n. marg. 21.

49. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, pág. 745.

50. SÁNCHEZ VERA, págs. 153 y ss.

51. BLOY, pág. 235.

52. BLOY, pág. 235.

D o c t r i n a

extraneus emplee a un instrumento cualificado (un intraneus) no doloso⁵³.

9. Finalmente, en el caso de los delitos (impropios) “de propia mano”, la infracción del deber, por sí sola no puede bastar para la autoría, pues además tal “infracción del deber especial” (tanto en delitos de lesión como de peligro) tendría que haber llevado a una lesión o un peligro concreto para el bien jurídico⁵⁴. Ése sería el caso de la “conducción bajo estado de ebriedad” (en Alemania, arts. 315c, primer párrafo, 316; en Perú, art. 274). Este caso puede resultar polémico según el entendimiento que se tenga de los delitos de “peligro abstracto” (para algunos bastará con el mero peligro), pero también puede contestarse a la crítica con el argumento antes esgrimido por Roxin para refutar a Langer (ver número 3).

En la doctrina alemana todavía continúa la discusión sobre la admisibilidad y los alcances de la tesis de ROXIN, aunque —como ya se dijo— cada vez hay más autores que la aceptan total o parcialmente. El mismo ROXIN reconoce que la teoría de la “infracción del deber” todavía no ha sido perfeccionada, y ha anunciado próximas publicaciones que aclararán y sistematizarán los grupos de delitos de “infracción del deber”⁵⁵. Un trabajo de elaboración como éste tendría una enorme importancia práctica, pues la “tentación de la teoría unitaria” hace que no pocas veces se impute sin más un “deber” a fin de penar a alguien como autor, pese a que el tipo exigía, en realidad, un “dominio del hecho” y el sujeto no lo tenía⁵⁶. Este peligro es todavía más real en países con una dogmática penal todavía incipiente (como en Sudamérica), donde, muchas veces por desconocimiento del contexto en el que se producen las teorías sobre determinado problema jurídico-penal, se aplican nuevas las ideas importadas sin adaptarlas previamente a nuestro marco legal, tendiendo, casi por regla general, a la sobre represión.

Luego, aun aceptando, en principio, lo básico de la tesis de ROXIN (existencia de “delitos de infracción del deber” y necesidad de principios distintos del “dominio del hecho” para delimitar la autoría

y la participación) todavía queda mucho por aclarar. Por lo visto, el problema se trasladaría ahora a la constatación misma de cuáles de los tipos penales que limitan la autoría a determinados sujetos con cualidades especiales (delitos especiales en sentido amplio) constituirían verdaderos delitos de “infracción del deber” (o delitos “puros” de infracción del deber), de si existen distintos tipos de “deberes” y si esto influiría en los requisitos para admitir la “autoría y la participación”. Como ya se dijo antes, en la actualidad, incluso los críticos de ROXIN admiten la existencia (aunque como excepción) de tipos penales como el alemán de la “administración desleal” (art. 266 C.P. alemán), donde el legislador, al no haber descrito ningún tipo especial de acción, ha querido sancionar ya la “infracción del deber” del administrador de patrimonios ajenos⁵⁷. Pero en otros tipos penales parece indudable que se ha descrito también una conducta que presupone la realización de una acción u omisión unida a un resultado, o sea una conducta de “dominio”. Por ejemplo, en el caso del tipo penal peruano de “peculado doloso” (art. 387, primer párrafo) se exige un acto de “apropiación” o “utilización” (por sí mismo o a través de un “instrumento” en el sentido de la autoría mediata) de caudales o efectos de la administración pública por parte del funcionario que tenía el deber especial de percibirlos, custodiarlos o administrarlos; no puede bastar cualquier actitud dolosa del funcionario; luego solamente podría haber colaboración en un “hurto” y no en un “peculado” en aquel funcionario público que entrega la llave a un extraneus para que éste entre a la oficina de aquél, se apodere de los bienes, los venda y luego le entregue una determinada cantidad de dinero.

En el sentido de la “teoría mixta”, los delitos de “infracción del deber” se presentarían de manera pura o mixta al lado de puros delitos de dominio. Una clasificación al respecto sería de mucho valor para aclarar un poco las cosas. Al respecto es interesante la clasificación hecha por BOTTKE (aunque en el marco de su peculiar teoría de “dominio de la configuración”) en tres grandes

53. BLOY, pág. 236.

54. HOYER, *Systematisches Kommentar*, § 25, n. marg. 23 y s.

55. ROXIN, recogiendo también la idea de Botke de buscar un denominador común para los “delitos de dominio” y los de “infracción del deber” (delitos de “dominio de la configuración”) *Strafrecht AT 2*, pág. 108, n. marg. 274; *Autoría y dominio del hecho*, pág. 744. Otros autores también reconocen la necesidad de una detallada elaboración de los “delitos de infracción del deber”, p. ej. ver c. más ref., CRAMER/HEINE, en Schönke/Schröder, pág. 477, n. marg. 84a.

56. Al respecto ver las interesantes observaciones de VOLK, págs. 569 y ss.

57. Esto permite atenuar el problema del “instrumento doloso no cualificado”: como el tipo penal no habría previsto una determinada acción típica que el obligado deba efectuar por sí mismo; bastaría una “quiebra de confianza” por parte del intraneus, con lo cual sería posible sancionarlo aquí como autor, y al extraneus como “partícipe” del delito especial; ver LANGER, págs. 224 y ss.; OTTO, pág. 257; STRATENWERTH, pág. 308, n. marg. 40. Más ref. en BLOY, págs. 230 y s.

Revista Penal

••• Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

grupos⁵⁸: a) “Delitos especiales de comisión activa” (aktive Sonderbegehungsdelikte) que presuponen de *lege lata*, además de un deber especial en el autor, que realice determinada actividad para cometer determinada modalidad de acción; b) “Delitos especiales de garantes”, equivalentes a los “delitos propios de infracción del deber”, según la terminología de Roxin, en los cuales el sujeto, por estar en una cercanía especial al objeto del bien jurídico puede infringir su deber de garantía sea activa, sea pasivamente; c) “Delitos de omisión impropia”. Más sencilla aún es la clasificación hecha por BLOY⁵⁹: “delitos de puro dominio” (reine Herrschaftsdelikte), “delitos de pura infracción del deber” (reine Pflichtdelikte) y “delitos combinados de infracción del deber y de dominio” (kombinierte Pflicht- und Herrschaftsdelikte). No debe, pues cometerse el error de efectuar una equiparación automática entre “delitos especiales” y “delitos de (pura) infracción del deber”⁶⁰.

En conclusión, en los casos de delitos “propios”, “puros” (o “especiales de garantes) de infracción del deber”, para la autoría del intraneus, no se necesitaría más que esta infracción del deber. En los casos de los delitos “impropios” o “combinados” de infracción del deber sería necesario que el intraneus deba, además de infringir el deber, “dominar el hecho”. Los problemas del “instrumento doloso no cualificado” y de los “delitos omisivos”, en estos casos, o bien deben ser asumidos como vacíos parciales (en los delitos especiales impropios, siempre queda la punibilidad por el delito común) mientras no exista una reforma legislativa que los elimine, o bien tendrían que solucionarse a través de una reinterpretación especial del concepto “dominio del hecho” en este grupo de delitos “combinados” (que todavía no ha sido hecha ni se hará aquí) debido a que tal “dominio” va combinado indisolublemente del “deber específico”. Solamente en el caso del “instrumento cualificado no doloso” no habría solución satisfactoria, desde la perspectiva de la *tesis mixta*, pero la argumentación de ROXIN en el sentido —consecuente— de prescindir aquí del dolo debería ser tomada en serio.

Esta posición cautelosa —mientras se espera una mayor profundización en las investigacio-

nes— me parece la más convincente por ahora para nuestra realidad latinoamericana.

VI. Marco penal para los partícipes de “delitos especiales” o de “infracción del deber”

Sea que se aplique la tesis de la “unidad del título de imputación” o la de la “infracción del deber”, en los delitos especiales se presentan, por igual, problemas al momento de la *fijación de la pena para el partícipe extraneus*. Como el extraneus es partícipe del delito especial, si no existiera una regulación especial (y ella no existe ni en el Perú ni en muchos países hispanoamericanos) formalmente tendría que aplicársele el mismo “marco penal” (no la misma pena) previsto para los autores intranei, o sea un marco penal especialmente alto debido al deber especial infringido por éstos. Pero, por razones de justicia, la pena para los extranei, incluso si solamente son partícipes del delito especial, debería tener un marco penal menor, correspondiente a su condición de extranei sin el deber específico. Cuando —como en el Perú— el legislador penal no haya previsto ninguna regla especial para este caso (como sí lo ha hecho —aunque no de manera tan sencilla— el alemán en el art. 28 del StGB), si no se quisiera amparar esta desproporción, tendría que buscarse alguna solución por medio de la interpretación.

En el caso específico de los “tipos especiales impropios” de “parricidio” (art. 107) e “infanticidio” (art. 110), el problema puede llevar a situaciones dramáticas en la práctica, pues de aplicar a rajatabla la accesoriadad en la participación del extraneus, éste sería partícipe de ambos delitos, resultando sobreprimido en el primer caso e injustamente favorecido en el segundo. Precisamente ésta fue la causa de la discusión española bajo el anterior Código penal y que llevó a parte de la doctrina y a la jurisprudencia a inclinarse por la teoría de la “ruptura del título de imputación”, la cual llevaba, sólo en estos casos específicos, a condenas más justas para los extranei, aunque rompiendo con reglas y principios básicos⁶¹. Ciertamente, la solución más justa a estos problemas

58. BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, págs. 139 y ss.

59. BLOY, págs. 213 y ss., 231 y ss.

60. Cfr. BLOY, págs. 232 y s.

61. Ver ampliamente la exposición de la situación en España en dicha época en GIMBERNAT ORDEIG, quien proponía mantener la “unidad del título de imputación”, pero aplicar una atenuación análoga para los partícipes extranei (págs. 265 y ss.). Tal atenuación análoga (*in bonam partem*) sería extraída, a contrario, de la agravante genérica del “vínculo de parentesco” (existente en el C.P. español) para permitir un marco penal más bajo a los extranei que participen en un parricidio; en los demás casos admitía que no era posible la atenuación del marco penal; ver *idem* 282 y ss., 292 y ss. Ver también sobre esta problemática MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, págs.

D o c t r i n a

la tiene que dar el legislador (tal como ha ocurrido — en parte— en España), quien debe eliminar las figuras autónomas de “parricidio” e “infanticidio” e introducir de manera expresa agravantes y atenuantes en la parte general referidas a las características del vínculo de parentesco o de la situación especial de la madre del recién nacido (en el Perú, el “estado puerperal”). Pero esto no solucionaría la situación de injusticia para los demás delitos especiales propios si no se llegara a introducir también, de manera expresa, como en el art. 28 del C.P. alemán (aunque con más claridad y simplicidad), una regla que atenúe la pena del extraneus partícipe de delitos especiales, sea que la cualidad que él no posee fundamente la pena (delitos especiales propios) o la modifique (delitos especiales impropios).

Mientras tanto, sin tener que abandonar, en general, la teoría de la “unidad del título de imputación” podría fundamentarse una “ruptura formal” del título de imputación en los dos casos mencionados (parricidio e infanticidio) solamente a través del entendimiento de que en ellos la “cualidad” prevista en el tipo penal, en realidad, no estaría relacionada con el injusto (no existiría una relación directa de ella con el bien jurídico) sino con la culpabilidad del agente; por lo tanto, tal cualidad tiene que ser siempre “incomunicable” en el sentido del art. 26 C.P. Entonces, los tipos penales peruanos de “parricidio” y de “infanticidio” solamente supondrían tipos de “homicidio” con culpabilidad agravada y atenuada respectivamente en función de cualidades colocadas en tipos penales formalmente independientes, pero que prevén un marco penal específico para la mayor o menor culpabilidad de los intranei; para los extranei deberían ser de aplicación el marco penal de los tipos comunes subyacentes⁶².

En el caso de los demás delitos especiales impropios, habría que buscar otra solución. Así, podría teóricamente recurrirse al concepto mismo de “delito especial impropio” para buscar la apli-

cación del marco penal del “delito común” subyacente: dado que el primero supondría una agravación del segundo debido al deber especial expresado en la cualidad exigida para el autor (el intraneus), las *consecuencias penales* (no el reproche como partícipe del delito especial) que impliquen esta cualidad, por la regla de la “incomunicabilidad”, no deberían trasmitirse al partícipe extraneus; luego, éste sería partícipe del delito especial impropio, pero se le aplicaría la pena de partícipe del delito común subyacente. Esta solución había sido propuesta en Alemania para la situación existente hasta 1968, o sea en la época anterior a la introducción de la disposición que prevé expresamente atenuaciones de pena para el extraneus partícipe de delitos especiales (antiguamente: art. 50; actualmente —con mayores precisiones— el art. 28 C.P. alemán). El problema era precisamente la punibilidad del extraneus en delitos especiales, pues solamente existían atenuaciones expresas para el partícipe extraneus en algunos pocos casos aislados (delitos impropios contra la administración pública); luego para el partícipe de delitos especiales propios o de otros delitos especiales impropios, de *lege lata*, solamente era aplicable el marco penal del intraneus. Este trato desigual del extraneus llevó a formular una teoría que concebía a los delitos especiales impropios como de naturaleza similar a los delitos comunes subyacentes a ellos; luego, los delitos especiales impropios abarcarían a los comunes, solamente implicarían una mayor gravedad del injusto debido a la cualidad especial exigida para el autor. Como consecuencia de esto, en principio, el partícipe extraneus del delito especial impropio debería ser sancionado por el tipo común⁶³. Pero, como con acierto afirma SÁNCHEZ-VERA (quien por lo demás rechaza que los delitos especiales impropios” y los “delitos comunes subyacentes” estén relacionados solamente de manera cuantitativa), esta

466 y s.; BOLDOVA PASAMAR, págs. 222 y ss. También existe jurisprudencia española que ha aplicado la “analogía *in bonam partem*” de la cláusula de incomunicabilidad de circunstancias (art. 60, primer párrafo C.P. español derogado, art. 65 C.P. de 1995) para atenuar la pena del partícipe extraneus en delitos especiales; ver en Carlos MIR, págs. 75 y ss., Nótese que, a diferencia de la tesis de la “ruptura del título de imputación”, esta tendencia no aplica de manera directa la cláusula de “incomunicabilidad de circunstancias”, sino de manera indirecta en el momento de la “medición de la pena” del extraneus.

62. Así también se interpretaba en la doctrina alemana para casos de “infanticidio” (el ya derogado art. 217 StGB), según la regla expresamente prevista en el art. 29 StGB (aún vigente): “Cada participante será penado según su propia culpabilidad, sin considerar la culpabilidad del otro”; ver JESCHECK/WEIGEND, pág. 659. También en España se ha sugerido, sin renunciar a la “unidad del título de imputación”, la “aplicación analógica” de la regla de la “comunicabilidad de circunstancias” (art. 60, antiguo C.P.) para los casos de “parricidio” e “infanticidio”; al respecto ver, citando también otras soluciones, PEÑARANDA, págs. 354 y ss. En otro trabajo me he aunado a esta interpretación y la he propuesto en “Los delitos contra la administración pública”, págs. 58 y ss.

63. Esta doctrina es sostenida hasta ahora por buena parte de la doctrina alemana en la interpretación del art. 28, segundo párrafo C.P. alemán que regula ahora expresamente las atenuaciones para el partícipe extraneus en delitos especiales impropios. Ver ref. en SÁNCHEZ-VERA (quien la considera doctrina dominante), págs. 181 y ss., nota 6.

Revista Penal

••• Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

solución ya no puede ser sostenible después de la regulación específica introducida por el legislador alemán⁶⁴.

La actual versión del art. 28 del C.P. alemán prevé dos soluciones distintas para atenuar la pena del extraneus (haciendo con ello al mismo tiempo una excepción de la accesoriadad de la participación): según si no reúne *características personales especiales* del autor que “fundamenten la punibilidad” (primer párrafo: atenuación de pena siguiendo la regla del art. 49 que regula las atenuantes), o si se trata de características que “agraven, atenúen o excluyan la pena” (segundo párrafo: pena según el marco penal del tipo básico o común). Pero con esto ahora la interpretación ofrece el problema de explicar por qué la atenuación de la pena del extraneus tiene que diferenciarse de una manera tan complicada y cuáles serían estas “características personales especiales” en uno y otro caso.

Mientras para la doctrina dominante alemana el primer párrafo se referiría solamente a los delitos especiales propios, y el segundo a los impropios con ruptura de la imputación (los partícipes extranei responderían por el tipo básico)⁶⁵; otros creen que en ambos casos el extraneus responde siempre por el delito especial (en ambos casos el reproche penal para el extraneus se da por el tipo especial), pero el segundo párrafo del art. 28 debe interpretarse como una “regla de medición de la pena”: no se rompería la imputación, pues al extraneus se le condenaría por el delito especial, pero se le aplicarían las consecuencias jurídicas del tipo común⁶⁶. Esta última interpretación convence más pues tiene en cuenta el mayor injusto del partícipe en un delito especial en relación con el de un partícipe en un delito común, además de evitar contradicciones en la interpretación de los dos párrafos del art.

28 (en ambos casos no se trata de modificar la imputación del injusto del partícipe, pues siempre responde por el injusto del delito especial)⁶⁷, si bien permanece la contradicción de una regulación diferenciada en dos párrafos.

Dentro de esta última tesis, ROXIN hace una ulterior precisión de las “circunstancias que modifican la pena”, pues —según su entendimiento— la idea del art. 28 (aflojar los efectos punitivos de la accesoriadad del partícipe) solamente se explicaría “cuando el desnivel de desvalor entre la autoría y la participación vaya más allá de la normal relación entre autor y partícipe debido a circunstancias especiales en la persona de un partícipe”⁶⁸. Y ello ocurriría precisamente con los “elementos especiales de culpabilidad” existentes en algunos tipos, es decir, circunstancias que, pese a su formal ubicación como elementos del tipo, son independientes del injusto y se refieren, por un lado, a la culpabilidad, responsabilidad penal o punibilidad; o, por otro lado, consisten en “posiciones cualificadas de deberes” (*qualifizierte Pflichtenstellungen*)⁶⁹. En el primer grupo estarían, p. ej., algunas modalidades del asesinato, la condición de “mujer embarazada” en el aborto, etc.; y, relacionado con la punibilidad, la “habitudinalidad” o la “profesionalidad” en la ejecución de los hechos, o incluso el “desistimiento espontáneo”. En el grupo de la “posición cualificada de deberes” puede mencionarse, sobre todo, a la condición de “funcionario público” en los delitos contra la administración pública, que a veces puede “fundamentar” la pena (como en la “prevaricación” del juez) o “agravarla” (p. ej., el tipo alemán de “lesiones corporales” cometidas por un funcionario público).

La doctrina de ROXIN resulta plenamente aplicable en nuestro caso. Es más, en legislaciones penales como la peruana, incluso podría sostenerse

64. SÁNCHEZ VERA, pág. 186.

65. Esta doctrina es conocida en Alemania como del “desplazamiento del tipo” (“Tatbestandsverschiebung”) y “ruptura de la accesoriadad” (“Durchbrechung der Akzessorietät”); ver TRÖNDLE/FISCHER, n. marg. 8 y ss., págs. 248 y s.; CRAMER, en Schönke/Schröder, § 28, n. marg. 8, pág. 525. Ver más refs. en HOYER, § 28, n. marg. 4, pág. 61.

66. Esta doctrina, conocida como doctrina del “desplazamiento del marco penal” (“Strafrahmenverschiebung”), fue iniciada por CORTES ROSA sobre la base de propuestas de Wagner, ver págs. 413 y ss.; siguiéndolo, ROXIN, *Strafrecht AT 2*, págs. 239 y s.; HOYER, § 28, n. marg. 4 y s., págs. 61 y s. SÁNCHEZ-VERA, llevando hasta las últimas consecuencias la doctrina de la “infracción del deber”, propone una solución original: como para él no existirían, en realidad, los “delitos especiales impropios” (que él llama “delitos impropios de infracción del deber”), sino solamente “delitos de infracción del deber” (los llamados “delitos especiales impropios”, por implicar lesiones a “instituciones positivas” serían distintos, por su naturaleza, de los delitos comunes base que solamente implican lesiones a “instituciones negativas”), todos los casos prácticos que la doctrina conoce como “delitos especiales impropios”, se subordinarían a la solución del primer párrafo del art. 28; el segundo párrafo quedaría para casos (todavía por investigar) en los que, sin tratarse de “delitos de infracción del deber”, existan meras agravaciones (o atenuaciones o exoneraciones) de pena; ver págs. 195 y ss., 205 y s., 225 y s.

67. HOYER, n. marg. 4 y s., págs. 61 y s.

68. Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT 2*, pág. 252, n. marg. 51.

69. Sobre esto y lo que sigue, ver ROXIN, *Strafrecht AT 2*, págs. 252 y ss., n. marg. 52 y ss.

D o c t r i n a

la doctrina alemana antigua, pues no se prevé una regulación diferenciada de las consecuencias penales en caso de “circunstancias” que “fundamentalmente” la pena, por un lado, o la modifiquen (atenúen, agraven o excluyan), por otro lado, tal como ocurre en el art. 28 del C.P. alemán. Luego, la propuesta hecha arriba para el “parricidio” y el “infanticidio” en la legislación peruana debería aceptarse para evitar problemas de desproporcionalidad en la aplicación de la pena. Entonces, siguiendo esta última interpretación, también en el Perú (y en países con una situación legal semejante) podría pensarse en interpretar, en sentido negativo la regla de la “incomunicabilidad de circunstancias” (art. 26) entendiéndolo que el marco penal de los tipos especiales previstos para el autor no debería servir para agravar la responsabilidad penal del extraneus, en quien no recae ningún deber específico. Por lo tanto, su responsabilidad penal debería medirse con base en un marco penal correspondiente a un autor que no tenga la cualidad. Aquí la argumentación es posible (a diferencia de la tesis de la “ruptura del título de imputación”) pues no se refiere a la tipicidad de las conductas, sino a la culpabilidad y a la punibilidad. Pero como ya se dijo arriba, esto es posible en los “delitos especiales impropios”, donde existe un tipo penal subyacente que puede ser tomado como referencia, mas no en los “delitos especiales propios”. En estos últimos delitos, el marco penal para el particular tendría que “crearlos” interpretativamente el Juez, lo cual iría demasiado lejos⁷⁰. Además, la tesis propuesta no podría aplicarse en todos los tipos especiales impropios, sino solamente en aquellos donde la “circunstancia” se refiera a la culpabilidad (parricidio, infanticidio, algunas modalidades del asesinato, etc.) y, eventualmente, a otras circunstancias distintas del injusto.

Habría que preguntarse, por otro lado, de qué manera esta solución se vería afectada por la admisión de la teoría de la “infracción del deber” o si conviene —desde esta perspectiva— inclinarse por el “dominio del hecho”. Es cierto que la tesis de la “infracción del deber” ofrece aquí la ventaja de eliminar problemas de punibilidad injustamente baja en el “parricidio” (hijo que incita a un tercero para que mate al padre de aquél) o y el “infanticidio” (tercero que incita a la madre a matar

a su hijo recién nacido). Pero tampoco esta teoría, por sí sola, da solución al problema de la sobre represión derivada de la falta de un marco penal propio para el extraneus. Dado que en el “parricidio” y en el “infanticidio” son portadores del deber el padre y la madre correspondientemente, ellos siempre serían autores cuando, infringiendo sus deberes personales, de alguna manera hayan contribuido a cometer los delitos. En el caso de los extranei, ellos serían partícipes de los delitos especiales⁷¹, lo cual puede satisfacer en alguna medida en el caso del parricidio, pero de ninguna manera en el “infanticidio”, pues no se entiende por qué el instigador o el cómplice de la madre con capacidad disminuida (según el C.P. peruano: “bajo estado puerperal”) deba resultar favorecido con una pena tan atenuada, incluso si hubiera sido el mismo extraneus quien, por instigación de la madre, hubiera cometido el delito. Pero si —como se practica en la doctrina alemana— las “circunstancias” que modifican la pena (agravantes, atenuantes, exoneraciones) no formaran parte del injusto sino solamente tuvieran efectos en la “medición de la pena”, el problema se atenuaría. Luego, tanto si se aceptara la tesis del “dominio del hecho” o la de la “infracción del deber” para analizar la autoría y la participación en los delitos especiales, debería entenderse que el marco penal para el extraneus no debe ser nunca el mismo que el previsto para el intraneus, salvo que la ley —como en el Perú para los delitos especiales propios— obligue a ello. En estos últimos casos, la diferencia de injusto del partícipe extraneus debe, de todos modos, tenerse en cuenta para atenuar la pena dentro del marco penal previsto para el delito especial propio.

En resumen, cuando en la ley penal no exista una previsión legal específica sobre el marco penal aplicable al extraneus partícipe de un delito especial, en el caso del delito especial impropio, cuando la cualidad se base en la culpabilidad u otros razonamientos más allá del injusto, puede recurrirse al marco penal del delito común subyacente para aplicar la pena al extraneus. En los demás casos de delito especial impropio y en los delitos especiales propios, por razones de legalidad, solamente puede aplicarse el marco penal previsto para el intraneus (el del delito especial), pero el juzgador, con base en el principio de proporci-

70. Además, parece obligar a realizar esta interpretación la previsión específica del art. 46, numeral 3, pues allí se ordena al Juez tener en cuenta “la importancia de los deberes infringidos” para determinar la pena “dentro de los límites fijados por la ley”, o sea, dentro del marco penal del tipo existente (el del delito especial propio).

71. Similares soluciones son expuestas por SÁNCHEZ-VERA (aunque debe tenerse en cuenta la ausencia de un tipo de “infanticidio” como el peruano en Alemania), págs. 150 y ss.

Revista Penal

••• Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

nalidad, debería tener en cuenta la condición de extraneus y fijar la pena haciendo que ésta se acerque al mínimo legal. De *lege ferenda* sería recomendable que el legislador introduzca, en la parte general una cláusula similar —aunque simplificada y mejorada— a la del art. 28 del StGB alemán que podría decir lo siguiente: “*Si en el partícipe no concurrieran especiales elementos personales que fundamenten, modifiquen o exoneren la punibilidad del autor, el marco penal que se emplee para él se atenuará conforme a... (regulación específica de las atenuaciones legales)*”⁷².

Finalmente, si se quiere respetar el principio de proporcionalidad, también deben tenerse en cuenta las *diferencias de injusto* (atenuado) de las distintas conductas que pueda ejecutar el partícipe extraneus al momento de participar del delito especial. Así, como se suele hacerse en la doctrina alemana, pueden considerarse los distintos “grados de injusto” de la conducta del extraneus partícipe en delitos especiales (o de “infracción del deber”), o sea según si su aporte se correspondiera —empleando para ello imaginariamente el “dominio del hecho”— con una contribución de “autor” de delitos de dominio, de “inductor” o de “cómplice”. Y según estos grados, su pena debería ser medida atendiendo a las diferencias de injustos (el injusto de la autoría y de la instigación es mayor que el de la complicidad) y a la base legal disponible: en Alemania, p. ej., con una sola atenuación para los grados de autoría e instigación (por falta de la cualidad o del “deber especial”), y con una doble atenuación para el grado de complicidad (falta de cualidad y menor injusto)⁷³. Por lo demás, en los delitos especiales impropios, como la conducta del extraneus (aparentemente) tendría relevancia no solamente para el delito especial, sino también para el común subyacente, podría darse un concurso (p. ej., cómplice de peculado y autoría de hurto). Pero tal concurso sería solamente aparente, pues, en realidad, el injusto cometido (colaboración en un “injusto mayor” o —según otra tesis— en una “infracción del deber”) desplaza al menor del delito común⁷⁴.

VII. ¿El “concepto unitario de autor” como alternativa?

Últimamente, en la doctrina alemana se han alzado voces propugnando modificaciones legislativas para una mejor regulación de la autoría y la participación. Se critica a las disposiciones actuales, similares a las existentes en España y en muchos países latinoamericanos, el llevar a complicaciones innecesarias y a contradicciones sistemáticas⁷⁵.

Una alternativa radical consistiría en introducir la *teoría unitaria de la autoría*. Pero ya ROXIN ha advertido, desde antiguo, los peligros para el Estado de derecho que ello entrañaría⁷⁶: pese a la “ventaja” aparente de hacer desaparecer, desde el principio, la distinción (y con ello los problemas de delimitación y de accesibilidad, entre autores y partícipes), se extendería con ello en demasía la punibilidad pues se confundirían dentro del círculo de autores (incluso si el tipo exige cualidades especiales unidas a una mayor pena) tanto a los que, según la teoría diferenciadora, serían autores y partícipes, como también se abarcaría la mera “proposición” (impune en algunos países) y hasta la tentativa (tanto del autor como de los partícipes). La consecuencia de esto sería la punibilidad como autores, de quienes en el lenguaje popular no lo son, y, por razones de principio, deberían merecer una menor pena. Por otro lado, si se quisiera establecer reducciones de pena con posterioridad, desaparecería la “ventaja” inicial pues se tendría que volver a diferenciar entre autores y partícipes⁷⁷.

Pero, sin ir tan lejos, también se podría *permanecer en la teoría diferenciadora* modificando de plano las normas actuales para superar la dependencia inflexible de la participación en relación con la autoría. Entre otras posibilidades, la ley podría partir de una definición del “hecho” para luego fijar los “criterios” que servirán para determinar los actos que formen parte dicho hecho. Quedaría como alternativa el seguir diferenciando luego, para conservar el empleo

72. También propugna esta solución para la legislación penal colombiana, PEÑA OSSA, págs. 48 y ss.

73. Solución propuesta por SÁNCHEZ-VERA; ver c. más ref. págs. 211 y ss.

74. Así SÁNCHEZ-VERA, págs. 207 y ss., 225 y s.

75. Ver las críticas, con una exposición de los casos problemáticos del sistema actual en DENCKER, págs. 525 y ss.; LÜDERSSEN, en L. H. a Miyazawa, págs. 449 y ss.

76. Ver en *Autoría y dominio del hecho*, págs. 489 y s.; últimamente también en *Strafrecht AT 2*, págs. 5 y s., n. marg. 2 y s. Ver allí también ref. sobre autores alemanes que defienden la “teoría unitaria”. Más críticas y ref. en VOLK, págs. 563 y ss., esp. nota 4; BOTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, págs. 19 y ss., OTTO, pág. 246.

77. ROXIN, *Strafrecht AT 2*, pág. 6, n. marg. 3.

D o c t r i n a

popular de las palabras, entre autores y partícipes, aunque ello no sería necesario⁷⁸.

También podría pensarse en que la ley penal simplemente admita la “comunicabilidad” de elementos que caracterizan al sujeto activo intraneus a fin de abarcar también a los extranei que ejecuten delitos especiales, sin importar aquí la regla de la accesoriidad. Un ejemplo de esto sería el art. 28 del C.P. portugués, si bien la doctrina discute que de *lege lata* la disposición legal más bien presupondría que previamente —de alguna manera— se haya determinado ya quién es autor y quién partícipe⁷⁹. En todo caso, independientemente de la (probablemente) fallida redacción del texto portugués, no resulta del todo deleznable la posibilidad teórica de introducir una regulación específica que aclare las cosas.

Tal vez incluso —como ya ha ocurrido con otras discusiones teóricas, e incluso con otras propuestas de ROXIN (p. ej., su doctrina sobre el “dominio del hecho”)— no sería raro que en algún momento el legislador penal zanje la discusión con una regulación legal expresa. Esta aclaración es tanto más urgente en la situación actual —especialmente en la práctica alemana—, en la que se ha observado que el legislador o la jurisprudencia, por sus resultados finales, estarían tendiendo a aplicar, en la práctica, la “teoría unitaria” a fin de abarcar como autores a quienes, bajo una aplicación estricta de la base legal, solamente serían partícipes: el legislador, al introducir tipos que describen como autores a quienes eran antes meros partícipes de delitos tradicionales (p. ej., la “receptación”, el “apoyo a organizaciones criminales”, el “lavado de dinero”, etc.); la jurisprudencia, al tratar de comprender, por omisión impropia, a directivos de empresas, o pretender la responsabilidad penal de la empresa⁸⁰.

VIII. Conclusiones

Hasta la actualidad no se ha encontrado todavía una solución plenamente satisfactoria para tratar con justicia todos los casos de autoría y participación en delitos especiales (o de “infracción del deber”). La teoría del “dominio del hecho”, por sí sola, ha demostrado ser insuficiente pues, aplicada consecuentemente, llega a solu-

ciones político-criminalmente intolerables, en especial: la impunidad para intraneus y extraneus, cuando este último ejecute los hechos como un “instrumento doloso no cualificado”, o la impunidad del extraneus que emplee al intraneus como “instrumento cualificado no doloso”. Las tesis que modifican el entendimiento del “dominio del hecho” para lograr la punibilidad de ambos sujetos tienden a desnaturalizar el concepto y más bien dan la impresión de ser “soluciones de emergencia”. La tesis de ROXIN de la “infracción del deber” se está imponiendo tanto por su sencillez como por ofrecer mejores soluciones prácticas. Pero también ha tenido críticas no despreciables, si bien los últimos trabajos de los seguidores de esta tesis la han reforzado considerablemente. En todo caso, por ahora, ya puede considerarse doctrina dominante la aceptación de la existencia de “delitos de deber” (diferentes de los “delitos de dominio”) y la aplicación de principios distintos para definir la autoría y la participación en éstos. La discusión continúa en cuanto a la definición y delimitación misma de los “delitos de infracción del deber”: ¿cuáles son? ¿Abarcan a todos los delitos especiales impropios? ¿Qué sucede cuando el tipo prevé —además de la cualidad— una conducta típica determinada? En el período de transición, debido a las peculiaridades de la realidad latinoamericana, resulta recomendable preferir por ahora la “solución mixta” (admisión parcial de tipos puros de “infracción del deber”, sin renunciar, en otros casos, al “dominio del hecho” cuando el tipo penal lo exija).

De todo lo analizado se puede constatar que todavía queda mucho camino por recorrer para desentrañar el gran problema teórico y práctico que representa la autoría y la participación en los delitos especiales (comoquiera que se los defina). Como acertadamente decía BOTTKE al analizar críticamente las tesis de Roxin: “Si, pese a la teoría pionera de Roxin del dominio del hecho, la queja de que la teoría de la participación punible sería ‘el capítulo más oscuro y difuso de la ciencia penal alemana’ todavía albergara una pizca de verdad, ello ocurriría en el caso de la teoría de la autoría y la participación en los delitos especiales”⁸¹.

78. DENCKER, págs. 535 y ss.

79. Ver al respecto PIZARRO BELEZA, quien —si bien he entendido— admite que en Portugal —de *lege lata*— la comunicabilidad del art. 28 solamente tiene efectos en la etapa de la aplicación de la pena (posibilidad de aplicar al extraneus el mismo marco penal que al intraneus); ver págs. 267 y ss., 274 y s., 275 y ss.

80. VOLK, págs. 565 y ss., 568 y ss.

81. BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pág. 112.

Revista Penal

••• Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”

IX. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A: *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, 2da. ed., Lima, 2003.

BAUMANN/WEBER/MITSCH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ma. ed., Bielefeld, 1995.

BLOY, René: *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, 1985.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel A.: *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995.

BOTTKE, Wilfried: “Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Bausteine eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems”, en: *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Simposio de Coimbra (Portugal) en homenaje a Claus Roxin, 1995, págs 235 y ss.; *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg, 1992.

CORTÉS ROSA, Manuel: “Teilnahme am unechten Sonderverbrechen”, *ZStW* 90 (1978), págs. 413 y ss.

CRAMER, Peter: “Comentarios a los arts. 331 y ss. del C.P. alemán” en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26ta. ed., Munich, 2001.

CRAMER, Peter/ HEINE, Günter: “Comentarios a los arts. 25 y ss. del C. P. alemán”, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26ta. ed., Munich, 2001.

DENCKER, Friedrich: *Beteiligung ohne Täter*, L. H. a Klaus Lüderssen, Baden—Baden, 2002, págs. 525 y ss.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1996.

HERZBERG, Rolf: *Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände*, GA 1971, págs. 1 y ss.; *Täterschaft und Teilnahme*, Munich, 1977.

HOYER, Andreas: en *Systematisches Kommentar*, 7ma. ed., Luchterhand, tomo I, comentarios a los arts. 25 y 28 (actualizado a enero 2001).

HURTADO POZO, José: *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1987.

JAKOBS, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1993; ídem, “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en: Jakobs/Cancio Meliá: *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima 2000.

JESCHECK, Hans Heinrich/ Weigend Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, 1996.

KÖHLER, Michael: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1997.

KÜHL, Kristian: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Munich, 2002.

LANGER, Winrich: *Das Sonderverbrechen*, Berlín, 1972.

LENCKER, Theodor/ PERRON, Walter: “Comentarios al art. 180 del C.P. alemán”, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26ta. ed., Munich, 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Autoría y participación*, Madrid, 1996.

LÜDERSEN, Klaus: *Zum Strafgrund der Teilnahme* (tesis doctoral), Francfort del Meno, 1967; “Der Typus des Teilnehmertatbestandes”, en: L. H. a Koichi Miyazawa, *Baden Baden*, 1995, págs. 449 y ss.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, Heidelberg, 1989.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996.

MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia 1996.

OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, Valencia, 1999.

OTTO, Harro: *Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft*, Jura 1987, págs. 246 y ss.

PEÑA OSSA, Erleans de Jesús: *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, 1995.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990.

PIZARRO BELEZA, Teresa: “Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft?”, en: Schünemann/ De Figueiredo (edits.) *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Simposio de Coimbra en honor a Claus Roxin, Munich, 1995, p. 267 y ss.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974.

REBOLLO VARGAS, Rafael: “Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 53 (2000), págs. 133 y ss.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999.

ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998; *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II, Munich, 2003; *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Barcelona, 2000; *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, Munich, 1997; comentarios en *Leipziger Kommentar*, 11ra., ed., 1993.

D o c t r i n a

SÁNCHEZ-VERA, Javier: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlín, 1999.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2da. ed., 1975.

STRATENWERTH, Günter: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Colonia, 2002.

TRÖNDLE/FISCHER: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49na. ed., Munich, 1999.

VALEIJE, Inmaculada: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996.

VOLK, Klaus: *Tendenzen zur Einheitstäterschaft Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs*, L. H. a Claus Roxin, Berlín, 2001, págs. 563 y ss.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho penal*, Lima, 1990.