

La tesis de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber vs. dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico en los delitos especiales¹

~Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann~

Catedrático Emérito de Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad de Múnich, Alemania.
Socio de Honor FICP.

I. LA HISTORIA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS ESPECIALES

1. La categoría de los delitos especiales no fue estudiada en detalle durante mucho tiempo en Derecho penal. La parte general, o sea, las reglas generales de la imputación objetiva e individual en Derecho penal, fue desarrollada en torno a los delitos comunes, con los delitos contra la vida como grupo determinante. En este grupo, el injusto penal está estructurado de manera muy sencilla. En la era de la construcción causalista del delito, o sea, entre BELING/LISZT y MEZGER, el injusto consistía en la causación del resultado (así, por ejemplo, la destrucción de la vida) por una acción cualquiera de una persona cualquiera. También en la construcción moderna del delito, caracterizada por la doctrina de la imputación objetiva, el injusto consiste en la acción de una persona cualquiera que ha creado un peligro no permitido para la vida de otro, con cuya muerte se realiza el riesgo específico.

2. La idea de que el injusto pudiera depender de determinadas condiciones o requisitos en la persona del autor no fue durante mucho tiempo reconocida y analizada como un problema realmente propio de la parte general. Así, en la 14.^a edición del famoso Tratado de Derecho penal alemán de FRANZ VON LISZT de 1904 no se encuentra ni una sola vez el concepto de un tipo de delito en el que el injusto dependa de determinadas condiciones en la persona del autor. En la 17.^a edición de 1926 del no menos célebre Comentario de REINHARD FRANK del Código Penal, se le dedica al delito especial por lo menos un párrafo propio. En él, sin embargo, su naturaleza es descrita de un modo muy positivista, de tal manera que no solo serían delitos especiales los delitos de clase (*Standesdelikte*) de los funcionarios o militares, sino también numerosos otros, en los cuales la autoría exigiría la pertenencia a un determinado oficio o una cierta posición jurídico-pública o jurídico-privada. A

¹ Traducido por Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, Investigadora contratada predoctoral FPI, Univ. de Alcalá.

este grupo pertenecerían también según FRANK los delitos del empresario, que solo podrían ser cometidos por el empresario de una empresa. Como conclusión dogmática central, quedó apuntado que un extraño (*Extraneus*) no podría ser autor del delito, aunque sí partícipe. Ello no sería sin embargo posible en los delitos militares, porque de determinadas regulaciones de Derecho positivo se deduciría que para hacer punible una participación en ellos serían necesarias reglas especiales².

3. La única monografía de rango científico a la que FRANK pudo remitirse en este caso fue la Tesis doctoral de JOHANNES NAGLER sobre “La participación en los delitos especiales” (“Die Teilnahme am Sonderverbrechen”) del año 1903, que trataba de encontrar la esencia del delito especial en el hecho de que su norma fundamentadora estuviera orientada solo a determinadas personas. Se tardaron 60 años hasta la publicación en Alemania de la siguiente monografía sobre el tema de los delitos especiales, a saber, la –también en Perú– conocida y célebre obra de CLAUS ROXIN sobre “Autoría y dominio del hecho” (“Täterschaft und Tatherrschaft”) de 1963. En ella, ROXIN vio la esencia de los delitos especiales en la «infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en este delito, pero que es necesaria para la realización del tipo»³. De este modo se diferenciarían fundamentalmente los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) del modelo estándar de los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*), en los cuales el dominio del hecho constituiría el criterio decisivo de la autoría.

4. Así fue acuñado el concepto de los delitos de infracción de deber, que en el medio siglo transcurrido desde entonces ha hecho una enorme carrera. Conforme a la concepción original de ROXIN nadie lo habría considerado posible. Pues su idea de que la infracción de un deber jurídico **extrapenal** constituya el fundamento para la realización del tipo penal es en realidad una de tipo puramente positivista, que no contribuye en nada al desarrollo dogmático del concepto penal de injusto. Deberes jurídicos extrapenales hay miles: ¿qué constituiría exactamente lo específico de estos, aquello por lo que su infracción fundamenta un injusto penal?

a) Los dos grupos de casos más importantes nombrados a estos efectos en la monografía de ROXIN de 1963, a saber, los delitos imprudentes y los delitos omisivos, han sido eliminados desde entonces por él mismo: los delitos imprudentes, que en la 1.^a edición de

² P. 107.

³ P. 354.

“Autoría y dominio del hecho” eran calificados todavía como delitos de infracción de deber, fueron inmediatamente eliminados en las siguientes ediciones. Pues, con el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva por el propio ROXIN, fue evidente que el injusto penal en los delitos imprudentes no depende de la infracción de un deber extrapenal, sino de la creación de un riesgo permitido, que se debe constatar desde un punto de vista penal. Tampoco el injusto de los delitos de omisión impropia es visto ya hoy por ROXIN como la infracción de un deber especial extrapenal. Aquello era todavía absolutamente consecuente en 1963, cuando “Autoría y dominio del hecho” se publicó en su 1.^a edición, porque en aquel momento era aún dominante la llamada teoría del deber jurídico formal. Hoy es prácticamente indiscutible que el injusto no depende de la infracción de un deber extrapenal, sino de la asunción de una función de protección: bien en el sentido de la vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, o bien en el sentido de la protección total de un bien jurídico desvalido o desamparado. Por lo tanto, el injusto de los delitos de omisión impropia es hoy también descrito por ROXIN en su Tratado en conexión con la concepción desarrollada por mí del dominio sobre una fuente de peligro o sobre el bien jurídico desprotegido (vulnerable).

b) De los dos grupos de delitos más importantes que ROXIN reivindicó en 1963 no queda entonces ninguno hoy. Con toda la admiración por la teoría de la autoría de ROXIN, que ha determinado hasta la historia del Derecho con la figura de la autoría mediata por dominio de un aparato organizado u organizativo de poder, también en Perú, debe por lo tanto decirse lo siguiente: como candidatos para la categoría especial de delitos de infracción de deber restan únicamente algunos grupos dispares de tipos penales, como por ejemplo los delitos de los titulares de un cargo público, la administración desleal y peculado conforme al Derecho alemán o las lesiones corporales a menores por sus progenitores o personas a cargo de su educación. En 1979 expuse por primera vez en mi monografía sobre la delincuencia empresarial, con el ejemplo de la actuación en lugar de otro, que en estos delitos también se trata de delitos de dominio, salvo algunas excepciones, y acuñé simultáneamente para estos grupos el concepto de delitos especiales de garante (*Garantensonderdelikte*). Gracias a la labor proseguida por LUIS GRACIA MARTÍN, esta concepción ha ido siendo conocida en España y progresivamente en Latinoamérica. Me ocuparé enseguida de ella con más detalle, pero antes me gustaría examinar el modelo claramente opuesto, a saber, la teoría de los delitos de infracción de deber de GÜNTHER JAKOBS.

II. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER DE GÜNTHER JAKOBS Y SU RECEPCIÓN EN PERÚ

1. No es ninguna casualidad que el “liderazgo de la opinión” en el terreno de los delitos de infracción de deber haya pasado entretanto a GÜNTHER JAKOBS y sus discípulos peruanos. Pues, mientras que en el transcurso del tiempo este concepto ha ido jugando un papel cada vez más pequeño para su creador ROXIN, en el sistema de Derecho penal de JAKOBS ha ido ganando cada vez más importancia e incluso ha encontrado en el tercer proceso contra Fujimori un reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia similar al recibido por la teoría del dominio del hecho de ROXIN en el segundo proceso. Este punto álgido de la recepción de la teoría de JAKOBS se halla en la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú de 16 de agosto de 2016, en cuya página 16 se caracteriza la naturaleza del delito de peculado, con referencias a SÁNCHEZ-VERA y CARO JOHN, como un delito de infracción de un deber institucional personalísimo, por lo que las formas de coautoría y autoría mediata quedarían aquí excluidas y solo sería posible la autoría directa o personal. Aparte de las obras de SÁNCHEZ-VERA y CARO JOHN citadas por la Corte Suprema, resulta también de gran importancia el artículo del hoy Presidente de la Sala Penal, VILLA STEIN, publicado en la Revista de Derecho Ágora 2009/2010 bajo el título de “El funcionalismo en el Derecho peruano”, que trata el desarrollo del funcionalismo en el sentido de JAKOBS en la ciencia penal peruana. Asimismo, RAÚL PARIONA, doctorado en Alemania con su trabajo sobre los delitos de infracción de deber, si bien no como discípulo de JAKOBS sino de ROXIN, caracterizó en un profundo ensayo al delito de peculado como uno de infracción de deber.

2. Soy plenamente consciente de la delicada tarea que es, como penalista alemán, adoptar una posición crítica sobre el desarrollo de la ciencia penal peruana y su influencia en la jurisprudencia del más alto tribunal peruano justo aquí en Perú, en la boca del lobo. Que en ello no hay que ver ninguna petulancia inapropiada creo poder afirmarlo con base en dos motivos: en primer lugar, el hecho de que, en su previa y mundialmente célebre sentencia contra Fujimori de 7 de abril de 2009, la Corte Suprema peruana ya tomara exhaustivamente en consideración la dogmática penal alemana y, en especial, asignara a la figura jurídica de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados u organizativos de poder, desarrollada por primera vez por ROXIN en 1963, un papel decisivo en la fundamentación de la resolución. Por otro lado, el que se haya apoyado expresamente ahora en

su nueva sentencia en la dogmática de la autoría de GÜNTHER JAKOBS, otro prominente penalista alemán, adoptada sin fisuras e inalterada para la ciencia penal peruana en los trabajos de VILLA STEIN, SÁNCHEZ-VERA y CARO JOHN. Siguiendo esta línea, podría ser útil y fructífero para la discusión peruana dar a conocer y desarrollar aquí, ante un auditorio experto, el análisis crítico contra la concepción de JAKOBS extendido en Alemania.

3. Desde el punto de vista de la dogmática alemana debe explicarse esta recepción íntegra de las posiciones de JAKOBS en Perú por su sugestivo carisma en cuanto que gran personalidad, que ha marcado a discípulos entusiasmados en el mundo entero, quienes siguen a su maestro en todas sus posiciones: en China, por ejemplo, lo hacen hasta en la teoría del Derecho penal del enemigo, que en Alemania se ha encontrado con un rechazo unánime. Sin embargo, con respecto al contenido, la adhesión al funcionalismo (determinante según mi impresión para el actual Derecho penal peruano) ya no se puede apoyar en el sistema actual de JAKOBS, que desde su giro filosófico-jurídico de hace 25 años es en realidad totalmente deontológico. Y la completa sustitución de la lesión o vulneración del bien jurídico como esencia del hecho punible por la lesión o vulneración del deber⁴ que hoy se puede encontrar en JAKOBS puede defenderse todavía menos en el Derecho penal peruano que en el Derecho penal alemán, ya que el primero ha elevado la lesión o vulneración del bien jurídico a fundamento legal. Permítanme exponerles con algo más de detalle estas dos objeciones fundamentales, pues mi postura sobre la teoría de los delitos de infracción de deber en general y sobre la naturaleza dogmática del peculado en especial se deriva de ellas de manera inevitable.

III. EL SISTEMA ACTUAL DE GÜNTHER JAKOBS NO ES FUNCIONALISTA, SINO HEGELIANO

1. Observado desde un punto de vista teórico-científico y filosófico-jurídico, el funcionalismo es un método de justificación de normas consecuencialista, es decir, de justificación de normas de comportamiento y normas sancionadoras por los objetivos con ellas perseguidos y alcanzados, en forma de consecuencias sociales positivamente valoradas. Mientras que GÜNTHER JAKOBS desarrolló desde su muy considerado estudio “Culpabili-

⁴ *N. del T.*: la expresión alemana “*Pflichtverletzung*” puede ser traducida al castellano como infracción, lesión o vulneración del deber. Para la traducción se ha optado por utilizar los términos lesión y vulneración siempre que en el texto se realice una contraposición clara con la lesión o vulneración del bien jurídico (“*Rechtsgutsverletzung*”), para respetar así el juego de palabras existente en el idioma alemán. En el resto de casos se utilizarán las tres traducciones posibles de manera indistinta.

dad y prevención” (“Schuld und Prävention”) de 1976 hasta la 2.^a edición de su Tratado de 1991 un funcionalismo descrito por él mismo como “normativización”, desde 1992 ha sustituido esa relación funcional a hechos externos (es decir, observables) por una semántica del hecho punible prácticamente sin empirismo. El delito es definido por él ahora como un daño a la vigencia de la norma, y mediante la pena se opone a la contradicción a la norma, radicada en la conducta del autor, una contradicción de su contradicción, hecha efectiva a sus expensas. El significado de la pena consiste por lo tanto en la contradicción de la negación de la vigencia de la norma por el delincuente; el fin de la pena consiste en el aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma. Pero este “fin” no está referido a un acontecimiento posterior en el mundo exterior, sino que se realiza a sí mismo. Es por ello sencillo de ver que esta teoría del hecho punible y de la pena representa una moderna reformulación de la célebre frase de HEGEL, conforme a la cual el delito sería la negación del Derecho y la pena la negación de la negación del Derecho. Se trata con ello de una teoría comunicativa del hecho punible y de la pena, pues según JAKOBS el autor de un homicidio afirmarían que él no tendría que respetar el derecho a la vida de la víctima, y la punición daría la respuesta. Tal concepto del Derecho penal no es funcionalista, sino puramente deontológico. Quien en Derecho penal abogue por un funcionalismo en el sentido de JAKOBS, por lo tanto, o bien no ha entendido correctamente la posición de JAKOBS, o bien utiliza el término “funcionalismo” de una manera incorrecta.

IV. ¿LESIÓN (O VULNERACIÓN) DEL BIEN JURÍDICO O LESIÓN (O VULNERACIÓN) DEL DEBER COMO CONCEPTO DEL HECHO PUNIBLE?

1. Para mi concreto tema de la relación entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, esta clarificación resulta de esencial importancia. Pues del concepto del delito como daño a la vigencia de la norma se deduce sin más (*eo ipso*) para JAKOBS que la esencia del delito no consiste en el daño a un bien jurídico real por una persona real que ejerce el dominio sobre el suceso dañoso, sino en el criterio formal de la lesión o vulneración del deber. Y ello sería válido para todos los delitos, que para JAKOBS no se subdividen como para ROXIN en los dos grupos de delitos de dominio y delitos de infracción de deber, sino solo según la naturaleza de los deberes infringidos, en cuanto deberes denominados “negativos” o “positivos”. El concepto de delito de infracción de deber es así en la obra de JAKOBS uno totalmente diferente al de la obra de ROXIN: mientras que ROXIN quería originalmente determinar los delitos de infracción de deber mediante la lesión de un deber es-

pecial extrapenal, para JAKOBS se trata de un deber penal en sí mismo, cuya concreta infracción sería idéntica al daño para la vigencia de la norma penal general.

2. Pero, por supuesto, la definición del hecho punible mediante la infracción de la norma prohibitiva típica resulta circular, ya que no se puede indicar ningún criterio mediante el que diferenciar las normas prohibitivas *penales* de las otras miles y miles de normas prohibitivas. Este criterio debe derivarse del fin del Derecho penal, es decir, determinarse de manera funcional. Quien no quiera hacer eso, no debe entonces de ningún modo llamar a su concepto “funcionalismo”. Este fin no puede tampoco consistir solo en el restablecimiento de la vigencia de la norma: eso sería otra vez un puro argumento circular. El tercer error sería concluir la punibilidad ya de la infracción de una norma, es decir de cualquier antijuridicidad. La tarea del Derecho penal debe ser más bien determinada socialmente. Eso justo es lo que fue desarrollado por primera vez por el italiano BECCARIA hace aproximadamente 250 años, al final de la época de la Ilustración, y llevado adelante en la doctrina alemana. El Derecho penal tiene la tarea de prevenir daños sociales o, con otra formulación de idéntico sentido, de proteger los bienes jurídicos indispensables para el individuo y la comunidad para una pacífica vida en común. En Alemania, esta definición fundamental del fin –y con ello también limitación– del Derecho penal está reconocida por la amplia mayoría de la doctrina, pero no ha sido lamentablemente formulada de manera expresa en una ley escrita y es por ello reiteradamente incumplida, a veces incluso por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Queda fuera de mi tema de hoy fundamentar en detalle el principio de dañosidad social o –expresado en positivo– de protección de bienes jurídicos como consecuencia necesaria del principio del Estado de Derecho, así como revelar los malentendidos y errores de la crítica expresada contra él. En Perú tampoco necesito hacerlo en absoluto, porque aquí el art. IV del Título Preliminar del Código Penal aclara que «La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley». La denominación de este principio como principio de lesividad expresa también acertadamente que el principio del daño social como elemento del hecho punible, desarrollado por BECCARIA, y la formulación tradicional en Alemania –desde otra perspectiva– de la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal no implican ninguna contradicción, como se defiende en cambio en la monografía de mi recientemente fallecido colega AMELUNG, sino que –como ya he presentado en otro lugar con más detalle– encarnan una idéntica idea. A consecuencia de esto, no se puede compatibilizar con los

fundamentos legales del Derecho penal peruano una teoría del hecho punible que se conforme con la infracción de cualquier deber y que no tenga en consideración que un bien jurídico tutelado por la ley debe ser lesionado o puesto en peligro.

3. Otra cosa sería si se pudiera mostrar en el marco de la teoría de los bienes jurídicos que hay una categoría propia de bienes jurídicos que, conforme a su naturaleza, no requieren ningún daño exterior, físicamente medible, por así decirlo, sino que ya resultan lesionados mediante la falta de respeto de los deberes que los constituyen.

4. El análisis conceptual del hecho punible debe entonces adoptar aquí su punto de partida. Dada la pobreza de contenido de un concepto tan sumamente abstracto como el de bien jurídico, es recomendable comenzar con el análisis de los bienes jurídicos indiscutidos desde hace siglos y reconocidos hasta hoy; es decir, empezar con la vida, la integridad física y la libertad ambulatoria. Los objetos del bien jurídico individuales, que en su totalidad fundamentan la clase del bien jurídico, deben ser protegidos contra un proceso causal que provoque su lesión física. El Derecho penal, que mediante su amenaza de pena sólo puede surtir efecto en la motivación del ciudadano individual, debe por lo tanto dirigir sus normas prohibitivas prioritariamente a aquellas personas que ejercen el dominio decisivo sobre el proceso causal dañoso. Este dominio sobre el fundamento, origen, razón o causa del resultado, como estructura primaria e indiscutiblemente lógica de la autoría, se presenta de dos formas: como dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro y como dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro. El dominio sobre una fuente de peligro se divide a su vez en dos formas, según si la fuente de peligro consiste en una acción humana activa o en una cosa peligrosa, como un perro que muerde o una central nuclear. La primera forma se constituye por el dominio del hecho; la segunda, por el actual control del objeto peligroso. Al mismo nivel se encuentra la tercera forma de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. La unánimemente reconocida e indiscutible evidencia de la comparabilidad de estas tres formas de dominio puede demostrarse muy bien con el ejemplo del dueño de un perro que muerde y que lo deja sin atar, mientras la madre de un niño pequeño deja a este gatear fuera de su carrito. Si perro y niño se encuentran y tanto el dueño del perro como la madre se quedan mirando tranquilos cómo el perro devora al niño, entonces ambos tienen en igual medida el dominio sobre el suceso como fundamento o razón del resultado. Y lo mismo vale para la niñera o el estudiante que han

recibido el encargo de la madre y del dueño del perro de llevar respectivamente al niño de paseo o de sacar al perro.

Dado que, salvo el caso especial del dominio sobre el propio cuerpo, solo pocas personas poseen el dominio sobre el fundamento o razón del resultado, llamado en los delitos omisivos “posición de garante” a partir de un artículo de JOHANNES NAGLER del año 1938, en los delitos de omisión impropia caracterizados por la posición de garante se trata de delitos especiales. Su naturaleza obviamente no cambia si el legislador regula la conducta activa y la omisión de garante conjuntamente en un tipo penal particular.

5. Un buen ejemplo para esto último lo ofrece el art. 388 del Código Penal peruano (peculado de uso), que castiga con pena privativa de libertad de hasta 4 años al funcionario o servidor público que usa o permite que otro use vehículos u otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública para fines ajenos al servicio. A este tipo de delito que une una conducta activa y una omisión impropia lo he denominado delito especial de garante, y se puede encontrar en variadas formas en el Derecho penal alemán. El autor se caracteriza aquí mediante el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico; en el ejemplo concreto, la propiedad pública de vehículos que están subordinados a su administración. Otro ejemplo lo ofrece el art. 122.3 d) y e) del Código Penal peruano, o mejor, el tipo especial del § 225 del Código Penal alemán, según el cual, a modo de ejemplo, se castiga con pena privativa de libertad de hasta 10 años a aquel bajo cuya protección se encuentre una persona débil, en caso de lesión corporal de esta última por medio de una conducta activa o de una omisión.

6. En cambio, según la teoría de JAKOBS, que han adoptado en Perú muchos dogmáticos penalistas y por último la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se estaría en estos casos ante un delito de infracción de deber, en el que el deber infringido tendría su fundamento en la institución estatal afectada, por ejemplo la relación padre-hijo o el matrimonio. Pero entonces se pasaría por alto que aquellos deberes cuya infracción está amenazada con pena no son en absoluto los deberes originales de estas instituciones. Así, en el centro del matrimonio se ha encontrado desde siempre el deber de convivencia matrimonial, incluido el de mantener relaciones sexuales; en el centro de la educación de padres a hijos, el deber de los padres de otorgar a los hijos una buena educación. Pero una infracción de estos deberes no está prácticamente nunca amenazada con una pena. Tampoco se

castiga, por ejemplo, el daño para la familia en caso de omisión de la prevención de una inminente lesión corporal del niño, sino que el bien jurídico es la salud del menor, sobre la cual los padres tienen un dominio de protección. Pasa algo similar con los delitos contra el patrimonio público, como en el caso del tipo de peculado. Este patrimonio es el bien jurídico protegido, igual que el patrimonio de una persona privada. El titular del cargo público ejerce sobre su desvalimiento (vulnerabilidad) el mismo dominio de protección que el tutor sobre el patrimonio de su tutelado. Y por eso es igualmente punible si él mismo perjudica el patrimonio o si permite que otro lo perjudique. El injusto tampoco reside en absoluto en la infracción del deber institucional, como se muestra en el ejemplo del celador de una cárcel que, ante una inundación, deja ahogarse a un preso en su celda. Aquí es el dominio sobre el desvalimiento (vulnerabilidad) del preso lo que convierte al celador en autor de un homicidio en comisión por omisión. El que la institución “ejecución de la pena” quede perjudicada de esta manera en su funcionamiento, en la medida en que la ejecución de la pena ya no puede continuar frente a un muerto, sería otro injusto completamente diferente, para el que sin embargo no hay ningún tipo penal.

V. EL ESTRECHO ÁMBITO DE LOS VERDADEROS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. En la mayoría de los delitos especiales se trata por lo tanto de delitos especiales de garante, en los cuales el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto. No obstante, podría haber también algunos delitos especiales, presumiblemente no demasiado numerosos, en los cuales no encajaría esta construcción dogmática, porque como bien jurídico entraría solo en consideración la institución misma. Aun así, en la mayoría de los casos en los cuales alguien no se atiene a las normas de la institución, la reacción apropiada no es el Derecho penal, sino una medida institucional, que puede llegar a la expulsión de la persona concernida de la institución. Cuando un cónyuge no quiere hacer vida común matrimonial, el otro cónyuge puede divorciarse. Un funcionario del Estado, que entorpece con su pereza el funcionamiento del aparato estatal, puede ver primero recortado su salario mediante una medida disciplinaria y, si eso no funciona, se le puede despedir del servicio público.

2. La lesión o infracción de deberes institucionales no puede por lo tanto fundamentar como regla general ningún injusto penal. Si puede hacerlo excepcionalmente y qué requisitos deben ser cumplidos para ello son cuestiones que hasta hoy han quedado en gran parte sin resolver. La teoría de los delitos de infracción de deber tampoco ha ofrecido a estos efectos, si estoy en lo cierto, ninguna contribución que las saque adelante, porque ha dejado sin considerar dos puntos de vista decisivos:

a) El primero es la necesaria diferenciación entre deberes internos y externos de una institución, como puede explicarse con el ejemplo de la corrupción. Cuando un funcionario acepta dinero para cometer un acto ilegal en el ejercicio de su cargo, se trata de una infracción de los deberes externos de la institución, sobre los que ejerce el dominio en cuanto funcionario competente. En cambio, cuando cobra dinero para un acto debido y conforme a la ley, entonces quedan intactas las relaciones externas, y únicamente ha infringido un deber interno de la institución: el de contentarse con su salario mensual y no sacar ninguna ventaja de sus actos en el ejercicio del cargo. Los numerosos ejemplos de funcionarios que están autorizados a cobrar las tasas o comisiones que les corresponden por su actividad hacen obvio que se trata aquí de deberes internos, cuya infracción puede ser por lo general suficientemente castigada mediante sanciones institucionales.

b) El segundo punto de vista que no ha tenido lo bastante en cuenta la teoría general de los delitos de infracción de deber es que la lesión individual de un deber institucional no perjudica todavía a la institución en su conjunto, sino que, ante el mal ejemplo ofrecido, solo fundamenta un lejano peligro para la lenta decadencia de la institución; o sea, un peligro abstracto que se diferencia esencialmente del concepto de peligro en los delitos de dominio: el delito de peligro abstracto de la puesta en circulación de alimentos tóxicos, por ejemplo, significa solo una anticipación de la punibilidad mediante la renuncia al resultado de lesión, que de hecho en muchos casos acabará produciéndose. En cambio, ante bienes jurídicos institucionales la acción se agota en la infracción de la norma; no amenaza ningún daño sustancial. Como punto de comparación, se puede citar por ejemplo la aportación de una gota de mayonesa al Amazonas en relación con el delito de contaminación de aguas. La penalización de tal infracción de la norma, que por sí misma representa una bagatela, es justificada en la dogmática penal alemana bajo la categoría de los delitos cumulativos o de acumulación, diciendo que la impunidad podría llevar a que todas las personas se comportaran de esa manera y, entonces, hasta el Amazonas quedaría seriamente contaminado por

millones de gotas de mayonesa. Sin embargo, con este argumento solo se puede legitimar la penalización de una infracción individual de la norma bajo la condición de que se trate de una norma fundamental, de cuyo amplio seguimiento dependa la supervivencia de la institución entera. Un ejemplo interesante para ello es la antigua punición del adulterio. Debía ser finalmente derogada, porque ya no había disposición a seguir viendo en ella una norma fundamental de la institución “matrimonio”.

2. Llego con esto a la conclusión de que el ámbito legítimo de los delitos especiales es en su mayor parte el de los delitos especiales de garante, en los cuales el fundamento penal reside en el dominio de protección sobre el bien jurídico o en el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro. La legitimidad de los delitos puros de infracción de deber, en los cuales la sola infracción de un deber especial institucional fundamenta la punibilidad, ha quedado hasta hoy en buena medida sin resolver y, en cualquier caso, solo se puede tener en cuenta en un ámbito muy estrecho.

VI. CONSECUENCIAS PARA LA DOGMÁTICA DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. Como última cuestión dogmática con respecto a la rivalidad entre las categorías de los delitos especiales de garante o los delitos de infracción de deber, resta ocuparse de la tesis de JAKOBS y su escuela que sostiene que la autoría solo quedaría determinada aquí mediante la infracción altamente personal del deber y que, por eso, la diferencia efectuada tanto en el art. 23 del Código Penal peruano como en el § 25 del Código Penal alemán entre autoría directa, mediata y coautoría no tendría ningún sentido. Esta tesis tampoco me parece convincente. En primer lugar, por lo que se refiere a la coautoría, no logro reconocer ningún motivo concluyente por el que el dominio de protección o el dominio de supervisión no puedan ser ejercidos conjuntamente, como sucede con la división del trabajo en el caso del dominio del hecho. Un buen ejemplo lo ofrece aquí el cuento alemán de Hänsel y Gretel, que tal vez sea también conocido en Perú: tanto si los padres deciden ahorrarse la manutención de sus hijos conduciéndolos al desierto y abandonándolos allí como si en mitad de lo que en principio era una inofensiva excursión al desierto deciden dejar a los niños en la estacada, en ambos casos hay coautoría: en uno mediante hacer activo y en otro mediante omisión. Lo mismo debe valer si en un caso azuzan al perro familiar a abalanzarse sobre el malvado vecino y en otro no lo llaman al orden cuando este echa espontánea-

mente a correr. También en el servicio público puede darse coautoría entre los superiores jerárquicos y sus subordinados si ambos conjuntamente ejercen dominio sobre la propiedad pública. El director del parque móvil estatal y el guarda del garaje pueden por lo tanto ser coautores si convienen en permitir el uso ilegal de los vehículos estatales por los miembros de su familia. De ahí se deduce forzosamente, en mi opinión, que la resolución de la Sala Penal del más alto tribunal de justicia peruano en el nuevo caso Fujimori no puede convencer en su parte dogmática. No veo ningún motivo por el que Fujimori, en cuanto Presidente de la República altamente responsable del patrimonio público de Perú, no pueda haber sido coautor de un delito de peculado junto con el encargado especial Montesinos y el Director de la Oficina Técnica de Administración del Servicio de Inteligencia Nacional. En especial, la Sala Penal Permanente ha reconocido al final de su resolución que en una crisis institucional podría haber un administrador de hecho, quien entonces podría ser asimismo autor del peculado. Desde el punto de vista de la teoría del dominio resulta casi obvio que aquel que usurpa una competencia estatal es también penalmente responsable por su dominio de los daños ocasionados bajo este.

2. Por supuesto, el castigo por delito doloso exige que todos los coautores tengan conocimiento del suceso, lo que sería como mínimo dudoso en el caso de Fujimori según la resolución de la Sala Penal Permanente, si la he entendido bien. Es evidente que no puedo juzgar esta cuestión, que reside en aspectos de hecho y de valoración de pruebas. La absolución puede por lo tanto ser correcta en su resultado, aun cuando la fundamentación dogmática no convenza.

3. Por último, unas palabras sobre la posibilidad de autoría mediata. La doctrina tradicional alemana ha desarrollado para esto la forma especial de la autoría mediata por empleo de un instrumento doloso no cualificado, criticada y rechazada ya por ROXIN y hoy naturalmente por JAKOBS y su escuela. En el marco de referencia de la teoría del dominio no existe sin embargo ningún reparo fundamental en contra de que el poseedor del dominio utilice para sus planes fuerzas subordinadas que, por su parte, no puedan ejercer dominio por falta de una visión de conjunto sobre el acontecimiento global, cometiendo así el primero el hecho “a través de otro”, como se formula en el § 25 del Código Penal alemán. También en este punto considero por lo tanto oportunos los fundamentos generales de la autoría.

VII. CONCLUSIÓN FINAL

Resumo con esto mis conclusiones hasta ahora: al menos la mayoría de los delitos especiales son delitos especiales de garante, en los cuales el autor ejerce un dominio de protección o un dominio de supervisión sobre el fundamento o causa del resultado, principalmente sobre la fragilidad o vulnerabilidad del bien jurídico. Solo puede haber delitos puros de infracción de deber en un marco estrecho, porque la lesión o infracción de deberes institucionales puede ser por lo general suficientemente castigada mediante sanciones dentro de la institución. Para una solución dogmática definitiva, resulta aquí de central importancia la diferenciación entre deberes externos e internos a la institución, si bien hasta ahora no está lo bastante elaborada. Aparte de esto, los delitos de infracción de deber solo pueden ser legitimados cuando se sobrepase el umbral de insignificancia tematizado bajo la categoría de los delitos cumulativos: debe tratarse de la lesión de normas totalmente fundamentales. Para las cuestiones de la autoría no rige nada especial en los delitos especiales de garante: también aquí hay formas de coautoría y de autoría mediata. En los delitos puros de infracción de deber, en la extensión en que puedan ser reconocidos, el injusto penal consiste en cambio exclusivamente en la infracción del deber, de modo que este también constituye el único criterio para la autoría.