



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 77, n.º 77, enero-diciembre, 2022 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2022.v77n77.03

LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBERES ESPECIALES POSITIVOS¹

The participation of the extraneus in the offence of
breach of special duties

NELSON SALAZAR SÁNCHEZ
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: nsalazars@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0007-6441-3460>

RESUMEN

Las dos principales instituciones teóricas que ha desarrollado la dogmática jurídico-penal ontológica del dominio del hecho sobre la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos son la teoría de la ruptura del título de imputación (según la cual *intraneus* y *extraneus* responden por delitos distintos) y la teoría de la unidad del título de imputación (conforme a la cual

1 El presente artículo forma parte del contenido del segundo capítulo del libro *Teilnahme des Extraneus an den Delikten kraft Verletzung positiver Sonderpflichten*, que será publicado en 2024, tanto en lengua alemana (en Alemania) como en española (en Perú).

intraneus y *extraneus* responden por el mismo delito). En el presente artículo solo se analiza críticamente la primera. Este análisis crítico abarca tanto los postulados de la referida teoría en torno al fundamento del injusto penal del partícipe *extraneus* como las consecuencias dogmáticas y político-criminales que derivan de dichos postulados.

Palabras clave: autoría; deber especial; *extraneus*; imputación; participación.

ABSTRACT

The two main theoretical institutions developed by the ontological legal-criminal dogmatics of the domain of the act on the participation of extraneus in crimes of breach of special positive duties are the theory of the rupture of the imputation title (according to which intraneus and extraneus respond for different crimes) and the theory of the unity of the imputation title (according to which intraneus and extraneus respond for the same crime). In this article, only the former is critically analysed. This critical analysis covers both the postulates of the aforementioned theory regarding the basis of the criminal wrongfulness of the extraneus as well as the dogmatic and criminal-political consequences that derive from these postulates.

Keywords: authorship; special duty; extraneus; imputation; participation.

Recibido: 15/08/2022 Aceptado: 20/09/2022 Publicado: 10/12/2022

1. INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva epistemológica constructivista que se defiende en el presente trabajo, todos los delitos son delitos de infracción de deber porque tanto la autoría como la participación se fundamentan en la infracción de deberes jurídico-penales. A su vez, los delitos de infracción de deber pueden bien ser delitos de infracción de deberes generales negativos (porque el injusto penal de autor se fundamenta en la infracción de un deber general negativo) o delitos de infracción de deberes especiales positivos (porque el injusto penal de autor se fundamenta en la infracción de un deber especial positivo).

En el plano de la dogmática jurídico-penal tradicional (a saber, en los modelos dogmáticos del funcionalismo político-criminal, del funcionalismo sistémico y del dominio del hecho), los delitos de infracción de deberes generales negativos y especiales positivos tienen otras denominaciones. En el funcionalismo político-criminal, los delitos de infracción de deberes generales negativos son nombrados delitos de dominio del hecho (Chen, 2006, p. 29), mientras que los delitos de infracción de deberes especiales positivos son denominados delitos de infracción de deber (Roxin, 1973, p. 16). En sentido similar, el funcionalismo sistémico denomina delitos de organización a la primera clase de delitos y, a los segundos, delitos de responsabilidad institucional². Por su parte, el modelo teórico ontológico del dominio del hecho sostiene que todos los delitos son de dominio del hecho³. Por ello, a los delitos de infracción de deberes generales negativos los denomina delitos de dominio del hecho comunes o generales⁴,

2 Sobre los pormenores de esta problemática en el funcionalismo sistémico véase, entre otros, Jakobs (1991, pp. 7, 21, § 21; 1996, pp. 29 ss.), Lesch (1992, pp. 129 ss., 288 ss.) y Sánchez-Vera (1999, pp. 29 ss.).

3 Como representantes de la teoría del dominio del hecho, que aboga por la existencia de los delitos de dominio del hecho especiales, pueden mencionarse: Baumann, Weber y Mitsch (2003, pp. 116 ss.), Deichmann (1994, pp. 14 ss.), Hoberg (1977, pp. 77 ss.), Jescheck y Weigend (1996, § 62 II/7), Kühl (2012, § 20), Langer (2007, pp. 352, 389), Lüderssen (1967, pp. 167 ss.), Maurach, Gössel y Zipf (1989, § 47), Roeder (1957, pp. 239 ss.), Rudolphi (1985, pp. 567 ss.), Schünemann (2003, § 14), Schmidhäuser (1984, § 5), Stein (1988, pp. 235 ss.) y Welzel (1939, p. 543).

4 Una explicación crítica se encuentra en Salazar Sánchez (2023, pp. 68 ss.).

mientras que a los delitos de infracción de deberes especiales positivos los llama delitos de dominio del hecho especiales (Salazar Sánchez, 2023, pp. 73 ss.).

A su vez, el modelo dogmático del dominio del hecho clasifica a los delitos de dominio del hecho especiales en impropios y propios. Estos delitos se caracterizan debido a que la autoría solo podría ser realizada por un grupo reducido de personas⁵: las que son portadoras de deberes especiales; los *extraneus* son excluidos de la autoría de dichos delitos. En ese contexto, los elementos constitutivos de la autoría en los delitos de dominio del hecho especiales (para nosotros, delitos de infracción de deberes especiales positivos) serían el dominio del hecho y la cualidad especial de autor. Formulado de otra manera: debido a que la fundamentación de la autoría en los delitos de infracción de deberes especiales positivos exigiría tanto el «dominio del hecho» como la «cualidad especial de autor», la autoría en dichos delitos no se podría fundamentar alternativamente en el mero dominio fáctico del hecho o sobre la simple cualidad especial. Por el contrario, deberían existir ambos elementos cumulativamente.

En virtud de lo expuesto, en el análisis de la teoría de la ruptura del título de imputación que se realiza a partir del segundo apartado, tienen significado equivalente (en los respectivos modelos teóricos mencionados) las siguientes expresiones conceptuales: a) delitos de infracción de deberes generales negativos⁶, delitos de dominio del

5 Desde esta comprensión, los delitos de infracción de deber son definidos en distintas formas. Así, por ejemplo, Schönke y Schöder (1965) definen a los delitos de infracción de deberes especiales positivos como «delitos, cuya autoría solo puede ser configurada por determinadas personas» (§ 48). En el mismo sentido, Maurach, Gössel y Zipf (1989) los definen como «delitos con un círculo de autores limitado por la ley» (§ 47). Por su parte, Wessels y Beulke (2005) los comprende como «hechos punibles, en los que la cualidad especial del sujeto que realiza la acción descrita en el texto legal del tipo penal limita el círculo de autores» (Rn. 39). También Kühl (2012) los define como «delitos, que, para ser autor, requieren una determinada cualidad del sujeto» (§ 20). Del mismo modo, Langer (2007) los concibe como «delitos, que, debido a la exigencia de un injusto típico especial, solo son realizables por determinadas personas» (p. 352).

6 Terminología usada por el autor del presente artículo.

hecho comunes⁷, delitos de dominio del hecho⁸ y delitos de organización⁹; b) delitos de infracción de deberes especiales positivos¹⁰, delitos de dominio del hecho especiales¹¹, delitos de infracción de deber¹² y delitos de responsabilidad institucional¹³.

2. PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBERES ESPECIALES POSITIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN

Conforme al enfoque de la teoría de la ruptura del título de imputación, el *intraneus* y el *extraneus* responden por diferentes tipos penales, en los supuestos de que ambos sujetos realicen en forma conjunta un delito de infracción de deberes especiales positivos (un «delito de dominio especial»). Con otras palabras, al *intraneus* y al *extraneus* solo se les deberían imputar la autoría y la participación del respectivo delito de dominio del hecho especial y general. Este punto de vista de la teoría de la ruptura del título de imputación conduce a dos conclusiones respecto a la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos. En primer lugar, el *extraneus*, debido a la vigencia del criterio de dominio del hecho como elemento central de la autoría, sería partícipe de un delito de dominio del hecho especial impropio cuando el dominio sobre la realización del tipo lo ostente el *intraneus*; por el contrario, el *extraneus* respondería como autor de un delito de dominio del hecho especial impropio cuando él intervenga con dominio del hecho en la realización del tipo penal de dicho delito¹⁴. En segundo lugar, el *extraneus*, debido

7 Terminología usada por la doctrina del dominio del hecho.

8 Terminología usada por el funcionalismo político-criminal.

9 Terminología usada por el funcionalismo sistémico.

10 Terminología usada por el autor del presente artículo.

11 Terminología usada por la doctrina del dominio del hecho.

12 Terminología usada por el funcionalismo político-criminal.

13 Terminología usada por el funcionalismo sistémico.

14 Delitos de dominio del hecho especiales «impropios» o delitos de infracción de deberes especiales positivos «impropios» son, desde la perspectiva de la teoría del dominio del

a la ausencia de la cualidad de autor en su persona, no podría ser en modo alguno autor de un delito de dominio del hecho especial propio, incluso en los casos en que posee el dominio sobre la realización del tipo. De esto se deriva que, en el ámbito de los delitos de infracción de deberes especiales positivos (delitos de dominio del hecho especiales «propios»)¹⁵, el *extraneus* solo podría responder como partícipe o quedar impune.

2.1. FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN

En relación con el fundamento de la distinta responsabilidad del *intraneus* y el *extraneus*, cuando estos intervienen de manera conjunta en la realización de un delito de infracción de deberes especiales positivos, los representantes de la teoría de la ruptura del título de imputación formulan diferentes argumentos. De manera general, se puede decir que el punto central común de estos diversos enfoques es la fundamentación autónoma del injusto del partícipe *extraneus*. Esto significa que, según los partidarios de la teoría de la ruptura del título de imputación¹⁶, la participación del *extraneus* existe independientemente de la autoría del *intraneus*. En este contexto, la

hecho, tipos cualificados frente a un delito de dominio del hecho común (o básico) porque la cualidad especial exigida por la autoría en los delitos de dominio del hecho especiales impropios (*v. gr.*, la cualidad de funcionario) solo es una agravante del correspondiente delito de dominio del hecho común. Respecto a la naturaleza de los delitos de dominio del hecho especiales impropios, véanse, por ejemplo: Gropp (2005, § 3), Krey, Esser y Röhling (2011, § 8), Jescheck y Weigend (1996, p. 658), Lüderssen (1967, p. 197), Maurach, Gössel y Zipf (1987, § 21), Rengier (2012, § 10), Schmidhäuser y Alwart (1984, § 5; 1982, § 5).

15 Delitos de dominio del hecho especiales «propios» o delitos de infracción de deberes especiales positivos «propios» son, según la teoría del dominio del hecho, tipos penales en los que la cualificación del autor (*v. gr.*, la cualidad de juez u otros funcionarios, etc.) no es una agravante de un delito de dominio del hecho común, sino un elemento fundamentador de la pena de otro tipo penal. Por lo demás, no existe un correspondiente tipo penal de dominio del hecho común (básico) para los tipos penales de dominio del hecho especiales propios. Sobre este aspecto véanse, entre otros, Baumann, Weber y Mitsch (1995, § 8), Frister (2013, § 25), Heinrich (2010, § 8), Rengier (2012, § 10) y Schmidhäuser (1975, § 14).

16 Al respecto, véanse Dahm (1927, pp. 66 ss.), Höpfner (1906, pp. 585, 587), Langer (1972, pp. 246 ss.), Lüderssen (1967, pp. 119 ss.) y Schmidhäuser (1984, § 10).

denominada accesoriedad de la participación no sería una cualidad esencial de la fundamentación de la participación, sino solo una condición objetiva de punibilidad que legitima la imposición de la pena al partícipe. Estas diversas perspectivas se pueden sintetizar en dos grupos, a saber: la teoría de la lesión autónoma del bien jurídico y la teoría de la justicia material.

2.1.1. Teoría de la lesión autónoma de los bienes jurídicos (teoría de la causación del resultado)

La propuesta formulada a partir de la causalidad fáctica defiende la naturaleza autónoma del injusto penal del partícipe en virtud de la lesión autónoma del bien jurídico que realizaría el partícipe *extraneus*. Conforme con este punto de vista, el partícipe no es responsable por el injusto penal del autor, sino solo por su propio injusto penal¹⁷. El elemento central de esta tesis es la relación causal naturalista¹⁸ que representa el vínculo entre la contribución del partícipe y el resultado de lesión del bien jurídico. En virtud de la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones, se sostiene que la conducta del partícipe es causa de la lesión del bien jurídico, porque no se puede suprimir la contribución del *extraneus* sin que desaparezca también el resultado (lesión del bien jurídico) en forma concreta (Geppert, 1970, p. 62). Por ello, se concluye que el propio partícipe ha cocausado el injusto ajeno, el justo del autor.

Según el enfoque de Lüderssens (1967), el propio partícipe lesiona el bien jurídico a través de su contribución causal. El fundamento de ello sería que todos los tipos penales exigen que el bien jurídico también esté protegido contra el ataque del partícipe¹⁹. De acuerdo con este punto de vista, el *extraneus* puede atacar indirectamente al bien jurídico que se encuentra protegido en el tipo penal

17 Al respecto, véanse Lüderssen (1967, pp. 119 ss.) y Schmidhäuser (1984, § 10).

18 Una explicación detallada del enfoque formulado por esta teoría de la causación se ofrece en Geppert (1970, p. 62), Jescheck y Weigend (1996, p. 456), Lüderssen (1967, pp. 119 ss.) y Schmidhäuser (1984, § 10; 1975, § 14).

19 En esa línea, la distinción entre el ataque del autor y el ataque del partícipe consiste en que el mismo bien jurídico a veces está más protegido frente al autor que frente al partícipe (Lüderssen, 1967, p. 161).

especial (p. 137) porque la punibilidad del partícipe presupone, en todos los tipos penales, la causalidad entre la contribución del partícipe y el resultado lesivo no permitido. Así, por ejemplo, en los delitos funcionariales, quien no es funcionario o servidor público tendría la capacidad de atacar indirectamente al bien jurídico protegido «transparencia en la conducción del cargo» (Lüderssen, 1967, p. 137). De esta forma, el sujeto no cualificado, debido a su lesión indirecta con el bien jurídico protegido, no sería responsable por un injusto penal ajeno, sino por su propio injusto penal (Lüderssen, 1967, p. 137). Es decir, el *extraneus* es sancionado no por el delito de dominio del hecho especial, sino solo por el delito de dominio del hecho común.

De manera similar se expresa Schmidhäuser (1975). Según su perspectiva, el delito del partícipe existe en forma autónoma del injusto de autor²⁰ porque el *extraneus*, por sí mismo (y no a través del autor), lesiona el bien jurídico²¹. Esto significa que la merecibilidad de pena del delito del partícipe *extraneus* se fundamenta en el propio desvalor del comportamiento de este. En opinión de este sector doctrinal, a pesar de la vinculación de la punibilidad del injusto penal del partícipe con el hecho típico y antijurídico del autor que se encuentra establecida por las descripciones legales de la participación, el desvalor jurídico-penal que fundamenta la punibilidad del partícipe radica en el propio comportamiento del partícipe (Schmidhäuser, 1975, § 14; 1984, § 10). Es decir, el injusto de partícipe *extraneus*, desde la perspectiva de Schmidhäuser (1975, § 14), no proviene del comportamiento del autor principal (autor), sino del desvalor objetivo y subjetivo del comportamiento del partícipe que contribuye a la realización del hecho antijurídico principal. En otras palabras: el injusto del partícipe no se fundamenta en la intervención en un delito ajeno no permitido (delito del autor), sino en el desvalor jurídico-penal del

20 Por esta razón, Schmidhäuser (1975), en referencia a la participación, no habla de una «participación en el delito», sino de un «delito de participación» (§ 14). Véase también Schmidhäuser (1984, § 10).

21 A saber, en opinión de Schmidhäuser (1984), el fundamento de la pena del delito del partícipe se debe fundamentar en el desvalor del injusto (el propio comportamiento voluntario no permitido orientado a lesionar bienes jurídicos) y en la culpabilidad (el respectivo comportamiento mental que lesione bienes jurídicos).

propio comportamiento no permitido del partícipe que posibilita la realización del injusto penal deseado por el autor (Schmidhäuser, 1984, § 10). De ello se deduce que, según la comprensión de este autor, la accesoriedad²² de la participación solo es una condición objetiva de punibilidad. Estas consideraciones fundamentan las dos tesis principales del modelo teórico de Schmidhäuser: por un lado, la naturaleza autónoma del injusto penal del partícipe *extraneus*; por otro lado, la ruptura del título de imputación del respectivo injusto penal para el *intraneus* y el *extraneus* (imputación de delitos distintos), cuando estos conjuntamente intervienen en la configuración de un delito de infracción de deberes especiales positivos.

2.1.2. Teoría de la justicia material

Según los representantes de esta teoría (Deichmann, 1994, pp. 5 ss.; Langer, 1972, pp. 465 ss.; Mayer, 1967, pp. 154 ss.), el injusto penal y la culpabilidad del partícipe tienen un desvalor distinto al injusto penal y la culpabilidad del autor. Para ser más preciso, el injusto penal y la culpabilidad del *extraneus* (partícipe) tienen un menor desvalor que el injusto penal y la culpabilidad del *intraneus*. Este distinto desvalor (o reproche) del injusto penal (y de la culpabilidad) conduciría a la fundamentación de una pena atenuada del *extraneus* y de una pena agravada del *intraneus*. En consecuencia, debido a la consideración de la justicia material, el partícipe y el autor deberían ser sancionados conforme a su propia merecibilidad de pena, es decir, de acuerdo con su propia culpabilidad y su propio injusto (Langer, 1972, pp. 465 ss.).

Esta tesis se basa en dos consideraciones: en primer lugar, a diferencia del autor que ataca directamente al bien jurídico, el partícipe tiene solo un acceso accesorio a la lesión del bien jurídico protegido.

22 Así como la punibilidad, *v. gr.*, por homicidio, presupone el resultado muerte de la víctima, la punibilidad del instigador y del cómplice presupone, en el marco de los §§ 26, 27 StGB, el resultado de un hecho principal antijurídico. La llamada accesoriedad (dependencia) de la participación no dice nada más. Además, la dependencia es de naturaleza técnico-legal: las prescripciones sobre la instigación y la complicidad no contienen tipos penales autónomos, sino solo una extensión de la pena sobre los tipos penales de la parte especial (Schmidhäuser, 1984, § 10; Meyer, 1979, pp. 252 ss.).

El ataque indirecto del partícipe al bien jurídico se debería a que este no tiene un deber especial, que constituye la puerta de entrada para el ataque al bien jurídico. En virtud de su posición de ostentador del deber especial, el *intraneus* tendría el dominio exclusivo y excluyente sobre la lesividad al bien jurídico. Además, el partícipe y el autor tendrían, respectivamente, una culpabilidad reducida y una culpabilidad elevada. El fundamento radicaría, entonces, en el hecho de que el deber especial no pertenece al contenido del tipo o al contenido del injusto penal, sino a la estructura de la culpabilidad²³ del titular del deber especial. Esto significaría que la cualidad especial del autor solo agrava la culpabilidad del *intraneus* y no afectaría la culpabilidad del *extraneus* porque tal cualidad especial se encuentra ausente en la persona de este.

Deichmann (1994), un discípulo de Langer, también defiende la teoría de la ruptura del título de imputación para *intraneus* y *extraneus* cuando estos intervienen conjuntamente en la realización de un delito de infracción de deberes especiales positivos. Su punto de partida radica en el principio de responsabilidad personal o autorresponsabilidad como piedra angular tanto del injusto penal como de la culpabilidad y la pena (pp. 14 ss.). Por ello, debido a la naturaleza personal del injusto del partícipe, el fundamento de la responsabilidad del partícipe no radicaría en la causación de un hecho ajeno, sino en la realización de un injusto propio (Deichmann, 1994, p. 14). Según esta premisa, las cualidades especiales no influyen en la fundamentación del injusto del partícipe *extraneus* en la medida en que las cualidades especiales afectan solo al injusto especial y a la culpabilidad del *intraneus*; en consecuencia, el fundamento de la pena del injusto del partícipe no radicaría en la causación de la infracción del deber del *intraneus* (Deichmann, 1994, p. 15). Por el contrario, conforme a dicho punto de vista, sería dogmática y legalmente correcto fundamentar en forma individual tanto el desvalor del injusto de autor como el

23 La jurisprudencia penal alemana contradice esta opinión. Así, desde la decisión del BHGSt. 16, 155 ff. se ha impuesto el punto de vista conforme con el cual el deber de garante sobre la antijuricidad y las circunstancias que fundamentan aquel deber (es decir, la posición de garante y la relación de garantía) pertenecen al tipo. Al respecto, véase Geppert (1970, p. 66).

desvalor del injusto del partícipe. Por consiguiente, en el ámbito de los delitos de infracción de deber impropios (delitos de dominio del hecho especiales impropios), el *extraneus* debería ser sancionado solo como partícipe del correspondiente delito de dominio del hecho común (Deichmann, 1994, p. 15), dado que cada uno de los intervinientes sería responsable por el injusto personal realizado y no existiría una participación en un delito de dominio del hecho especial. Por lo demás, la participación del *extraneus* en los delitos de dominio del hecho especiales propios quedaría impune (Deichmann, 1994, p. 15).

En función de lo mencionado, la justicia material exigiría que la delimitación de la responsabilidad del *intraneus* y del *extraneus* respecto de la realización conjunta de un correspondiente delito de dominio del hecho especial se base en el correspondiente desvalor del comportamiento y el correspondiente reproche de la culpabilidad. Consecuentemente, desde las consideraciones de la justicia material, el *intraneus* y el *extraneus* tampoco deberían ser sancionados por los mismos delitos, sino por delitos diferentes.

2.2. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES

La consecuencia que deriva de la fundamentación autónoma del injusto penal del partícipe es, como se ha mencionado *supra*, la responsabilidad penal del *intraneus* y *extraneus* solo por el respectivo injusto penal que realiza cada uno de ellos: mientras el *intraneus* solo puede ser sancionado como autor (o partícipe) del delito de dominio del hecho especial impropio, el *extraneus* solo es responsable como autor (o partícipe) del correspondiente delito de dominio del hecho común (general).

A favor de dicho parecer abogarían el hecho de que las expectativas garantizadas por los delitos de dominio del hecho especiales (delitos de infracción de deberes especiales positivos) no están protegidas contra el ataque del *extraneus*. Esto significaría que los delitos de dominio del hecho especiales solo protegerían las expectativas institucionales contra el ataque del *intraneus*. Por eso, solo las conductas de las personas caracterizadas por la cualidad especial personal

serían punibles por los delitos de dominio del hecho especiales. Por el contrario, las contribuciones dolosas y antijurídicas de quienes no son portadores del deber especial —cuando no les compete el deber de protección de la respectiva institución positiva— únicamente podrían ser sancionadas por el correspondiente delito común, pero en ningún caso por el delito especial.

Este punto de vista teórico se basa en una interpretación particular del § 28 StGB. Según dicho parecer, el § 28 StGB prevé dos soluciones distintas para el tratamiento de la intervención de un *extraneus* en el hecho punible de un *intraneus* (Langer, 1972, pp. 485 ss.): por un lado, la intervención del *extraneus* en un delito de dominio del hecho especial impropio debe ser sancionada mediante la aplicación del § 28 Abs. 2 StGB (Jescheck & Weigend, 1996, p. 657); por otro lado, la intervención del *extraneus* en un delito de dominio del hecho especial propio debe ser sancionada mediante la aplicación del § 28 Abs. 1 StGB²⁴. Esto significaría que el *extraneus* es afectado por distintas consecuencias jurídico-penales, las cuales dependen de si este interviene en un delito de dominio del hecho especial impropio o propio.

2.2.1. Consecuencias para las formas de participación del *extraneus* en los denominados delitos de dominio del hecho especiales impropios

Según la perspectiva de la teoría de la ruptura del título de imputación, cuando un *extraneus* interviene en un delito de infracción de deber impropio (delito de dominio del hecho especial impropio) junto a un *intraneus*, solo puede (y debe) ser sancionado por el correspondiente delito de dominio del hecho general (común)²⁵. La jurisprudencia

24 Pueden revisarse los trabajos de Jescheck y Weigend (1996, p. 657), Sánchez-Vera (1999, pp. 167 ss.) y Schmidhäuser (1982, § 5).

25 Sobre este punto, véanse Baumann, Weber y Mitsch (2003, § 32), Eser (1980, Rn. 17 ss.), Gerl (1975, pp. 246 ss., 269 ss.), Haft (2004, pp. 204 ss.), Herzberg (1977, pp. 116 ss.; 1991, pp. 161 ss.), Hoyer (2001, § 28), Jescheck y Wigend (1996, p. 657), Köhler (1997, pp. 548 ss.), Kühl (2012, § 20), Küper (1992, pp. 577 ss.), Langer (1972, pp. 484 ss.), Lüderssen (1967, pp. 197 ss.), Maurach, Gössel y Zipf (1989, § 53), Otto y Brammsen (1987, § 22) y Sippel (1989, pp. 39 ss.).

alemana dominante también defiende este parecer²⁶. El punto de partida legal de esta posición es el § 28 Abs. 2 StGB (§ 50 Abs. 3 a. F.). De acuerdo con la tesis en cuestión, la referida prescripción normativa establece dos aspectos: en primer lugar, el § 28 Abs. 2 StGB únicamente se referiría a las características objetivas y subjetivas que agravan el delito de dominio del hecho general (común); es decir, no regularía aquellos elementos que fundamentan la punibilidad del autor del delito de dominio del hecho especial impropio²⁷ (Langer, 1972, p. 486; Maurach, Gössel & Zipf, 1989, § 53). En otros términos, conforme a los defensores del referido punto de vista, el § 28 Abs. 2 StGB solo incrementa el marco penal (previsto por el correspondiente delito de infracción de deber impropio) para el destinatario de la norma (*intraneus*) cuando este es titular de una determinada característica especial de autor (Köhler, 1997, p. 548). Por lo demás, esta agravante no regiría para las personas (*extraneus*) que no tienen la cualidad especial de autor. En segundo lugar, el § 28 Abs. 2 regularía una interrupción de la transferencia de la agravación de la pena al *extraneus*. Dicho de otro modo, el § 28 Abs. 2 StGB prohíbe transferir la personal infracción del deber especial al *extraneus* porque él no es portador de dicho elemento agravante.

Tal interpretación ha conducido a los referidos sectores (doctrinal y jurisprudencial) a postular que el § 28 Abs. 2 StGB prohíbe sancionar la intervención del *extraneus* conforme al marco punitivo agravado que corresponde al delito de dominio del hecho especial impropio cuando el *extraneus* interviene en la realización de un delito de infracción de deberes especiales positivos (delito de dominio del hecho especial impropio) en el que el *intraneus* menoscaba un deber institucional positivo. Por el contrario, el § 28 Abs. 2 StGB establecería la merecibilidad de pena de la intervención del *extraneus* únicamente

26 Al respecto, pueden compararse las siguientes sentencias: BGH 22 (375 ss.), BGH 26 (53 ss.) y BGH 5, 75 (81 ss.).

27 Según la opinión de Schmidhäuser (1975, § 14), el § 28 Abs. 2 StGB (de la versión anterior), en esencia, corresponde a la actual regulación, pues dicha prescripción legal comprendería a las «características personales especiales» que están definidas en el § 14 Abs. 1 («cualidades personales especiales», relaciones o circunstancias) en torno a la agravación, atenuación y exclusión de la pena.

como partícipe o autor del correspondiente delito de dominio del hecho común (Jescheck & Weigend, 1996, p. 548; Lüderssen, 1967, p. 197). En otras palabras, desde la perspectiva de la teoría de ruptura del título de imputación, en los delitos de dominio del hecho especiales impropios, el *extraneus* solo es (y debe ser) sancionado como si la cualidad especial del *intraneus* no existiera. Esto implica que, en un delito de infracción de deberes especiales positivos, el interviniente *extraneus* debe ser castigado solo como partícipe (o autor) del correspondiente delito de dominio del hecho común (Langer, 1972, p. 486).

La tesis bajo análisis se puede ilustrar a través de los siguientes casos: a) un *extraneus* determina a un funcionario público a la realización de un —anteriormente punible como delito especial— delito de malversación de fondos (§ 350 StGB a. F.), según Langer (1972, p. 486), o le presta ayuda para su realización; b) un *extraneus* instiga a un funcionario público a la realización de una lesión corporal en el ejercicio de su cargo o le presta ayuda para su realización (§ 340 StGB); c) un *extraneus* determina al administrador de una empresa (administrador del patrimonio) a la realización del delito de administración desleal de personas jurídicas (§ 266 StGB), que tiene lugar mediante actos de defraudación de fondos, o le presta ayuda para la realización de dicho delito (Schmidhäuser, 1975, § 14).

La llamada teoría de la ruptura del título de imputación conduce a las siguientes soluciones: en el primer caso, el *extraneus*, debido a la ausencia de la cualidad especial personal, sería responsable como instigador o cómplice del delito de dominio del hecho común de malversación (§ 246 StGB); por el contrario, según Lüderssen (1967, pp. 197 ss.), el funcionario público sería sancionado como autor de un tipo penal de dominio del hecho especial, a saber, del delito de malversación de fondos (§ 350 StGB a. F.). Esto sería así porque el bien jurídico cuya protección depende de las cualidades personales del funcionario público (la propiedad en forma de cosa ajena) también es protegida frente al *extraneus*. Siguiendo a Lüderssen (1967, p. 197), el § 350 no sería aplicable al *extraneus* porque este bien jurídico ya en aquel entonces era protegido por el delito de dominio del hecho común (§ 246 StGB). Por tal razón, conforme al modelo teórico expuesto, el

extraneus y el funcionario público deberían ser sancionados como partícipe y autor de los respectivos delitos de dominio del hecho común (§ 246 StGB a. F.) y dominio del hecho especial (§ 350 StGB a. F.).

En el segundo caso, de acuerdo con Jescheck y Weigend (1996, p. 657), Köhler (1997, p. 548) y Schmidhäuser (1975, § 14), el portador del deber especial, en comparación con el *extraneus*, quien solo puede ser sancionado como instigador o cómplice del delito de dominio del hecho común previsto en el § 223 StGB (en conexión con los §§ 26, 27, 28 Abs. 2 StGB), sería punible como autor del injusto penal de dominio del hecho especial impropio, previsto en el § 340 StGB. El fundamento de ello radicaría en el hecho de que el delito de dominio del hecho especial impropio de «lesión corporal en el ejercicio del cargo» no protegería a la salud frente al ataque de un *extraneus*, sino frente al ataque institucionalizado del funcionario público. En consecuencia, en el caso *sub examine*, a diferencia del funcionario público, que sería sancionado como autor del delito de lesión corporal en el ejercicio del cargo (§ 340 StGB), el *extraneus* solo sería responsable como instigador o cómplice de una simple lesión corporal (§ 223 StGB), según Schmidhäuser (1975, § 14).

En el tercer caso, el administrador de la persona jurídica, en virtud de su deber especial, sería sancionado por el delito de malversación (246 StGB) y administración desleal (§ 266 StGB); por el contrario, el *extraneus*, debido a la inexistencia de una relación especial de lealtad entre él y el bien jurídico protegido, solo debería responder como instigador o cómplice de una malversación (§ 246 StGB)²⁸. La realización de este delito sería un hecho punible en el que se habrían configurado dos injustos penales: de un lado, existiría el delito de dominio del hecho común (malversación), en el cual el tipo penal no exige ninguna cualidad especial personal para la configuración de la autoría; por consiguiente, el *extraneus*, debido a la falta de la cualidad especial personal, sería punible como partícipe de una malversación.

28 Según la perspectiva de Schmidhäuser (1975, § 14, Rn. 86), en un caso similar en el que el administrador del patrimonio con ayuda del *extraneus* hurta una cosa del patrimonio que se le ha confiado, el *extraneus* debe ser sancionado solo como cómplice del delito de hurto.

En forma paralela, la administración desleal presupondría la existencia de un deber especial, que consiste en la exigencia de un poder de disposición, de modo que la vulneración típica del bien jurídico solo podría ser realizada por un administrador del patrimonio. Por ello, el *extraneus* que presta ayuda o instiga no podría ser sancionado como partícipe de un delito de administración desleal (Schmidhäuser, 1975, § 14).

2.2.2. Consecuencias para las formas de participación del *extraneus* en los denominados delitos de dominio del hecho especiales propios

El fundamento legal de la solución planteada por la teoría de la ruptura del título de imputación respecto a la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos (delitos de dominio del hecho especiales propios) radica en la aplicación del § 28 Abs. 1 StGB. Sobre los alcances y las consecuencias de esta prescripción se defienden dos puntos de vista: por un lado, la tesis que acepta la punibilidad de la intervención del *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos (propios)²⁹ y, por otro lado, la tesis que defiende la impunidad de la intervención del *extraneus* en los referidos delitos³⁰. A continuación, se explican con más detalle estos puntos de vista.

Schmidhäuser (1975, § 14), entre otros representantes de la punibilidad del *extraneus*, cuando este interviene en un delito de dominio del hecho especial propio, considera que el § 28 Abs. 1 StGB regula las características personales especiales que fundamentan el injusto penal y la punibilidad del autor (Köhler, 1997, p. 548). Esto significaría que el § 28 Abs. 1 StGB, a diferencia del § 28 Abs. 2 StGB, no regularía el tratamiento de las cualidades agravantes, sino el tratamiento de los elementos constitutivos de los tipos penales de dominio del hecho especiales propios (delitos de infracción de deberes especiales positivos).

²⁹ Para más información, conviene revisar los trabajos de Baumann, Weber y Mitsch (2003, § 32) y Schmidhäuser (1975, § 14).

³⁰ Véanse Bambach (1963, pp. 87 ss.), Miséré (1997, pp. 99 ss.) y Spindel (1979, p. 252; 1976, pp. 155 ss.).

En este sentido, la prescripción establecería que, si el *extraneus* no presenta dichas cualidades personales especiales fundamentadoras de la punibilidad, su pena debe reducirse conforme al § 40 Abs. 1³¹ StGB. Es decir, el § 28 Abs. 1 StGB establecería un tipo penal atenuado de intervención para el *extraneus* respecto de un delito de dominio del hecho especial propio³². En esta disminución de la pena se reflejaría el desvalor más atenuado del injusto penal del partícipe (*extraneus*) en relación con el injusto penal de autor (*intraneus*).

En contraste, según el punto de vista opuesto, las expectativas contenidas en los tipos penales de infracción de deberes especiales positivos (delitos de dominio del hecho especiales propios), debido a la limitación del círculo de autores, no son protegidas frente al *extraneus*³³. En virtud de ello, el *extraneus*, a pesar de su contribución a la lesión del bien jurídico, no defraudaría expectativa institucional alguna, es decir, aunque el *intraneus* defrauda tales expectativas institucionales con la colaboración del *extraneus*, tal defraudación no podría extenderse al partícipe *extraneus*, porque este no está vinculado con el aseguramiento de dichas expectativas³⁴. En este contexto, la interpretación de la regulación del § 28 Abs. 1 StGB (§ 50 Abs. 2 a. F.) vulneraría el fundamento dogmático de la estructura de la intervención delictiva. Este es el parecer de Langer (1972), quien afirma que la regulación vigente sobre la intervención del *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos significa una clara falsificación de la estructura de la intervención delictiva (p. 480). Desde esta óptica, Langer (1972, p. 480) y Schmidhäuser (1975, p. 430) explican que la participación del *extraneus* en los delitos de dominio del hecho especiales propios no se subsume en el § 28 Abs. 1 StGB (§ 50 Abs. 2 a. F.). Por eso, una correcta solución de las lagunas de punibilidad de estas formas de intervención delictiva no sería posible mediante

31 Véanse Köhler (1997, p. 549), Jescheck y Weigend (1996, pp. 657, 660) y Schmidhäuser (1975, § 14).

32 Sobre este punto se pueden revisar Hake (1994, pp. 31 ss.), Jescheck y Weigend (1996, p. 657), Köhler (1997, p. 549) y Schmidhäuser (1975, § 14).

33 Compárese Bambach (1963, pp. 187 ss.).

34 Al respecto, véanse Bambach (1963, pp. 87 ss.), Hake (1975, § 14), Langer (1972, pp. 137 ss., 150 ss., 484 ss.) y Miseré (1997, pp. 99 ss.).

manipulaciones de las vigentes fórmulas legales de intervención, sino solo mediante modificaciones de los actuales tipos penales o a través de la incorporación de nuevos delitos (Gallas, 1954, p. 145; Langer, 1972, p. 481). De modo similar, en opinión de Deichmann (1994, p. 15), la aplicación del § 28 Abs. 2 StGB (§ 50 Abs. 2 a. F.) —antes de la introducción del § 28 Abs. 1 StGB— condujo a imputar diferentes injustos penales a *intraneus* y *extraneus* y, con ello, a la impunidad del *extraneus*. Desde la entrada en vigor del § 28 Abs. 1 StGB, Deichmann (1994, p. 15) —*de lege lata*— aceptó parcialmente la participación del *extraneus* en los delitos de dominio del hecho especiales propios; a pesar de ello, él argumenta a favor de la imputación de distintos tipos penales porque, según su parecer, ni el § 28 Abs. 1 StGB, ni el § 28 Abs. 2 StGB establecen expresa o tácitamente la responsabilidad del *extraneus* por el injusto penal ajeno (del autor)³⁵.

También Bambach (1963, p. 184) afirmó que la contribución causal del *extraneus* a la realización del tipo penal de infracción de deberes especiales positivos (delito de dominio del hecho especial propio) no constituye una actuación antijurídica, dado que el simple nexo de causalidad natural entre la acción y el resultado no fundamenta un injusto penal de participación en el ámbito de los delitos de infracción de deberes especiales positivos. En opinión de Bambach (1963, pp. 184 ss.), se excluye la antijuricidad del comportamiento típico del *extraneus* porque la prohibición del tipo de infracción de un deber especial positivo, bajo el prisma de la valoración jurídica, solo afecta al *intraneus*. En la misma dirección, Schmidhäuser (1982, § 5) defiende la impunidad de la colaboración del partícipe *extraneus* en el delito de dominio del hecho especial propio³⁶. La razón radica en que, para este autor, no existen tipos penales de dominio del hecho especiales propios: a saber, si la infracción de un deber especial es decisiva para la configuración del injusto típico, entonces el *extraneus*, en la medida

35 En opinión de Deichmann (1994), más bien el § 28 Abs.1 StGB incluiría la exigencia de que la imposición de la pena al *extraneus*, según el marco punitivo de los delitos de infracción de deber propios, presupone que haya cometido un delito común (p. 16).

36 Para una explicación clara de la posición de Schmidhäuser sobre la impunidad de la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber propios, véase Roxin (1971, p. 399).

en que no es titular de tal deber, tampoco puede ser sancionado como partícipe del injusto penal de dominio del especial propio que es realizado por el portador del deber especial (Roxin, 1971, pp. 399 ss.). Asimismo, Miseré (1997) postula la impunidad del *extraneus* por la intervención en los delitos de dominio del hecho especiales propios; para él, la punibilidad de la intervención del *extraneus* en los delitos de dominio del hecho especiales propios es injustificada desde los puntos de vista dogmático y político-criminal (p. 109). En dicho contexto, no habría posibilidad jurídica de sancionar la intervención (como autoría o participación) del *extraneus* en la realización de un tipo de dominio del hecho especial propio porque el *extraneus* es excluido como destinatario de la norma del delito especial propio. Por eso, a decir de Miseré, *de lege ferenda*, debe negarse la punibilidad de la participación del *extraneus* en los delitos de dominio del hecho especiales propios (p. 109).

A continuación, se analizan brevemente dos casos en los que se ilustra cómo repercuten los diferentes enfoques teóricos referidos en la aplicación práctica: a) un *extraneus* instiga a un funcionario público, *v. gr.*, a un juez, a prevaricar (Langer, 1972, pp. 477 ss.; Lüderssen, 1967, pp. 197 ss.; Schmidhäuser, 1982, § 5); b) un *extraneus* presta ayuda a un funcionario competente en la realización de un delito de declaración falsa en el ejercicio del cargo (Schmidhäuser, 1975, §14).

Desde la óptica de la primera tesis, el instigador no obligado positivamente debe ser sancionado conforme al tipo y al marco punitivo del delito de prevaricato (§ 339 StGB). El fundamento radicaría en que la responsabilidad penal del *extraneus* (como instigador o cómplice) por su intervención en el delito de dominio del hecho especial propio, en virtud de la aplicación tanto de la regulación de la instigación (§ 26 StGB) como de la regulación de la punibilidad legal de la participación del *extraneus* en el delito especial propio (§§ 28 Abs. 1, 339 StGB), debe sancionarse según el tipo del delito del hecho punible principal del autor (*intraneus*)³⁷. En el mismo sentido, en el segundo caso, la contribución del que no es funcionario público también se comprendería en el ámbito del delito de dominio del hecho especial propio; es

37 Köhler (1997, p. 548) y Jescheck y Weigend (1996, p. 657) reflexionan sobre ello.

decir, el *extraneus* también debería ser responsable como cómplice del delito de falsa declaración en el ejercicio del cargo (§ 348 StGB)³⁸.

Por el contrario, conforme con la segunda posición, el instigador y el cómplice quedan impunes (Bambach, 1963, p. 184; Langer, 1972, pp. 484 ss.; Miseré, 1997, p. 109). Debido a la ausencia de un tipo penal de dominio del hecho común, sería inevitable la impunidad del *extraneus* como resultado de una aplicación consecuente de la ley (Langer, 1972, p. 479). En consecuencia, otras soluciones, como la punibilidad del *extraneus* en calidad de instigador del delito de prevaricato (§ 339 StGB) o cómplice del delito de falsa declaración en el ejercicio del cargo (§ 348 StGB), quedan excluidas.

3. VALORACIÓN CRÍTICA

Sobre los enfoques de la teoría de la ruptura del título de imputación es necesario formular algunas observaciones de índole dogmática, político-criminal y constitucional.

Como ya se explicó *supra*, según el enfoque de esta teoría, el *extraneus* no responde como partícipe de un delito de infracción de deberes especiales positivos (delito de dominio del hecho especial), sino como partícipe del correspondiente delito común. Ello se fundamentaría en el hecho de que el *extraneus*, por falta de la cualificación de autor, no podría defraudar las expectativas normativas especiales protegidas por los tipos penales de infracción de deberes especiales positivos. En contra de esta tesis se objetan dos argumentos. En primer lugar, la mencionada teoría infringe el principio de legalidad de la participación que se encuentra regulado en los §§ 26, 27 y 28 Abs. 1 StGB. Estos preceptos legales no prevén sanción alguna del partícipe *extraneus* por tipos penales distintos a los que contienen la sanción del autor *intraneus*. En pocas palabras, los §§ 26, 27 y 28 Abs. 1 StGB no regulan la imputación de delitos distintos al *intraneus* y *extraneus*. Por el contrario, los §§ 26, 27 y 28 Abs. 1 StGB establecen la unidad del título de imputación para *intraneus* y *extraneus*, según la cual al

³⁸ Véanse Köhler (1997, p. 549), Roeder (1957, ZStW 69, p. 357) y Schmidhäuser (1975, §14).

extraneus e *intraneus* se les imputa el mismo delito y, por lo tanto, son sancionados por el mismo tipo penal, es decir, por el tipo de infracción de deberes especiales positivos. Por esta razón, la falta de la cualidad especial de autor en el *extraneus* no es un obstáculo legal para sancionar al *extraneus* como instigador o cómplice de un delito de infracción de deberes especiales positivos porque, para la fundamentación de la instigación y la complicidad en cualquier delito (y, por lo tanto, también en un delito de infracción de deberes especiales positivos), la ley solo exige que alguien haya determinado dolosamente a otro a realizar un hecho doloso y antijurídico (§ 26 StGB) o que alguien dolosamente haya prestado ayuda a otro para realizar un hecho doloso y antijurídico (§ 27 StGB). En segundo lugar, no es cierto que las expectativas positivas protegidas por los tipos de infracción de deberes especiales positivos no afectan al *extraneus*. El hecho de que la protección de deberes especiales positivos se vincule con la cualidad especial del *intraneus* significa solamente que dichos deberes no pueden ser infringidos por el *extraneus* en calidad de autor. Por lo demás, el comportamiento instigador o de ayuda del *extraneus* no es en caso alguno jurídico-penalmente irrelevante³⁹; por el contrario, actos comunicativos como los referidos (que contribuyen a la realización de un delito de infracción de deberes especiales positivos) son punibles como formas de participación delictiva.

Como es evidente, la tesis cuestionada tampoco es compatible con las reglas dogmáticas estructurales de la participación porque su particular modelo de solución respecto de la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos (en su terminología, participación de los sujetos no cualificados en delitos de dominio del hecho especiales impropios) quebranta los principios dogmáticos de la fundamentación de la intervención delictiva, pues, según la teoría de la ruptura del título de imputación, el *extraneus* —cuando la realización del delito de infracción de deberes especiales positivos (delito de dominio del hecho especial impropio) es dominada por el *intraneus*—, en comparación con el *intraneus* —que responde como autor del delito de infracción de

39 Al respecto, compárese Sánchez-Vera (1999) p. 170.

deberes especiales positivos—, solo responde como partícipe del correspondiente delito de dominio del hecho común. Ahora bien, si el dominio de la realización del tipo pertenece al *extraneus*, el *intraneus* —a diferencia del *extraneus*, que responde como autor del delito de dominio del hecho común— es responsable como partícipe de un delito de infracción de deberes especiales positivos. En estas constelaciones de casos, las participaciones del *extraneus* y el *intraneus* en los respectivos delitos de «dominio del hecho común» e «infracción de deberes especiales positivos» (delito de dominio del hecho especial impropio) son fundamentadas sin la existencia de un injusto penal de autor. Así, el *extraneus* es sancionado como partícipe de un delito de dominio del hecho común, pese a que no existe vínculo con un injusto penal de autor de un delito de dominio del hecho común. De la misma manera, el *intraneus* es sancionado como partícipe de un delito de dominio del hecho especial impropio, pese a la ausencia de un injusto penal de autor del delito de infracción de deberes especiales positivos. De esta forma, la teoría aquí criticada menoscaba los principios estructurales de la participación que exigen la existencia de un injusto penal de autor (hecho principal) como presupuesto imprescindible de la punibilidad de la participación. Como ya quedó establecido, la razón de tal quebrantamiento estriba en que al *extraneus* y al *intraneus* se les imputa la participación en un injusto penal de autor presunto; es decir, al *extraneus* e *intraneus* se les imputa la participación en un hecho principal (injusto penal de autor) inexistente.

Otra objeción contra la teoría de la ruptura del título de imputación se fundamenta en su enfoque de asignar diferentes significados jurídico-penales a la misma cualidad especial. La distinta interpretación situacional de la cualidad personal menoscaba el principio constitucional de igualdad ante la ley. La razón de ello radica en que la cualidad especial se valora unas veces como cualidad agravante del delito de dominio del hecho común (*v. gr.*, en el delito de dominio del hecho especial impropio) y otras veces como elemento fundamentador del injusto penal especial (por ejemplo, en el delito de dominio del hecho especial propio). Las consecuencias de esto son que, de un lado, el *extraneus* que interviene en la realización de un delito de dominio del hecho especial impropio es sancionado con

una pena atenuada sin justificación racional alguna porque la pena concreta impuesta contra este, debido a la aplicación del § 28 Abs. 2 StGB, se determina conforme al marco legal del delito de dominio del hecho común. De otro lado, el *extraneus* que interviene en un delito de dominio del hecho especial propio es sancionado conforme al marco punitivo previsto para el autor de dicho delito sin posibilidad de atenuación, ya que, en esta constelación de casos, debido a la aplicación del § 28 Abs. 1 StGB, no se elimina la accesoriedad de la participación, que exige la sanción del partícipe por el mismo delito y marco penal del autor. Es decir, al *extraneus* que participa en un delito de dominio del hecho especial propio, en contraposición con el partícipe *extraneus* de un delito de dominio del hecho especial impropio, se le impone una pena más alta. Por ejemplo, la distinta valoración de la cualidad de funcionario significa, para el partícipe *extraneus* en el delito de prevaricato, la imposición de una pena grave (sin posibilidad de atenuación) porque es sancionado conforme al marco penal previsto en el § 339 StGB. Por el contrario, el partícipe *extraneus* en un delito de lesión corporal cometido por funcionario público, en comparación con el partícipe *extraneus* en un delito de prevaricato, es privilegiado con la imposición de una pena atenuada (Sánchez-Vera, 1999, p. 185). Por esta razón, tal como afirman algunos científicos jurídico-penales, debe rechazarse tanto la distinción —aquí criticada— entre los delitos de dominio del hecho especiales impropios y propios⁴⁰ como la imputación de delitos distintos a *intraneus* y *extraneus*.

40 En este sentido, Zimmerl (1935) considera que aún no está claro cómo será la Parte Especial del futuro Código Penal alemán. Sin embargo, difícilmente se puede evitar que, en la ley futura, así como en la actual, la misma circunstancia unas veces fundamente la pena y, luego, en otras solo la agrave. Entonces, es probable que también en el futuro existan delitos funcionariales propios e impropios. En los primeros, la cualidad de funcionario fundamenta solo la punibilidad; en consecuencia, la regulación propuesta afectaría a todos los intervinientes, aunque dicha cualidad solo esté presente en uno de ellos. Por el contrario, en los segundos, la cualidad de funcionario solo incrementa la punibilidad; por lo tanto, únicamente surtiría sus efectos para la responsabilidad penal en la que se presenta dicha cualidad. En realidad, se trata de una circunstancia que influye sobre el injusto penal típico, el cual siempre debe tener repercusión sobre todos los intervinientes cuando dicha circunstancia se presenta en el ejecutor inmediato (p. 589). Véanse también Bambach (1963, pp. 18 ss., 39 ss.), Kaufmann (1968, p. 36), Kern (1952, pp. 271 ss.), Langer (1972, pp. 485 ss.; 1935, p. 588), Piotet (1957, p. 20), Schünemann (1980, pp. 354 ss.) y Zimmerl (1930, pp. 153 ss.). Por su parte,

De esta diferente valoración de la cualidad especial (o de la distinción entre delitos de dominio del hecho especiales propios e impropios) también se deriva un privilegio injustificado para el *extraneus* que interviene en la realización de un delito de dominio del hecho especial impropio frente al *extraneus* que interviene en la realización de un delito de dominio del hecho común (Sánchez-Vera, 1999, p. 185). Este privilegio no solo es incomprensible, sino también incorrecto⁴¹ porque la participación en un delito de dominio del hecho especial impropio es una verdadera participación en un delito de infracción de deberes especiales positivos y, en consecuencia, el desvalor del injusto penal del partícipe *extraneus* en un delito de dominio del hecho especial impropio es mayor que el desvalor del injusto penal de partícipe en un delito de dominio del hecho común. Por lo tanto, estas dos formas de participación deben tratarse de manera diferente; es decir, mientras que el partícipe *extraneus* de un delito de dominio del hecho común debe ser sancionado conforme al marco punitivo del mencionado tipo penal, el partícipe *extraneus* de un delito de dominio del hecho especial impropio debe ser responsable por dicho injusto penal y, por lo tanto, debe ser sancionado con un marco penal más alto que corresponda al injusto penal de dominio del hecho especial impropio. Sin embargo, la teoría de la ruptura del título de imputación trata de manera idéntica estas constelaciones de casos como si fueran las mismas formas de participación jurídico-penal.

En el plano político criminal, la aplicación consecuente de esta teoría conduciría a una intolerable impunidad del *extraneus* e *intraneus* cuando el delito de dominio del hecho especial propio⁴² es realizado con dominio del hecho del *extraneus*. En efecto, el *extraneus* no podría

Geppert (1970) sostiene que la doble designación de las cualidades como «personal» y «especial» es redundante (pp. 52 ss.).

41 Al respecto, Zimmerl (1935) sostiene que «el profano [...], del mismo modo que el científico, entiende (entendería), por qué una y la misma circunstancia (puede) unas veces afectar de forma estrictamente personal (en aquél entonces, en los denominados delitos especiales impropios), y otras veces (puede) afectar a todos los intervinientes (en los delitos especiales propios) [...]» (pp. 588 ss.). Véase también la crítica de Schwerdtfeger (1992, p. 47).

42 Por ejemplo, Miseré (1997, p. 109) y Schmidhäuser (1975, § 14).

defraudar las expectativas institucionales, porque las expectativas que están garantizadas por los tipos penales de infracción de deberes especiales positivos no están protegidas contra él, a pesar de que el *intraneus*, juntamente con él, haya defraudado tales expectativas. La razón sería muy simple: las expectativas garantizadas por los tipos de infracción de deberes especiales positivos no están protegidas contra él (como autor o partícipe). En consecuencia, el *extraneus* —según la propia tesis teórica criticada— queda impune porque, de un lado, no puede ser sancionado como partícipe de un delito de dominio del hecho especial propio y, de otro lado, no existe un delito común correspondiente bajo el cual pueda subsumirse dicha intervención. Por su parte, la impunidad del *intraneus* se debería a dos consideraciones: por un lado, el *intraneus* no podría ser autor del delito de dominio del hecho especial propio, dado que la infracción de su deber especial tiene lugar sin dominio del hecho y, sin dominio del hecho —según la lógica de la teoría del dominio del hecho—, no existe autoría de dicho delito ni de algún otro; por otro lado, el *intraneus* tampoco podría responder como partícipe del delito de dominio del hecho especial propio, debido a que, por falta de la cualidad especial en quien tiene el dominio sobre la realización del hecho (*extraneus*), no existe un injusto penal de autor y, en consecuencia, tampoco existe un injusto penal de participación.

4. CONCLUSIÓN

El modelo teórico que postula la ruptura del título de imputación en torno a la intervención delictiva de *intraneus* y *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos no tiene cabida en el marco de un derecho penal propio de un Estado constitucional democrático porque dicho paradigma dogmático es inconstitucional, presenta intolerables inconsistencias dogmáticas y acarrea irracionales deficiencias político-criminales. En el plano constitucional, el paradigma teórico en cuestión viola varios principios constitucionales que fundamentan toda forma de responsabilidad penal. A nivel dogmático, la teoría de la ruptura del título de imputación pervierte las categorías normativas estructurales que fundamentan la autoría y

la participación delictiva. Por su parte, en el ámbito político-criminal, el modelo de imputación analizado unas veces deja intolerables lagunas de impunidad, pese a que *intraneus* y *extraneus* realizan comportamientos que infringen deberes jurídico-penales, y, otras veces, criminaliza comportamientos que, por no infringir deber jurídico-penal alguno, son jurídicamente irrelevantes.

REFERENCIAS

- Bambach, G. (1963). *Die Strafflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt* [Doctoral dissertation, Johann-Wolfgang-Goethe-Universität].
- Baumann, J., Weber, U., & Mitsch, W. (1995). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch* (10.^a ed). Giesecking.
- Baumann, J., Weber, U., & Mitsch, W. (2003). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch* (11.^a ed). Giesecking.
- Chen, J. H. (2006). *Das Garantensonderdelikt*. Duncker & Humblot.
- Dahm, G. (1927). *Täterschaft und Teilnahme im amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches: ein kritischer Beitrag zur Lehre von der Teilnahme als einem Problem der Gesetzgebung*. Schletter.
- Deichmann, M. (1994). *Grenzfälle der Sonderstrafat: Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten*. Duncker & Humblot.
- Eser, A. (1980). *Strafrecht II*, München (3.^a ed.). Tübingen.
- Frister, H. (2013). *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch* (6.^a ed.). C. H. Beck.
- Gallas, W. (1954). Täterschaft und Teilnahme. *Materialien zur Strafrechtsreform, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1*, 121-153.
- Geppert, K. (1970). Zur Problematik des § 50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 82(1), 40-73. <https://doi.org/10.1515/zstw.1970.82.1.40>

- Gerl, A. (1975). *Die besonderen persönlichen Merkmale in Sinne des Paragraphen 28 StGB* [Doctoral dissertation].
- Gropp, W. (2005). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Springer-Verlag.
- Haft, F. (2004). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (9.^a ed.). Beck.
- Hake, M. (1994). *Beteiligtenstrafbarkeit und «besondere persönliche Merkmale»: ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB*. Duncker & Humblot.
- Heinrich, B. (2010). *Strafrecht-Allgemeiner Teil* (2.^a ed.). Kohlhammer Verlag.
- Herzberg, R. D. (1991). Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale. *GA*, 145-184.
- Herzberg, R. D. (1977). *Täterschaft und Teilnahme, eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*. Beck'sche C. H.
- Hoberg, T. (1977). *Der Begriff der Anstiftung und sein Verhältnis zu den sogenannten Teilnahmetheorien*. Frankfurt am Main.
- Höpfner, W. (1906). Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 26, 579-631.
- Hoyer, A. (2001). § 28 Besondere Persönliche Merkmale. En H. -J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson, H. -L. Günther, A. Hoyer, & G. Wolters (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Bad I (7.^a ed.). 35 Lfg.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (2.^a ed.). Walter de Gruyter.
- Jakobs, G. (1996). *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*. Westdeutscher Verlag.
- Jescheck, H. H., & Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5.^a ed.). Duncker & Humblot.
- Kaufmann, A. (1968). Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 80, 34-53.

- Kern, E. (1952). Grade der Rechtswidrigkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 64, 251-291.
- Köhler, M. (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Springer.
- Krey, V., Esser, R., & Röhling, N. (2011). *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (4.^a ed.). Kohlhammer (Verlag).
- Kühl, K. (2012). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7.^a ed.). München.
- Küper, W. (1992). «Besondere persönliche Merkmale» und «spezielle Schuldmerkmale» Zur Koordination von § 28 Abs. 1, 2 und § 29 StGB. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 104, 559-590.
- Langer, W. (1972). *Das Sonderverbrechen: Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Duncker & Humblot.
- Langer, W. (2007). *Die Sonderstraftat* (2.^a ed.). Duncker & Humblot.
- Lesch, H. H. (1992). *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*. P. Lang.
- Lüderssen, K. (1967). *Zum Strafgrund der Teilnahme*. Nomos.
- Maurach, R., Gössel, K. H., & Zipf, H. (1987). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Teilband 1 (7.^a ed.). Heidelberg.
- Maurach, R., Gössel, K. H., & Zipf, H. (1989). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Teilband 2 (7.^a ed.). Heidelberg.
- Mayer, M. E. (1967). *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht: eine rechtsphilosophische Untersuchung*. Frankfurt am Main.
- Meyer, M. K. (1979). Tatbegriff und Teilnahmedelikt. *GA*, 252-271.
- Miseré, C. W. (1997). *Die Grundprobleme der Delikte mit strafbegründender besonderer Folge*. Duncker & Humblot.
- Otto, H., & Brammsen, J. (1987). Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft. *Jura*, 246-258.
- Piotet, P. (1957). Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 69(1), 14-42.

- Rengier, R. (2012). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4.^a ed.). C. H. Beck.
- Roeder, H. (1957). Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 69(2), 223-268.
- Roxin, C. (1971). Ein «neues Bild» des Strafrechtssystems. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 83(2), 369-404.
- Roxin, C. (1973). *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Walter de Gruyter.
- Rudolphi, H. J. (1985). Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe. En T. Vogler & J. Herrmann (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (pp. 559-579). Duncker & Humblot.
- Salazar Sánchez, N. (2023). *Täterschaft und Teilnahme bei vorsätzlichen Kollektiventscheidungen in Wirtschaftsunternehmen*. Duncker & Humblot.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (1999). *Pflichtdelikt und Beteiligung*. Duncker & Humblot.
- Schmidhäuser, E. (1975). *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Lehrbuch*. J. C. B. Mohr.
- Schmidhäuser, E. (1982). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. J. C. B. Mohr.
- Schmidhäuser, E., & Alwart, A. (1984). *Strafrecht Allgemeiner Teil: Studienbuch* (2.^a ed.). J. C. B. Mohr.
- Schönke, A., & Schröder, H. (1965). § 48 Anstiftung. *Strafgesetzbuch Kommentar* (12.^a ed., pp. 310 ss.). C. H. Beck Verlag.
- Schünemann, B. (1980). Die Bedeutung der «Besonderen persönlichen Merkmale» für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung. *Jura*, 354, 568 ss.
- Schünemann, B. (2003). § 14 Handeln für einen anderen. En B. Jähnke, H. Laufhütte & W. Odersky (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum StGB*. Band I (11.^a ed., pp. 86 ss.). Berlin.
- Schwerdtfeger, D. (1992). *Besondere persönliche Unrechtsmerkmale*. Lang.

- Sippel, K. (1989). *Zur Strafbarkeit der «Kettenanstiftung»*. N. G. Elwert.
- Spendel, G. (1976). Der «Täter hinter dem Täter» —eine notwendige Rechtsfigur?— Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft. En G. Warda, H. Waider, R. von Hippel & D. Meurer (Hrsg.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag* (pp. 147-172). Walter de Gruyter.
- Spendel, G. (1979). Gegen den «Verteidigungswillen» als Notwehrenderfordernis. En A. Kaufmann (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag* (pp. 245-260). Beck.
- Stein, U. (1988). *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*. Duncker & Humblot.
- Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 58, 491-566.
- Wessels, J., & Beulke, W. (2005). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (35.^a ed.). C. F. Müller Verlag.
- Zimmerl, L. (1930). *Aufbau des Strafrechtssystems*. J. C. B. Mohr.
- Zimmerl, L. (1935). Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 54, 575-590.