

SEGUNDA PARTE

**EL FUNDAMENTO DE LOS DELITOS
ESPECIALES**

CAPÍTULO PRIMERO

PLANTEAMIENTO

I. INTRODUCCIÓN

Entre los autores que se han dedicado al estudio de los delitos especiales resulta habitual definir los delitos especiales como aquellos delitos por los que solo pueden responder como autores los sujetos en quienes concurren los elementos, características, propiedades, cualidades o relaciones que exige el tipo.¹ Sin embargo, menor es el consenso doctrinal existente en torno a la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de estos elementos legales restrictivos del círculo de posibles autores.

En mi opinión, la cuestión acabada de plantear es, sin lugar a dudas, de la mayor importancia en relación con el tratamiento de tres aspectos centrales de la teoría de los delitos especiales: 1) la clasificación de los delitos especiales; 2) la “cantidad de pena” que merece el partícipe “*extraneus*” tanto en los llamados delitos especiales “propios” como en los “impropios”; y 3) la resolución de los numerosos problemas de autoría y participación que plantea esta modalidad delictiva.

¹ Vid. ROXIN, *Strafrecht, AT*, I, cit., p. 211 ss., n° marginal 128; JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5ª ed., cit., p. 266; STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, I, 3ª ed., cit., pp. 80 s., n° marginal 201; GROPP, *Strafrecht, AT*, cit., p. 124, n° marginal 4; MATT, *Strafrecht AT*, I, cit., pp. 53 s., n° marginal 28; OTTO, *Grundkurs, AT*, 5ª ed., cit., p. 41, n° marginal 18; KÜHL, *Strafrecht, AT*, cit., p. 620, n° marginal 11. Vid., entre nosotros, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, PG*, cit., p. 269; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, PG*, I, cit. p. 304; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Inducción o autoría mediata en malversación impropia”, *La Ley* 1986, p. 523; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, PG*, 6ª ed., III, *Teoría jurídica del delito/2*, 1998, cit., p. 118; CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal, I, PG*, 2ª ed., 2001, p. 397; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal, PG*, 3ª ed., 2002, p. 639.

Un sector de la doctrina española y alemana ha analizado la cuestión planteada tomando como punto de partida la idea de que el problema se encuentra expresamente resuelto en la ley. En España, algunos autores afirman que el CP ha tomado posición sobre la naturaleza jurídica de los elementos que limitan el círculo de autores en los delitos especiales, y, con ello, sobre las clases de delitos especiales y las consecuencias de esta clasificación para los problemas de autoría y participación. El artículo en que el legislador español habría resuelto la cuestión que nos ocupa sería, según este sector doctrinal, el actual art. 65 CP, correspondiente al art. 60 del CP de 1973.

Según el art. 65 CP, “1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad solo de aquéllos en quienes concurren. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

El sector doctrinal cuya posición ahora se expone deduce del art. 65 CP (o de su correlato en el CP de 1973, el art. 60 de este último texto legal) una triple conclusión en relación con los tres aspectos centrales de la teoría de los delitos especiales antes mencionados. En primer lugar, en relación con la naturaleza jurídica de los elementos que restringen en los delitos especiales la esfera de posibles autores, estos autores deducen del art. 65 CP que se trata de “circunstancias agravantes o atenuantes” que consisten “en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal”. Por lo que respecta al segundo de los

aspectos antes planteados, esto es, a la cuestión relativa a la “cantidad de pena” que merece el partícipe “*extraneus*” tanto en los llamados delitos especiales “propios” como en los “impropios”, este sector doctrinal considera que del art. 65 CP parece deducirse una doble solución, dependiendo de si se trata de delitos especiales propios o impropios. En cuanto a los delitos especiales impropios, esto es, aquellos delitos especiales respecto de los que existen delitos comunes paralelos, quienes siguen la línea de pensamiento que ahora se expone consideran que el art. 65. 1 CP, al señalar que “las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad solo de aquéllos en quienes concurran”, está declarando *expresamente* que el partícipe “*extraneus*” en un delito especial impropio no responderá como partícipe en el delito especial, sino como partícipe en el delito común paralelo, por lo que le corresponderá, normalmente, una pena inferior.

En relación con los delitos especiales propios, es decir, aquellos delitos especiales respecto de los que no existe ningún delito común paralelo, el art. 65 CP, al no referirse expresamente a los elementos personales que *fundamentan* la pena, vendría a declarar *tácitamente* que en esta clase de delitos, el partícipe “*extraneus*” deberá responder con la misma pena que el “*intraneus*”. En Alemania, los autores que defienden la tesis de que la ley resuelve expresamente el problema de la naturaleza jurídica de los elementos que restringen la autoría en los delitos especiales se apoyan para ello, en el actual § 28 StGB, antiguo § 50 StGB. De acuerdo con este precepto, “(1) Si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) los elementos personales especiales (§ 14. 1) que fundamentan la punibilidad del autor, se atenuará la pena de acuerdo con el § 49 StGB. (2) Si la ley

determina que elementos personales especiales agraven, atenúen o excluyan la pena, esto solo rige para el interviniente (autor o partícipe) en el que concurran”.

Las concepciones legalistas defendidas por la doctrina alemana arrojan dos clases de resultados diferentes. Para un primer sector doctrinal, el § 28 StGB obliga a entender, en primer lugar, que los elementos legales que restringen la autoría en los delitos especiales consisten en “propiedades, relaciones o circunstancias personales especiales (elementos personales especiales)” (§ 14.1 en relación con § 28.1 StGB); en segundo lugar, que en los delitos especiales propios, el partícipe “*extraneus*” debe ser castigado con una pena atenuada en relación con la prevista para el autor “*intraneus*” (§ 28.1 StGB); y, por último, que en los delitos especiales impropios, el autor “*intraneus*” debe responder como autor del delito especial, mientras que el partícipe “*extraneus*” responderá como partícipe del delito común paralelo. En opinión de otro grupo de autores alemanes que defienden la tesis legalista, la idea de que el § 28.2 StGB obliga a aceptar que el partícipe “*extraneus*” en un delito especial impropio debe responder por el delito común paralelo es equivocada; ya que una determinada interpretación del precepto señalado permite seguir manteniendo intacto el principio de unidad del título de imputación.

Un segundo sector de la doctrina española y alemana entiende, en cambio, que ni el CP español, ni el StGB alemán, respectivamente, se expresan sobre la naturaleza jurídica de los elementos que restringen el círculo de autores en los delitos especiales, la punibilidad del partícipe “*extraneus*” en los delitos especiales propios o los problemas de autoría y participación que plantean los delitos especiales impropios. Dentro de este segundo sector doctrinal y jurisprudencial cabe distinguir, a su vez, tres

posiciones: 1) posición no legalista “individualizadora”; 2) posición no legalista “unitaria”; y 3) posición no legalista mixta “individualizadora-unitaria”.

Según la primera de estas tres posiciones, ni el art. 65 CP ni el § 28 StGB son de aplicación en relación con los elementos específicos de los supuestos de delitos especiales. Sin embargo, la posición doctrinal y jurisprudencial que ahora nos ocupa considera que la aplicación de las reglas contenidas en estos preceptos a los elementos que limitan el círculo de autores en los delitos especiales, pese a no resultar *formalmente* posible, sí es *materialmente* adecuada.

Según la segunda posición, en cambio, las reglas contenidas en el art. 65 CP y el § 28 StGB no son ni formal ni materialmente aplicables en materia de delitos especiales. Por lo que se refiere al CP español, el sector de la doctrina al que ahora me refiero pone de manifiesto que el art. 65 CP resulta inaplicable a los efectos de resolver aquellas cuestiones, porque no se refiere a los *elementos* que fundamentan, agravan o atenúan la pena en los delitos especiales, sino a las “*circunstancias*” genéricas que atenúan (art. 21 CP) o agravan (art. 22 CP) la responsabilidad criminal. En cuanto al StGB, una parte de los autores alemanes defienden la tesis de que el § 28 StGB tampoco resuelve las cuestiones relativas a los delitos especiales antes mencionadas, porque los elementos que limitan en la referida categoría delictiva la esfera de posibles autores no son, exclusivamente, “elementos personales especiales”. Según este sector doctrinal, la regla prevista en el § 28.1 StGB para el partícipe “*extraneus*” en los delitos especiales propios no se adecua, en segundo lugar, a la esencia de todos los delitos especiales propios. Por último, la regla del § 28.2 StGB no respetaría, según esta línea de razonamiento, ni el principio de la unidad del

título de imputación para el autor y el partícipe, ni el principio de accesoriidad de la participación.

En última instancia, según la posición no legalista mixta, defendida por un sector de la doctrina alemana, puesto que no todos los elementos que limitan el círculo de posibles autores en los delitos especiales pueden ser calificados como circunstancias o elementos personales especiales de los que el § 28 StGB toma como punto de referencia, carece de lógica la aplicación de las reglas contenidas en estos preceptos a *todos* los delitos especiales, ya que ello solo tendrá sentido cuando el elemento limitador de la autoría consista en un elemento *personal*. Así las cosas, según esta variante de la concepción no legalista, cuando el elemento en cuestión sea un elemento de naturaleza *no personal* u *objetiva*, entonces dicho elemento será comunicable al partícipe “*extraneus*”, por lo que éste deberá responder como partícipe en el delito especial.

II. OBJETO DE LA SEGUNDA PARTE DEL TRABAJO

La Segunda Parte del presente trabajo tiene por objeto el desarrollo de esta discusión sobre la naturaleza jurídica de los elementos que restringen el círculo de posibles autores en los delitos especiales y las consecuencias que se derivan de estas cuestiones mencionadas *supra*, así como la exposición de mi toma de posición personal sobre el particular. Para ello, a continuación serán expuestas y sometidas a valoración crítica, en primer lugar, las concepciones doctrinales y jurisprudenciales desarrolladas en España (Capítulo Segundo). Posteriormente, se hará lo propio con las concepciones desarrolladas por la doctrina alemana (Capítulo Tercero). Por último, se tomará posición sobre algunas de las

cuestiones más relevantes planteadas en los Capítulos anteriores (Capítulo Cuarto).

CAPÍTULO SEGUNDO

EL FUNDAMENTO DE LOS DELITOS ESPECIALES Y LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA PARTICIPACIÓN DE EXTRAÑOS EN DELITOS ESPECIALES EN ESPAÑA

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha adelantado en el Planteamiento de esta Segunda Parte, un primer sector de la doctrina y la jurisprudencia españolas considera que en los supuestos de participación de sujetos no cualificados en delitos especiales impropios, el sujeto cualificado y el no cualificado deben responder por sus respectivos títulos de imputación, rompiéndose, de este modo, la llamada unidad del título de imputación. Se trata de las “teorías individualizadoras”¹ sobre los delitos especiales.

Frente a este sector doctrinal, un segundo grupo de autores y resoluciones judiciales vienen entendiendo, en cambio, que también en los supuestos referidos, todos los intervinientes en el hecho, es decir, tanto los “*intraanei*” como los “*extranei*”, deben responder por el mismo título de imputación: el delito cometido por el autor cualificado. Estos autores defienden las llamadas “teorías unitarias”² sobre los delitos especiales.

¹ El adjetivo “individualizadoras” es empleado en relación a las concepciones que ahora nos ocupan, y en idéntico sentido, por BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid 1995, pp. 242 ss.

² Se refiere a las “teorías de la unidad” en idéntico sentido al expresado en el texto BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias ...*, cit., pp. 269 ss.

Entre las concepciones diferenciadoras y las unitarias, un tercer grupo de autores y resoluciones judiciales defienden la conveniencia de resolver el problema de la autoría y la participación en delitos especiales impropios mediante una solución mixta que convine los aspectos más satisfactorios de unas y otras soluciones.

En el presente Capítulo serán expuestas y valoradas críticamente las principales teorías individualizadoras (II), unitarias (III) y mixtas individualizadoras-unitarias (IV) sobre los delitos especiales defendidas por la doctrina y la jurisprudencia españolas.

II. LAS TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

1. Introducción

En España, la problemática que ahora nos ocupa ha sido abordada particularmente a partir de la discusión sobre los llamados “delitos especiales impropios”. En el actual CP existen pocos delitos especiales impropios, si es que existe alguno. Algunos de los más paradigmáticos delitos especiales impropios del CP de 1944, como el parricidio (art. 404 CP 1944), el infanticidio (art. 410 CP 1944) o el aborto “*honoris causa*” (art. 414 CP 1944), han sido derogados por el legislador penal de 1995. Por este motivo, no debe extrañar que la discusión que ahora nos ocupa alcanzara en nuestro país, bajo la vigencia del anterior Código, una intensidad en buena parte ahora desconocida. Por este motivo, creo que puede resultar ilustrativo exponer brevemente los principales argumentos aportados por el sector “legalista” tanto a la discusión española anterior a

1995 como a la que tiene lugar en la actualidad ya desde el prisma del nuevo Código penal.

Para los autores que defendieron las teorías individualizadoras con anterioridad a la entrada en vigor del actual CP, los elementos que limitaban la autoría de los delitos especiales impropios debían ser contemplados como circunstancias o elementos de naturaleza personal que sólo podían ser imputados a aquellos sujetos en quienes concurrían personalmente. Según esta línea de pensamiento, aunque en el delito especial impropio participase un sujeto no cualificado y dicho sujeto conociese la concurrencia del elemento personal en el autor del delito, aquel elemento personal no podía ser imputado al “*extraneus*”, sino sólo al “*intraneus*”.

Así, por ejemplo, si A intervenía en la muerte de C por B, hijo de C, A no debía ser castigado —según el razonamiento que ahora se expone— como partícipe en un parricidio, sino como partícipe en un homicidio, ya que la relación particular de parentesco de B con el “ofendido” C constituía una circunstancia o elemento agravante personal no comunicable al partícipe en quien no concurra. Es decir: el autor del delito especial, el “*intraneus*”, respondía como autor del delito especial, mientras que el partícipe “*extraneus*” debía ser castigado como partícipe del delito común paralelo.

En el caso inverso, es decir, aquél en el que B, el hijo de C, inducía a A, que no era familiar de C, a matar a este último, la solución legalista que ahora se expone conducía a castigar a B como inductor a un parricidio y a A, en cambio, como autor de un homicidio. Es decir: el inductor “*intraneus*” respondía como inductor al delito especial, mientras

que el autor “*extraneus*” lo hacía como autor de un homicidio. Según esta línea doctrinal y jurisprudencial, en suma, el “*intraneus*” y el “*extraneus*” deben responder cada uno por su “título de imputación”: el primero por el delito especial; el segundo, por el común.

Las soluciones diferenciadoras defendidas por la doctrina y la jurisprudencia españolas con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo CP han sido sostenidas desde dos distintas clases de planteamiento. Estas soluciones se han fundamentado, en primer lugar, en la aplicabilidad del art. 60 CP 1944, actual art. 65 CP, a los delitos especiales impropios. Y también lo ha sido, en segunda instancia, partiendo de la premisa contraria, esto es, de que el art. 60 CP 1944 no resultaba aplicable a los delitos especiales impropios, pero considerando preferible, igualmente, la referida solución diferenciadora sobre la base de otras razones.

2. Solución diferenciadora a partir de la aplicabilidad directa del art. 60 CP 1944 a los delitos especiales impropios. En especial, la concepción de PÉREZ ALONSO

Un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia dominantes en España hasta la entrada en vigor del nuevo CP entendió que los problemas que planteaban los delitos especiales propios como el parricidio, el infanticidio o algunos delitos cometidos por funcionarios debían ser resueltos aplicando el art. 60 CP de 1944.

Según este precepto, prácticamente equivalente al actual art. 65 CP, “1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la

responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.³

Con anterioridad a 1944, también era dominante en la doctrina y la jurisprudencia españolas la tesis de que el CP se refería expresamente a los delitos especiales impropios mediante el precepto que en los Códigos anteriores al de 1944 constituían los respectivos antecedentes legislativos del art. 60 CP 1944. Este precepto, que también se encontraba presente en los Códigos de 1850 (art. 69), 1870 (art. 80), 1928 (art. 150) y 1932 (art. 65), data del CP 1848 (art. 69).⁴

El principal motivo invocado por los representantes del sector doctrinal cuya concepción ahora se expone en favor de la solución diferenciadora consistió en que, desde esta línea de pensamiento, los elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales impropios no eran auténticos elementos modificativos de la pena, sino que constituían “circunstancias” modificativas de la misma. Según este planteamiento, los delitos especiales impropios no constituían, en realidad, delitos cualitativamente distintos de los delitos comunes paralelos, sino, únicamente,

³ Las dos únicas diferencias existentes entre el antiguo art. 60 CP 1944 y el actual art. 65 CP 1995 consisten en la ausencia en el apartado 1º del término “culpables”, y en la ubicación del adverbio “únicamente” en el apartado 2º de los preceptos de referencia. Por lo que respecta a esta segunda modificación, consistente en que mientras que en el CP 1944 el legislador decidió situar dicho precepto inmediatamente después del sustantivo “responsabilidad”, en el art. 65 CP 1995, el adverbio que nos ocupa es colocado inmediatamente antes del verbo, parece claro que resulta completamente irrelevante, ya que no afecta en nada al sentido y alcance del art. 65 CP. Más discutible resulta, sin embargo, la posible incidencia del término “culpables” operada por el legislador de 1995 en el precepto que ahora nos ocupa. Sobre este particular, *vid. infra*.

⁴ Sobre esta circunstancia, así como sobre la historia del art. 60 CP 1944 en general, *vid.*, entre otros autores, BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias...*, cit., pp. 219 ss.; PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes <<indeterminadas>> en los delitos contra el patrimonio*, Madrid 1995, p. 246, nota 539.

subtipos de éstos últimos. Así, por ejemplo, el parricidio no era contemplado como un delito distinto del homicidio, sino sólo como un homicidio agravado. Del mismo modo, el infanticidio no era considerado un delito cualitativamente diferente del homicidio, sino un simple homicidio atenuado. Así las cosas, puesto que los delitos especiales impropios eran materialmente análogos a los subtipos cualificados y privilegiados, o a los tipos en que concurría alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, el principio de justicia material imponía hacer responder a los “*extranei*” que participan en delitos especiales impropios o a los “*intranei*” que lo hacen en delitos comunes con delito especial paralelo atendiendo a la ausencia o concurrencia en su persona, respectivamente, de los elementos personales del tipo correspondiente, sin que ello representara ruptura alguna de la unidad del título de imputación.⁵

De entre todos los autores que defendieron la solución diferenciadora bajo la vigencia del CP 1944, creo que merece la pena detenerse en la exposición de la posición defendida por PÉREZ ALONSO. A juicio de este autor, el art. 60 CP 1944 podía ser interpretado en dos distintos sentidos: en un sentido estricto y en un sentido amplio. En el primer sentido, el art. 60 CP 1944 sólo podía ser aplicado a las circunstancias *genéricas* previstas en los arts. 9, 10 y 11 CP 1944. La razón principal de ello era, en opinión de PÉREZ ALONSO, la ubicación sistemática del antiguo art. 60 CP 1944 entre las “reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes” (Sección 2ª, Capítulo VI, Título III, Libro Primero CP 1944). No obstante, una interpretación extensiva del art. 60 CP permitía, según PÉREZ

⁵ En la actualidad, defiende la aplicabilidad del art. 65 CP 1995 a los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales impropios BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., 1998, p. 384.

ALONSO, aplicar el art. 60 CP 1944 no sólo a las circunstancias *genéricas*, sino también a las circunstancias *específicas* o elementos accidentales del delito de la Parte Especial. Esto es —concluye PÉREZ ALONSO—, tanto a los elementos accidentales de los tipos agravados y cualificados como a los elementos accidentales de los delitos especiales impropios.⁶ Puesto que el art. 60 CP 1944 sólo aludía a las “circunstancias”, sin especificar si refería su ámbito de aplicación a las *genéricas*, las *específicas* de los delitos de la Parte Especial, o ambas, PÉREZ ALONSO afirmaba que no había nada que impidiese interpretar extensivamente el mencionado art. 60 CP 1944 sin distinguir entre una y otra clase de circunstancias.⁷

Según PÉREZ ALONSO, la lógica de la interpretación extensiva del art. 60 CP por él propuesta era la siguiente: no existía razón alguna para someter a las circunstancias genéricas, a los elementos accidentales de subtipos y a los elementos accidentales de delitos especiales impropios a un tratamiento diferenciado en relación con el problema que planteaba la participación de sujetos no cualificados. Para PÉREZ ALONSO, aunque era cierto que la ley distinguía entre unas y otros por razón de especiales motivos de prevención general y Política criminal, no lo era menos que, materialmente, tanto las circunstancias como los elementos accidentales tienen la misma naturaleza accidental y cumplen la misma función: graduar el injusto y la culpabilidad.⁸ Por ello, PÉREZ ALONSO propuso someter a las circunstancias genéricas y a los elementos accidentales, tanto de subtipos como de delitos especiales, a un tratamiento unitario mediante la

⁶ Vid. PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias...*, cit., pp. 246 ss.

⁷ Vid. PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias...*, cit., pp. 252 ss.

⁸ Vid. PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias...*, cit., pp. 250 s.

aplicación directa —gracias a su interpretación extensiva— del art. 60 CP 1944.⁹

En la jurisprudencia, apostaron por este planteamiento, entre otras, las SSTS 11 marzo 1887, 7 febrero 1888, 26 febrero 1888, 27 enero 1902, 5 octubre 1912, 3 julio 1947, 7 octubre 1953 (Ar. 2375), 15 diciembre 1953 (Ar. 3011), 21 enero 1954, 5 febrero 1955 (Ar. 402), 30 abril 1990 (Ar. 3384), 12 febrero 1992 (Ar. 1157) y 26 junio 1992 (Ar. 5894).

3. Solución diferenciadora en contra de la aplicabilidad directa del art. 60 CP 1944 a los delitos especiales impropios

3.1. Introducción

En opinión de un segundo grupo de autores pertenecientes al sector doctrinal que defiende la solución diferenciadora, la corrección de esta solución no traía causa de lo dispuesto en el art. 60 CP 1944 a los delitos especiales impropios, ya que, en opinión de estos autores, el referido precepto sólo resultaba aplicable en relación con las circunstancias modificativas genéricas, y no con respecto a los elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales impropios.¹⁰

¿Cómo fundamentó esta segunda sección del sector doctrinal “diferenciador” el rechazo de la solución unitaria para los supuestos de

⁹ Vid. PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias...*, cit., p. 252.

¹⁰ En la actualidad, defienden la solución diferenciadora sin acudir al art. 65 CP, por considerarlo inaplicable a los delitos especiales impropios, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 4ª ed. (adaptada al Código penal de 1995 por M^a Isabel Valdecabres Ortiz), Valencia, pp. 685 s.

participación de “*extranei*” en los delitos especiales impropios? Dos fueron los modos en que esto ocurrió: mediante la aplicación *analógica* del art. 60 CP a los delitos especiales impropios, y a través de otras fundamentaciones.

3.2. *Solución diferenciadora mediante la aplicación analógica del art. 60 CP 1944 a los delitos especiales impropios*

A juicio de algunos autores, era obligado reconocer que el art. 60 CP 1944 no resultaba *directamente* aplicable a los delitos especiales impropios, porque los elementos que restringen el círculo de autores en los delitos especiales impropios no *son* “circunstancias agravantes o atenuantes”. No obstante, puesto que aquellos elementos presentaban — según la opinión doctrinal que ahora se expone— una evidente similitud con las circunstancias genéricas modificativas de la pena, el grupo de autores al que ahora me refiero no veía inconveniente alguno en aplicar *analógicamente* el art. 60 CP 1944 también en los supuestos de delitos especiales impropios, siempre que ello sirviera para beneficiar al reo (analogía “*in bonam partem*”).

Defendieron este punto de vista en la doctrina española RODRÍGUEZ DEVESA,¹¹ RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ,¹² RODRÍGUEZ MUÑOZ / RODRÍGUEZ RAMOS,¹³ ANTÓN ONECA,¹⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO,¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ,¹⁶

¹¹ *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, PE*, 10^a ed. (revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez), 1987, pp. 56 s. y 61 s.

¹² *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, PE*, 14^a ed., Madrid 1995, pp. 56 s. y 61 s.

¹³ *Vid.* RODRÍGUEZ MUÑOZ / RODRÍGUEZ RAMOS, *Derecho penal II*, p. 238.

¹⁴ *Vid.* ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, 2^a ed., p. 466.

ESCRIVÁ GREGORI,¹⁷ PEÑARANDA RAMOS¹⁸ y CHOCLÁN MONTALVO.¹⁹

3.3. *Solución diferenciadora a través de otras fundamentaciones*

3.3.1. *La solución diferenciadora de COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN*

Según COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, cabe distinguir entre dos clases de delitos especiales: los delitos especiales en sentido estricto y los delitos especiales en sentido amplio o impropio.

Los delitos especiales en sentido estricto son, para COBO / VIVES, aquellos delitos que requieren para la realización de su injusto la concurrencia en el autor de una determinada cualidad personal. En los delitos especiales en sentido amplio o impropios, en cambio, la condición especial del sujeto no fundamenta un tipo de injusto distinto, sino una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto, sin modificar, por tanto, la esencia del mismo. Por ello, COBO / VIVES son de la opinión de que en los delitos especiales propios, el elemento cualificante del autor expresa un mayor contenido de injusto de su conducta, mientras que en los delitos

¹⁵ *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, *Dogmática de los delitos contra la vida*, p. 160.

¹⁶ *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, PE*, cit., pp. 38 y 43.

¹⁷ *Vid.* ESCRIVÁ GREGORI, “La participación del “extraneus” en el parricidio y del “intraneus” en el homicidio”, en *LH-Pérez de Vitoria*, I, Barcelona 1983, pp. 226 ss.

¹⁸ *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid 1990, p. 354.

¹⁹ *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, “La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio”, *AP* 1995, pp. 95 ss.

especiales en sentido amplio, en cambio, el referido elemento limitador de la autoría expresa una especial reprochabilidad, *culpabilidad* del autor, siendo el contenido de injusto el mismo que el del delito común paralelo. De este modo, puesto que, de acuerdo con la versión limitada del principio de accesoriidad, dominante en la doctrina y la jurisprudencia españolas, cada interviniente en el hecho debe responder por su propia *culpabilidad*, al “*extraneus*” que participa en un delito especial impropio no se le podrá hacer responder por el delito especial, esto es, por el elemento de la culpabilidad del autor del hecho principal.²⁰

3.3.2. *La solución diferenciadora de DEL ROSAL / COBO DEL ROSAL / RODRÍGUEZ MOURULLO*

En opinión de estos autores, en el delito de parricidio, a pesar de que el art. 60 CP 1944 no podía ser aplicado ni directa ni analógicamente, porque la relación de parentesco no era ni una “circunstancia” modificativa de la pena, ni un elemento “accidental” del tipo, análogo, por tanto, a una “circunstancia” modificativa de la pena. Según DEL ROSAL / COBO / RODRÍGUEZ MOURULLO, el elemento “parentesco” constituía en el delito de parentesco un elemento esencial del delito. No obstante, estos tres autores entendieron que en los casos de participación de “*extranei*” en un parricidio, las insatisfactorias consecuencias prácticas a que conducía la solución unitaria imponían, de hecho, la resolución del problema mediante la aplicación de la tesis diferenciadora. En efecto, puesto que —siempre para DEL ROSAL / COBO / RODRÍGUEZ MOURULLO— la relación de parentesco no concurría en el “*extraneus*”, y, debido a ello, éste no podía

²⁰ *Vid.* COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 1987, pp. 244 s. Esta solución es defendida también por COBO DEL ROSAL / CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, PE, 2ª ed., Valencia 1988, pp. 503 ss. (parricidio) y 511 (infanticidio); 3ª ed., Valencia 1990, pp. 526 s. (parricidio) y 534 (infanticidio).

infringir la prohibición de “matar a un pariente” que servía de base al parricidio, lo más justo desde un punto de vista material resultaba — concluían estos autores— romper el título de imputación y hacer responder al sujeto no cualificado por la relación de parentesco como partícipe en un homicidio. Desde esta perspectiva, la solución contraria, esto es, castigarle como partícipe en un parricidio, representaba, por el contrario, la aplicación analógica “*in malam partem*” del tipo del parricidio al “*extraneus*”.

3.3.3. *La solución diferenciadora de RODRÍGUEZ MOURULLO*

Según RODRÍGUEZ MOURULLO, cuando se plantea en los casos de participación en los delitos especiales impropios la posibilidad de romper la unidad del título de imputación, es necesario distinguir entre dos conceptos: “unidad del *título de imputación*” y “unidad del *hecho*”. En los supuestos de participación de un “*extraneus*” en un delito de parricidio, si se hace responder al sujeto no cualificado como partícipe en un delito de homicidio, con ello se está rompiendo, ciertamente, la unidad del título de imputación. Sin embargo, ello no significa que se rompa también la unidad del *hecho* consistente en un hombre mata a otro, esto es, del homicidio como hecho, que es, en realidad, en lo que participa el “*extraneus*”.²¹

3.3.4. *La solución diferenciadora de PENARANDA RAMOS*

Según PEÑARANDA, no es correcto afirmar que en los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales impropios no cabe castigar a cada interviniente por un título de imputación distinto porque ello se opone al principio de la accesoriedad de la participación. Según

²¹ Comparte esta opinión BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, PE*, cit., pp. 38 y 43.

PEÑARANDA, el principio de accesoriedad no constituye un dogma incuestionable, sino que consiste —en opinión de PEÑARANDA, que sigue en este extremo a HERZBERG— en un recurso técnico dirigido a garantizar una aplicación recta y calculable del derecho. Este recurso se encuentra a disposición del legislador, que puede usarlo o no. En este último caso, PEÑARANDA recuerda que el legislador está, entonces, obligado a procurar obtener por otras vías un grado similar de seguridad jurídica. En cualquier caso, cuando el legislador renuncie al principio de accesoriedad, debe hacerlo de forma clara y expresa. En suma: el principio de accesoriedad de la participación no es, para PEÑARANDA, un principio al cual no pueda renunciar el legislador, pero cuando lo haga, debe hacerlo de forma clara y expresa.²²

En segundo lugar, PEÑARANDA recuerda que cuando se alude al principio de accesoriedad de la participación pretende hacerse referencia a dos aspectos diferentes, uno positivo y otro negativo. El aspecto positivo consiste, según PEÑARANDA, en el fundamento de la participación como favorecimiento del injusto principal del autor. El aspecto negativo de la accesoriedad del partícipe se refiere, a juicio de PEÑARANDA, a los elementos o circunstancias del hecho principal que no deben ser comunicados al partícipe “*extraneus*”.²³

A partir de esta doble premisa, PEÑARANDA propone solucionar los supuestos de participación de “*extranei*” en los antiguos delitos de parricidio e infanticidio de un modo “diferenciador”, esto es, haciendo

²² *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito ...*, cit., p. 355.

²³ *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito ...*, cit., p. 355.

responder al “*extraneus*” por el delito común y al “*intraneus*” por el delito común.

Si se entendía, como lo hacía PEÑARANDA, que las razones que fundamentan la limitación de la autoría en los delitos de parricidio e infanticidio constituyen razones de naturaleza altamente personal, no existía inconveniente alguno para castigar al partícipe extraño en un parricidio o en un infanticidio como partícipe en un homicidio. En ambos casos, el partícipe responde, según PEÑARANDA, por un hecho típico que ha sido completamente realizado por el autor: el homicidio.²⁴

Sin embargo, el aspecto negativo del principio de accesoriedad, esto es, aquél que impide una extensión incontrolada de la punibilidad de los partícipes, no permitía castigar, en opinión de PEÑARANDA, por ejemplo, al “*intraneus*” de parricidio que inducía a un “*extraneus*” a cometer un homicidio como inductor a un parricidio, sino que debía responder como inductor a un delito común.²⁵ En cambio, si esto último ocurría en relación con el infanticidio, PEÑARANDA no se oponía a hacer responder al partícipe “*extraneus*” por el delito especial de infanticidio mediante la aplicación analógica (“*in bonam partem*”) del art. 60 CP 1944.²⁶

²⁴ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito ...*, cit., p. 355.

²⁵ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito ...*, cit., pp. 355 ss.

²⁶ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito ...*, cit., pp. 355 ss.

III. LAS TEORÍAS UNITARIAS EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

1. Introducción

Según un segundo sector doctrinal, en los supuestos de participación de un “*extraneus*” en un delito especial impropio, el sujeto no cualificado debía responder, en virtud del principio de unidad del título de imputación o calificación jurídica, como partícipe en el delito especial, y no en el delito común paralelo. Han defendido esta solución unitaria bajo la vigencia del CP de 1944, en relación, por tanto, con los antiguos delitos especiales de parricidio e infanticidio, y, en algunos casos, también en relación con otros delitos especiales impropios, como, por ejemplo, los delitos de falsificación de documento público cometido por funcionario público y malversación de caudales públicos, RODRÍGUEZ DEVESA,²⁷ RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ,²⁸ QUINTANO RIPOLLÉS,²⁹ QUINTERO OLIVARES,³⁰ BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALAREE,³¹ CÓRDOBA RODA,³² MIR PUIG,³³

²⁷ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, PE*, 10^a ed., cit., pp. 56 s. y 61 s.

²⁸ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, PE*, 14^a ed., cit., pp. 56 s. y 61 s.

²⁹ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I, 2^a ed., cit., pp. 174 s.

³⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales ...*, cit., *passim*.

³¹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALAREE, *Lecciones de Derecho penal*, II, cit., p. 300.

³² Vid. CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ, *Comentarios al Código penal*, II, Barcelona 1972, pp. 251 s.; el mismo, *Comentarios ...*, III, cit., pp. 900 ss.

MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN³⁴ y CONDE-PUMPIDO FERREIRO,³⁵ entre otros.

En la jurisprudencia penal española se pronunciaron a favor de la solución unitaria que acaba de ser expuesta, entre otras sentencias, las SSTS 15 octubre 1969 (Ar. 5069), 12 diciembre 1975 (Ar. 5046), 22 junio 1982 (Ar. 3573), 4 julio 1986 (Ar. 3885), 10 febrero 1992, 18 enero 1994 (Ar. 6482), 24 junio 1994 (Ar. 5031), 10 enero 1997 (Ar. 819) y 30 octubre 1998 (Ar. 8566).³⁶

Según esta última sentencia, «en cuanto a los otros encausados no cabe duda de que, excepción hecha de uno de ellos, no concurre el carácter de funcionario, con lo que parecería a simple vista que falta uno de los requisitos del delito, según hemos visto. Sin embargo, entendemos que esa falta no impide de modo alguno que puedan ser considerados como autores del mismo delito de malversación, pues desde antiguo (...) ha entendido la jurisprudencia que ello es así porque «la condición de funcionario opera en estos casos como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa, lo que hace que el delito sea malversador y no puramente apropiatorio»; en segundo lugar porque la solución contraria infringe la "teoría de la unicidad" según la cual "todos los partícipes intervienen en un solo y único delito, sin que sea lícito punir a unos subsumiendo su conducta en una figura delictiva y a otros encausados su comportamiento en descripción ilegal distinta"; en tercer término, "porque con otra solución se rompería la unidad indestructible del tipo al tratarse del mismo hecho».

³³ Vid. MIR PUIG, *Adiciones de Derecho español al § 61 del Tratado de Derecho penal, PG*, de JESCHECK, II, cit., p. 917; *Derecho penal, PG*, 3ª ed., 1990, pp. 427 ss.

³⁴ Vid. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, PG*, Valencia 1993, p. 397; 5ª ed., Valencia 2002, p. 466.

³⁵ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en el mismo (dtor.), *Código penal, Doctrina y jurisprudencia*, 1997, p. 924.

³⁶ También algunas sentencias de la Sala 5ª (Sala de lo militar) del TS se han mostrado partidarias de la solución unitaria en relación con los delitos militares especiales impropios. Un ejemplo de ello lo constituyen las SSTS 23 de marzo 1993 (Ar. 2414) y 29 diciembre 1999 (Ar. 5377), pronunciadas en relación con el delito de malos tratos a inferior jerárquico.

2. Principales argumentos utilizados por los partidarios de la solución unitaria en España

2.1. Introducción

Tres fueron los principales reproches que los representantes de la solución unitaria formularon contra las soluciones diferenciadoras —y, al mismo tiempo, los fundamentos sobre los que se apoyaron la mayor parte de las argumentaciones articuladas por éstos—: 1) inaplicabilidad del art. 60 CP 1944 en los casos de delitos especiales impropios; 2) la solución diferenciadora vulneraba los principios de unidad del título de imputación y accesoriadad de la participación; y 3) los delitos especiales impropios no son meros subtipos de los delitos comunes paralelos, sino delitos “distintos”, “*sui generis*” respecto de éstos

2.2. Inaplicabilidad del art. 60 CP 1944 en los casos de delitos especiales impropios

En primer lugar, los defensores de la solución unitaria bajo la vigencia del CP de 1944 sostuvieron la tesis de que el art. 60 CP 1944 no resultaba aplicable a los delitos especiales impropios. La razón de esta negativa debía verse, a criterio de este sector doctrinal, en que dicho precepto se refería a “circunstancias agravantes o atenuantes”, esto es, a las *circunstancias* genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, mientras que en los delitos especiales, la limitación del círculo de posibles autores tiene lugar mediante *elementos* típicos del delito. Esto era así, a juicio de este sector doctrinal, tanto desde un punto de vista formal, como desde un punto de vista material. Desde el primer punto de vista, el grupo de autores cuya concepción ahora se expone advierte que los elementos

cualificantes de los delitos especiales impropios no se encontraban entre las circunstancias previstas en los arts. 9 (circunstancias atenuantes), 10 (circunstancias agravantes) y 11 (circunstancias atenuantes o agravantes, según los casos) CP 1944. Por lo que respecta al punto de vista material, los representantes de la solución unitaria contemplan los elementos cualificantes de los delitos especiales impropios como elementos típicos, esenciales, constitutivos o fundamentadores del delito especial.³⁷

Especialmente crítica con la aplicación del art. 60 CP 1944 en los casos de delitos especiales se mostraron algunas de las primeras resoluciones judiciales del TS en poner en tela de juicio el criterio diferenciador hasta entonces ampliamente dominante en la jurisprudencia del Alto Tribunal español. Particularmente destacadas son, en mi opinión, las SSTS 15 octubre 1969, 12 diciembre 1975, 22 junio 1982 y 10 enero 1997.

Según la STS 22 junio 1982, que se pronunció sobre el problema que nos ocupa en relación con un supuesto en el que el delito cuestionado era el delito especial propio de quiebra fraudulenta, «(...) estamos ya en condiciones de revisar la doctrina tradicional en materia de participación que aplicando el art. 60 del C. P. a los delitos especiales, como a los de propia mano, entendía que las circunstancias agravantes o atenuantes fundadas en una «causa personal» sólo sirve para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos partícipes en quienes concurran, lo que traía como consecuencia ineluctable que el extraño (“*extraneus*”) sólo podía ser castigado en los delitos especiales impropios, en los que subyace un delito común, como coautor de este delito, rompiendo así el título de imputación (malversación para el (“*intraneus*”), apropiación indebida para el coautor extraño a la función pública), lo que, conllevaba la impunidad para los partícipes en los propios delitos especiales, como en los de propia mano (...). Referida interpretación no paró mientes en que el art. 60, tan loable por otro lado en el aspecto de la culpabilidad, habla de «circunstancias» (agravantes o atenuantes) las que por definición (de *circum stare*) están fuera y alrededor del tipo, de manera que si la cualidad personal es incluida en el mismo (funcionario, comerciante, pariente, etc.) ésta pasa a

³⁷ Vid. CÓRDOBA RODA, *Comentarios ...*, II, cit., p. 252; el mismo, *Comentarios ...*, III, cit., pp. 900 ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 15/45; el mismo, *Adiciones de Derecho español al § 61 del Tratado de Derecho penal*, PG, de JESCHECK, II, cit., p. 917; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1986*, p. 523.

constituir un elemento de la figura delictiva, por lo que, de acuerdo, con lo dicho, sólo podrá ser autor principal aquél en quien concurra tal cualidad o «causa personal», pero sin que el art. 60, pensado para las circunstancias modificativas de la responsabilidad impida la aplicación del precepto legal propio y específico (lex specialis) previsto para la participación, (el art. 14 y, en su caso, el 16)».

La STS 10 de enero de 1997 (Ar. 819) establece: «El problema que se plantea es el tema de la participación en los delitos especiales, o sea aquellos en los que no toda persona puede ser autor, sino que los autores están limitados a determinados sujetos; categoría, pues, contrapuesta a la de los delitos comunes. A su vez, dentro de los primeros, hay que distinguir entre delitos especiales propios e impropios, según que tengan correspondencia con un delito común, ya que la calidad del sujeto es determinante para la existencia del delito, por lo que al no concurrir, el hecho sería atípico. En los especiales impropios, que tienen correspondencia con un delito común, existe un delito común subyacente que puede ser cometido por cualquier persona. El funcionario *"intraneus"* realiza la acción típica, su autoría no plantea problemas específicos, pero si en la persona que participa en el delito cometido por aquél, no concurre la cualificación exigida por el tipo, al tratarse de un particular *"extraneus"* la solución no es totalmente pacífica. La doctrina mayoritaria entiende que el artículo 60 del Código Penal, no es de aplicación, dado que dicho artículo se refiere a circunstancias agravantes y atenuantes, y en los delitos de los funcionarios públicos, la cualificación del sujeto, no menciona como una circunstancia agravante, y por tanto, no existe razón alguna para excluir la participación y romper el título de imputación. En consecuencia, el *"extraneus"* debe responder como partícipe del delito cometido por el funcionario».

2.3. La solución diferenciadora vulnera los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación

En segundo lugar, el sector representante de la solución unitaria defendió esta solución a partir de la idea de que castigar al sujeto cualificado y al sujeto no cualificado por delitos diferentes supondría romper dos de los principios fundamentales de la participación en nuestro derecho: el principio de unidad del título de imputación y el principio de accesoriedad de la participación. Según el primero, no sería correcto castigar al *"extraneus"* que participa en un delito especial impropio por el delito común paralelo, porque el único delito cometido a título de autor,

esto es, el único delito entendido como hecho principal de autor, es el delito especial.³⁸

En cuanto al segundo principio, el principio de la accesoriedad de la participación en el hecho principal del autor, suele ser concebido como el principio del que procede el primer principio, el de la unidad del título de imputación. Ello se debe a que, de acuerdo con el entender de este sector doctrinal, el principio de la accesoriedad de la participación presenta a la conducta del partícipe como un comportamiento que, en sí mismo considerado, carecería de todo significado si no fuera por el hecho principal del autor al que “accede”. Por ello, la relevancia jurídica de la acción del partícipe debe ajustarse completamente —según los autores cuya concepción ahora se expone— al hecho principal del partícipe, ya que todo el sentido de la participación procede, precisamente, del sentido del hecho del autor en el que participa.³⁹

La idea de que la solución unitaria es la única que se muestra plenamente respetuosa con los principios de unidad del título de la imputación y accesoriedad de la participación se encontraba en la base de algunas importantes resoluciones judiciales previas a la aprobación del CP 1995, como, por ejemplo, la STS 18 octubre 1994 (Ar. 8026).

Según la STS 18 octubre 1994, « (...) si, como aquí ocurrió, algún particular (“*extraneus*”) participa en el delito cometido por el funcionario (“*intraneus*”) de alguna de las formas recogidas en los artículos 14 ó 16 CP, entendemos que, como sucede con la malversación de caudales públicos o con el

³⁸ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 15/45; el mismo, *Adiciones ...*, cit., p. 917; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, cit., p. 397; 5ª ed., p. 466.

³⁹ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 15/45; el mismo, *Adiciones ...*, cit., p. 917; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Ley 1986*, pp. 523 s.; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, cit., p. 397; 5ª ed., p. 466.

alzamiento de bienes de comerciante, asimismo delitos especiales por la exigencia de determinada condición en el sujeto activo, tal particular habrá de responder por su actuación en el hecho conforme el principio de accesoriedad en relación con el delito realmente cometido y no con referencia a otro delito distinto».

2.4. *Los delitos especiales impropios no son meros subtipos de los delitos comunes paralelos, sino delitos “distintos” respecto de éstos*

En tercer lugar, los partidarios de la teoría de la unidad recriminaron a los defensores de la solución diferenciadora que en los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales impropios la solución diferenciadora conduce a castigar a los “*extranei*” por un delito (el común paralelo) que nadie ha cometido como autor, puesto que el autor principal, esto es, el “*intraneus*”, sólo ha cometido un delito especial. En la base de esta idea está presente la tesis de que los delitos especiales impropios no constituyen meras variaciones o modificaciones típicas de los delitos comunes paralelos, sino que gozan, frente a éstos, de autonomía, o, mejor, de entidad o sustantividad propia. En definitiva: que no se trata del mismo delito común agravado o atenuado, sino de un delito “distinto” o “*sui generis*”.⁴⁰

3. Teorías unitarias sobre los delitos especiales bajo la vigencia del CP de 1995. En especial, la concepción de RUEDA MARTÍN

Frente al estado de la cuestión reinante en la doctrina y la jurisprudencia clásicas, en la actualidad, la solución diferenciadora ha dejado de ser defendida de forma dominante tanto por los autores como por las resoluciones judiciales, siendo mayoritaria en la actualidad la solución

⁴⁰ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 15/45; el mismo, Adiciones de Derecho español al § 61 del *Tratado de Derecho penal*, PG, de JESCHECK, II, cit., p. 917.

opuesta, esto es, la solución unitaria. Los actuales representantes de esta doctrina, entre los que se cuentan, entre otros, MIR PUIG,⁴¹ MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN,⁴² QUINTERO OLIVARES⁴³ y RUEDA MARTÍN,⁴⁴ defienden la validez de la solución unitaria con idénticos argumentos que empleaban sus partidarios cuando, bajo la vigencia del CP 1944, se trataba de un punto de vista minoritario. Tres siguen siendo para la doctrina y la jurisprudencia los principales fundamentos del rechazo de la solución diferenciadora: 1) inaplicabilidad del art. 65 CP 1995, sustancialmente parecido al art. 60 CP 1944, en los casos de delitos especiales impropios; 2) la solución diferenciadora vulnera los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación; y 3) los delitos especiales impropios no son meros subtipos de los delitos comunes paralelos, sino delitos “distintos”, “*sui generis*” respecto de éstos.

En mi opinión, una de las aportaciones más sugerentes de la doctrina española a la teoría unitaria sobre los delitos especiales viene representada por un reciente trabajo de RUEDA MARTÍN sobre la participación de “*extranei*” en delitos contra la Administración pública.⁴⁵ Desde mi punto de vista, la contribución de RUEDA al debate de la cuestión planteada es especialmente significativa porque constituye una de los escasos trabajos publicados en nuestro país —a diferencia de lo ocurre

⁴¹ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 15/45.

⁴² Vid. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., Valencia 2002, pp. 466 s.

⁴³ Vid. QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal*, PG, 3ª ed., 2002, p. 642.

⁴⁴ Vid. RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, RDPC 2001 (8), pp. 159 ss.

⁴⁵ Vid. RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), pp. 129-165.

en Alemania— que afronta la problemática de la participación de “*extranei*” en delitos especiales a partir del análisis de la naturaleza jurídica de los elementos que limitan la autoría en esta clase de delitos.

Siguiendo a su maestro GRACIA MARTÍN, RUEDA afirma que cabe distinguir entre dos clases de delitos especiales: delitos con especiales elementos de autoría basados en cualidades personales inseparables de un sujeto determinado que, debido a su carácter altamente personal, son irremplazables; y delitos especiales en los que el elemento de autoría introducido en el tipo describe una función social o institucional del sujeto cualificado.⁴⁶

En estos segundos delitos, el elemento limitador de la autoría pone de manifiesto que ciertas clases de sujeto ostentan, frente al resto, una especial posición de dominio del ámbito de protección de la norma. GRACIA MARTÍN denomina a esta posición “dominio social”. En su opinión, esta relación de dominio social existente entre los sujetos que desarrollan determinadas funciones sociales y los bienes jurídicos implicados en el ejercicio de dichas funciones se concreta mediante una serie de criterios normativos. Los principales son, en su opinión, dos: el dominio social como accesibilidad al bien jurídico; y la implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un *status* personal.⁴⁷

⁴⁶ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro en Derecho penal. I. Teoría General*, Zaragoza 1985, pp. 403 ss.; RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), pp. 139 s.

⁴⁷ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., pp. 361 ss.; RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), pp. 140 ss.

Según el primer criterio, el dominio social como accesibilidad al bien jurídico, los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la Administración pública no se encuentran en un espacio social accesible a todos, sino que desempeñan una concreta y específica función social dentro de unas estructuras sociales o institucionales *cerradas*. A estas estructuras no tienen acceso legítimo todos los individuos.⁴⁸ Según el segundo, la implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un status personal, el ejercicio de la función pública desde las estructuras sociales o institucionales antes referidas implica siempre la afectación de bienes jurídicos. Si el ejercicio de la función pública se realiza correctamente, entonces el bien jurídico cumplirá la función social que tiene encomendada. Si, en cambio, el ejercicio de la función social se realiza de forma desviada, entonces resultarán frustradas las expectativas que la sociedad tiene depositadas en la función del bien jurídico. Se producirá, en suma, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.⁴⁹

El bien jurídico protegido puede encontrarse implicado en la función social desempeñada por el sujeto de dos formas diferentes: de forma *esencial* o de forma *ocasional*.

Se produce una implicación esencial cuando el bien jurídico forma parte de la esencia misma de la función pública desempeñada por el sujeto. En estos casos, la cualidad específica de la acción típica es esencial al ejercicio de la función.

⁴⁸ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., pp. 363 s.; RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), p. 140.

⁴⁹ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., pp. 364 ss.; RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), pp. 141 s.

Ello sucede, por ejemplo, en los delitos de prevaricación administrativa (art. 404 CP), nombramientos ilegales (art. 405 CP) y malversación de caudales públicos (art. 432 CP). En todos estos delitos, sólo los sujetos con competencias específicas para “dictar resoluciones en expedientes administrativos”, “tener a su cargo caudales públicos” o “realizar nombramientos”, respectivamente, pueden lesionar el bien jurídico. Esto es: el acceso al bien jurídico protegido, o, dicho de otro modo, la disponibilidad de su lesión o puesta en peligro, sólo está al alcance de determinados sujetos con competencias específicas. Se trata de sujetos que *dominan socialmente* el bien jurídico.⁵⁰

La implicación del bien jurídico será, en cambio, meramente ocasional cuando el bien jurídico quede implicado por el conjunto de *posibilidades de acción* que la competencia para el ejercicio de esa función otorga al sujeto, pero no forma parte del contenido *específico* del ejercicio de una función social o institucional. El ingreso del bien jurídico en el ámbito del dominio social que el funcionario público ejerce sobre sus competencias dentro de la actividad que le es inherente se produce, por tanto, de modo meramente ocasional.⁵¹

RUEDA MARTÍN se refiere a la implicación ocasional del bien jurídico en el ejercicio de la función pública mediante el ejemplo del delito de los arts. 443 y 444 CP. Estos preceptos tipifican como delito ciertos abusos de la función pública en que pueden incurrir algunos funcionarios públicos. Los preceptos en cuestión presuponen que el correspondiente funcionario público ejerce un dominio social en un determinado ámbito en el que ejerce las competencias que le han sido encomendadas. Así, el art. 443 CP presupone que el funcionario público tiene competencias específicas para “resolver pretensiones”, “evacuar informes acerca de pretensiones”, o “elevar consulta a su superior” al respecto de aquéllas. El art. 444 CP, por su parte, se refiere a los funcionarios de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores. Pues bien: en ocasiones, el funcionario en cuestión puede aprovechar las posibilidades de acción que el ejercicio de la función pública dentro de sus competencias específicas le brinda para acceder con mayor facilidad a bienes jurídicos que no forman parte de la esencia de la función pública específica que desempeñan. Esto es, precisamente, lo que sucede en los delitos de los arts. 443 y 444 CP. En efecto, el funcionario público que tiene pendiente de resolución una pretensión, o el que tiene sujeta a su guarda a una persona en un centro penitenciario o de protección o

⁵⁰ Vid. RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), pp. 143 s.

⁵¹ Vid. RUEDA MARTÍN, RDPC, 2001 (8), pp. 144 s.

corrección de menores puede acceder más fácilmente al bien jurídico libertad sexual, colocándolo, así, en una situación de especial vulnerabilidad.⁵²

En suma: según RUEDA, el criterio del dominio social sirve para averiguar las posibilidades que tiene un sujeto de realizar la acción típica. Quien ostenta el dominio social tiene un mayor acceso al bien jurídico, porque para él resulta más fácil lesionarlo o ponerlo en peligro. Los sujetos que ejercen el dominio social asumen una posición de garante del bien jurídico protegido, porque tienen el deber de garantizar su protección, un deber de acción consistente en asegurar la consecución de una situación ideal en que debe encontrarse el bien jurídico. De todo ello se deduce la estrecha relación existente entre el funcionario público o autoridad que ostenta el dominio social en el que se desarrolla la función pública, el bien jurídico y la acción típica en estos delitos.⁵³ Por todo ello, RUEDA MARTÍN está de acuerdo con su maestro GRACIA MARTÍN en que a través del criterio del «dominio social» se determina el ámbito de protección de la norma de los delitos especiales.⁵⁴

A partir de estas premisas, RUEDA MARTÍN acaba llegando a la conclusión de que, tanto en los delitos contra la Administración pública propios como en los impropios, el “*extraneus*” partícipe debe responder por el delito especial cometido por el “*intraneus*”. Varios son los argumentos, según RUEDA MARTÍN, que abonan esta solución.

⁵² Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., p. 370; RUEDA MARTÍN, RDPC, 2001 (8), p. 145.

⁵³ Vid. RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), pp. 146 s.

⁵⁴ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., p. 428; RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), p. 147.

En primer lugar, RUEDA MARTÍN señala que, en su opinión, el tipo de injusto de los delitos contra la Administración pública no puede fundamentarse en la infracción de un deber, sino en el dominio social típico que ostenta el funcionario público, en el que se encuentran implicados, esencial u ocasionalmente, determinados bienes jurídicos para el cumplimiento de unas funciones sociales. Si el “dominio social típico” es el fundamento del injusto de los delitos impropios de funcionario, entonces el actual art. 65 CP no resulta ni directa ni analógicamente aplicable a estos delitos. No resulta directamente aplicable porque el elemento “funcionario público” no constituye en estos delitos una mera circunstancia agravante o atenuante, sino un elemento esencial del tipo.⁵⁵ Tampoco analógicamente resulta aplicable el art. 65 CP, según el parecer de RUEDA, a los casos que nos ocupan. Pese a que *prima facie* podría parecer que entre el elemento “funcionario público” de los delitos impropios de funcionario y la circunstancia agravante “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” (art. 22.7ª CP) existe una analogía razonable, lo cierto es, sin embargo, que tal analogía, en opinión de RUEDA, en realidad no existe. Según esta autora, mientras que el elemento “funcionario público” de los delitos contra la Administración pública describe una relación de dominio social entre el autor, la acción típica y el bien jurídico protegido consistente en que el autor realiza la conducta típica en el marco de sus competencias específicas dentro de la función pública que desarrolla, la circunstancia agravante de “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” consiste, según RUEDA MARTÍN, en que “el sujeto se aprovecha de la cualidad de funcionario público pero no dentro de la actividad que le es

⁵⁵ *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), pp. 159 s.

inherente y con respecto a cuyo ejercicio se protege un bien jurídico de un modo específico frente al funcionario”.⁵⁶

El segundo motivo por el que RUEDA MARTÍN es de la opinión de que el “*extraneus*” que participa en un delito de funcionario debe responder como partícipe en el delito especial, y no en el común paralelo, tiene su base en el hecho de que el referido partícipe “*extraneus*” conoce que al funcionario público o a la autoridad le resulta más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura social.⁵⁷

Por todo ello, RUEDA MARTÍN comparte la opinión de un sector de la doctrina alemana (JAKOBS) y española (SÁNCHEZ-VERA) de que es cuando menos cuestionable que se diferencie el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales propios e impropios.

En los delitos especiales propios de funcionario, es evidente que el “*extraneus*” debe responder por el delito especial, ya que la única alternativa frente a ésta, la impunidad, resulta inadmisibles. Los delitos propios de funcionario se caracterizan por que el bien jurídico protegido *sólo* existe en el marco de una determinada estructura social cerrada dominada por una serie de sujetos muy definidos: los funcionarios públicos.

En los delitos especiales impropios, en cambio, el bien jurídico es, en principio, accesible a todos. Pero cuando entra en una determinada estructura social dominada por una determinada clase de sujetos, entonces

⁵⁶ *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), pp. 159 ss.

⁵⁷ *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), pp. 160 s.

el ataque al bien jurídico se considera más grave, porque el bien jurídico se encontraba *ex ante* expuestos a un riesgo de superior entidad. De este modo, cuando un “*extraneus*” participa en un delito especial impropio, está participando en un hecho más grave que su delito común paralelo. Es por ello que el “*extraneus*” participe en un delito especial impropio no debe responder con base en el delito común, sino en el delito especial.⁵⁸

IV. LAS TEORÍAS MIXTAS INDIVIDUALIZADORAS-UNITARIAS EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

1. Introducción

Un sector de la jurisprudencia española considera que la cuestión relativa a la problemática que plantean los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales impropios debe resolverse a partir de los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación. Según esta línea jurisprudencial, el partícipe “*extraneus*” debe responder como partícipe en el único delito cometido por el autor: el delito especial. Sin embargo, puesto que, desde el punto de vista del principio de justicia material, no sería justo castigar al “*extraneus*” con la misma pena que al “*intraneus*”. Por ello, el sector de la jurisprudencia que ahora nos ocupa entiende que es preciso articular algún mecanismo que permita atenuar la pena del “*extraneus*”. El mecanismo utilizado por dicho sector consiste en la aplicación analógica del art. 65 CP, precepto que se considera no directamente aplicable a los delitos especiales impropios, por medio de la circunstancia genérica atenuante prevista en el art. 21.6ª CP.

⁵⁸ Vid. RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), pp. 161 s.

De este modo, se consigue para el partícipe “*extraneus*” una pena intermedia a la que le correspondería al partícipe en un delito especial propio y aquélla por la que debería responder el partícipe en un delito común.

En mi opinión, los más significativos exponentes de la tesis mixta individualizadora-unitaria en España están constituidos, en la doctrina, por la concepción defendida por GIMBERNAT ORDEIG; y en la jurisprudencia, por las SSTS 18 enero 1994, 24 junio 1994 (Ar. 5031), 10 enero 1997 (Ar. 819) y 12 julio 1999 (Ar. 6215).

2. La teoría mixta diferenciadora-unitaria del “término medio ideal” de GIMBERNAT ORDEIG

En relación con el antiguo delito de parricidio, GIMBERNAT ORDEIG consideraba que el recurso de la doctrina y la jurisprudencia al art. 60 CP 1944 para la resolución de los casos de participación de “*extranei*” en delitos especiales impropios sólo resultaba explicable de un modo: la solución a que conducía, esto es, la ruptura de la unidad del título de imputación y el consiguiente castigo del “*extraneus*” por el delito común paralelo era, en opinión de aquel sector doctrinal y jurisprudencial, la solución más adecuada en términos de *justicia material*. En el aparente conflicto que en los delitos especiales impropios existía entre la técnica y la justicia material, el mencionado sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario parecía decantarse, según GIMBERNAT, en favor de la segunda. En opinión de este autor, el pretendido conflicto entre técnica y justicia material no sólo no se daba, sino que, en realidad, la solución que

imponía la justicia material era, precisamente, el respeto por el principio de unidad del título de imputación.⁵⁹

De acuerdo con esto, GIMBERNAT afirmaba que si algo decía la justicia no era que debiera castigarse con la pena del inductor de homicidio al tercero “*extraneus*” que inducía a un padre, “*intraneus*”, a matar al hijo de este último, ya que, si así fuera, la “*Justicia*” tendría la extraña virtud de equiparar la situación de referencia con aquella en la que un “*extraneus*” inducía a otro a matar a un tercero igualmente “*extraneus*” de ambos, cuando, para GIMBERNAT este último caso era, indudablemente, mucho menos grave.⁶⁰

Por ello, la solución que proponía la doctrina y la jurisprudencia dominantes era, a juicio de GIMBERNAT, precisamente, injusta, porque, en su opinión, en el delito de parricidio se añadía al desvalor inherente a la acción misma de “matar” el desvalor correspondiente al desprecio del vínculo parental. Debido a ello, resultaba más grave contribuir al “hecho parricida” que al “hecho homicida”. Esto era, para GIMBERNAT, lo que decía la Justicia.⁶¹ Idéntica posición defendió GIMBERNAT en relación con el antiguo delito de infanticidio.⁶²

Según GIMBERNAT, que esto último era así lo demostraba el siguiente ejemplo: si el “*extraneus*” que inducía a una madre a matar a su hijo recién nacido para que aquélla ocultase su deshonra resultaba ser el *padre* de la víctima, la solución diferenciadora propuesta por la doctrina y la jurisprudencia españolas obligaba a castigarle como inductor de parricidio o asesinato. Sin embargo, esta calificación representa para GIMBERNAT una solución manifiestamente injusta, ya que, constituyendo ya los hechos-base (infanticidio-parricidio) conductas con un contenido de desvalor muy distinto, el desvalor de las conductas de participación en uno y otro delito tampoco podía ser equiparado.⁶³

⁵⁹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., p. 273.

⁶⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., p. 273.

⁶¹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., pp. 273 s.

⁶² Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., pp. 274 s.

⁶³ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., pp. 274 s.

En opinión de GIMBERNAT, tampoco la solución opuesta a la diferenciadora, esto es, la solución de la unidad estricto del título de imputación, resolvía correctamente el problema de la participación de “*extranei*” en delitos especiales impropios. Porque, al igual que la solución diferenciadora, se encontraba, según GIMBERNAT, enfrentada al principio de justicia material por consagrar la equiparación de dos situaciones materialmente distintas: la participación de un extraño en la conducta de un “*intraeus*” y la participación de un “*intraeus*” en la conducta de otro “*intraeus*”.⁶⁴

Frente a la solución diferenciadora de la doctrina y la jurisprudencia dominantes y a la solución unitaria minoritaria GIMBERNAT propuso una solución intermedia alternativa. Según esta solución, en los delitos especiales impropios, el partícipe “*extraneus*” siempre debía responder como partícipe en el delito especial. A juicio de GIMBERNAT, el punto de partida dogmáticamente correcto resultaba tan evidente que sólo podía ser formulado de un modo tautológico: al “*intraeus*” que participaba en un homicidio o un asesinato sólo se le podía castigar por su participación en un homicidio o asesinato, porque se trataba de los únicos delitos que en realidad se cometían. Del mismo modo, el “*extraneus*” que participaba en un infanticidio o en un parricidio debía responder como partícipe en un infanticidio o en un parricidio.⁶⁵ Sin embargo, las críticas de GIMBERNAT a las soluciones diferenciadoras y unitarias defendidas por la doctrina y la jurisprudencia revelaban que, para este autor, no era justo castigar al “*extraneus*” con la pena correspondiente al partícipe en el delito especial. Para evitarlo, GIMBERNAT propuso

⁶⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice ...*, cit., pp. 275 s.

⁶⁵ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice ...*, cit., p. 282.

castigar al “*extraneus*” partícipe en un delito especial con una pena superior a la que le correspondería en caso de que hubiese participado en un delito común, pero inferior a la que le habría correspondido de tratarse de un partícipe “*intraneus*” en un delito especial. Partiendo de esta idea, GIMBERNAT trató de resolver todos los casos en que la concurrencia en el autor o en el partícipe de los elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales impropios de parricidio e infanticidio podía originar problemas de comunicabilidad, estableciendo en todos ellos un “término medio ideal” para determinar la pena “justa” de cada interviniente.⁶⁶

Según GIMBERNAT, los casos problemáticos eran los siguientes: 1) participación de pariente en homicidio; 2) participación de extraño en parricidio; 3) participación de padre en infanticidio; y 4) participación de madre o abuelos maternos, para ocultar la deshonra de la primera en el asesinato, ejecutado por un extraño, del recién nacido hijo o nieto, respectivamente.

En el caso 1, el pariente debía responder, en virtud de la fórmula del “término medio ideal”, como partícipe en un homicidio con la circunstancias genérica agravante de parentesco.⁶⁷ En el caso 2, el “término medio ideal” consistía en hacer responder al extraño como partícipe en un parentesco con una circunstancia atenuante analógica de no parentesco.⁶⁸ En el caso 3, el padre debía responder, según la solución intermedia de GIMBERNAT, como partícipe en un infanticidio con la circunstancia agravante genérica de parentesco. Y en el cuarto y último caso,

⁶⁶ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., p. 276.

⁶⁷ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., p. 286.

⁶⁸ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., p. 286.

GIMBERNAT entendió que la solución intermedia idea pasaba por castigar a la madre o los abuelos maternos como partícipes en un delito de asesinato, aunque con la circunstancia atenuante de parentesco o motivos morales.⁶⁹

A pesar de que el principal banco de pruebas de la solución intermedia “ideal” de GIMBERNAT vino constituido por los delitos de parricidio e infanticidio, este autor también se pronunció en relación con la naturaleza jurídica de los elementos limitadores de otros delitos especiales impropios. Tal es el caso de los delitos de funcionario. Según GIMBERNAT, en estos delitos, el partícipe “*extraneus*” debe ser castigado por el delito especial de funcionario, porque en su opinión, es el único que se comete. En su opinión, también en estos casos era “evidente” que la pena del extraño debía ser inferior que la que le correspondería si se tratase de un funcionario, porque el “*extraneus*” no infringía el deber jurídico especial que vinculaba al funcionario. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con el delito de parricidio, esta solución no podía ser defendida “*de lege lata*”. Porque mientras que en el primer caso la presencia del art. 11 CP 1944 (circunstancia mixta de parentesco) permitía, desde su punto de vista, la aplicación de una atenuante analógica (art. 9.10 CP 1944) de “no pariente”, la inexistencia de una tal “circunstancia mixta de funcionario” impedía apreciar una atenuante analógica paralela de “no funcionario”.⁷⁰

3. La teoría mixta diferenciadora-unitaria en la jurisprudencia del TS

⁶⁹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., p. 287.

⁷⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., pp. 292 s.

Como ya fue mencionado *supra*, en la jurisprudencia española, los dos ejemplos más claros de la teoría mixta diferenciadora-unitaria vienen representados por las SSTS 18 enero 1994, 24 junio 1994, 10 enero 1997 y 12 julio 1999, que se pronunciaron sobre el particular en relación con los delitos de malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial cometida por funcionario público (art. 391 CP).

Según la STS 10 enero 1997, « (...) el partícipe, por esencia, es partícipe en hecho ajeno, y por tanto, responderá como partícipe del delito especial, debiendo mantenerse la unidad del título de imputación y aplicar el principio de accesoriedad. El que presta, pues, colaboración indispensable a la realización de un delito especial, falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, no puede ser coautor, porque falta la calidad de funcionario indispensable para que el delito se produzca, pero responderá como inductor, cooperador necesario o cómplice, pues la estructura misma del delito, construido sobre la base de los principios de la parte general, conducen a castigar al cooperador necesario con la misma pena que el autor material, aunque puede utilizarse, por vía indirecta, el contenido del artículo 60, en la actualidad 65, que se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como determinante cuando haya lugar a ello, de una atenuante analógica del artículo 9.10, en la actualidad 21.6º, del mismo texto legal, a fin de obtener una mayor individualización de la pena, sin olvidar el principio de proporcionalidad, pues sólo así, la pena que así se impugna responderá a la exigencia de individualización, pues es obvio que en estos casos, el extraño al no concurrir en él la condición de funcionario, no actúa con la potencialidad y fuerza de antijuricidad que caracteriza a quien sí posee esta condición, pues le falta el plus de tal carácter que en él no concurre, y que es el determinante del nacimiento de la figura penal, alrededor del cual giran las correspondientes participaciones delictivas».

La STS 10 enero 1997 se expresa, por su parte, en los siguientes términos: «Por último, respecto a que al no ser funcionario el recurrente, no puede cometer el delito cuestionado, es evidente que en la actualidad, según un criterio jurisprudencial consolidado (...), se admite la posibilidad de participación de extraños en los delitos especiales, como es la malversación, si bien, aplicándoles una pena atenuada, al apreciarse la atenuante analógica de no ser funcionario público, artículo 9.10 en relación con el artículo 60, ambos del Código Penal, incorporándose por tanto a nuestro ordenamiento la solución que establece el apartado 1 del artículo 8 del STGB alemán (*sic.*). El problema que se plantea es el tema de la participación en los delitos especiales, o sea aquellos en los que no toda persona puede ser autor, sino que los autores están limitados a determinados sujetos; categoría, pues, contrapuesta a la de los delitos comunes. A su vez, dentro de los primeros, hay que distinguir entre delitos especiales propios e impropios, según que

tengan correspondencia con un delito común, ya que la calidad del sujeto es determinante para la existencia del delito, por lo que al no concurrir, el hecho sería atípico. En los especiales impropios, que tienen correspondencia con un delito común, existe un delito común subyacente que puede ser cometido por cualquier persona. El funcionario –“*intraneus*”- realiza la acción típica, su autoría no plantea problemas específicos, pero sí en la persona que participa en el delito cometido por aquél, no concurre la cualificación exigida por el tipo, al tratarse de un particular –“*extraneus*”- la solución no es totalmente pacífica. La doctrina mayoritaria entiende que el artículo 60 del Código Penal, no es de aplicación, dado que dicho artículo se refiere a circunstancias agravantes y atenuantes, y en los delitos de los funcionarios públicos, la cualificación del sujeto, no funciona como una circunstancia agravante, y por tanto, no existe razón alguna para excluir la participación y romper el título de imputación. En consecuencia, el “*extraneus*” debe responder como partícipe del delito cometido por el funcionario. Tal postura es la mantenida por la reciente Sentencia de esta Sala de 18 enero 1994, y así el que presta su indispensable colaboración a la realización de un delito que exige la condición de funcionario público en el sujeto activo, como el de fraude que aquí se examina, comete, como autor del número 3.º del artículo 14, tal figura penal, si bien puede utilizarse, por vía indirecta, el contenido del artículo 60 del Código Penal que se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como determinante, cuando haya lugar a ello, de una atenuante analógica del artículo 9.10 del propio Código, con el fin de conseguir una mayor individualización de la pena. La contribución del cooperador necesario no funcionario al resultado es decisiva, aunque el desvalor de la acción pueda ser menor al no ser él partícipe cualificado y no infringió deberes derivados de especiales relaciones personales. Por lo tanto procede estimar parcialmente el motivo, aunque sin trascendencia al habersele impuesto la pena en el umbral mínimo -doce años y un día- de la pena señalada al delito, reclusión menor.»

V. VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS TEORÍAS INDIVIDUALIZADORA, UNITARIA Y MIXTA DIFERENCIADORA-UNITARIA. TOMA DE POSTURA A FAVOR DE LA TEORÍA UNITARIA

1. Introducción

Con la entrada en vigor del nuevo CP 1995, la discusión sobre la naturaleza jurídica de los elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales impropios ha experimentado una considerable transformación. Bajo la vigencia del CP 1944, el debate sobre el particular se centró, sobre

todo, en torno a los dos delitos especiales más emblemáticos: el parricidio y el infanticidio. Como ya se expuso *supra*, y como repetidamente se ha encargado de recordar tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia del TS, cuando estaba en vigor el CP 1944 era defendida de forma ampliamente dominante la tesis de que los elementos de la autoría de los delitos especiales eran de naturaleza personal y, por tanto, no comunicable. Con la llegada del nuevo Código, los tipos del parricidio y el infanticidio fueron derogados, desapareciendo, así, los dos delitos en torno a los cuales se había construido en nuestro país la teoría del fundamento y la participación de los delitos especiales de forma prácticamente exclusiva. El CP 1995 ha dado paso a un nuevo escenario en que ya no están presentes los delitos de parricidio e infanticidio. En este nuevo escenario cobra carta de naturaleza una constelación de delitos que, bajo la vigencia del CP 1944, había quedado relegada a un segundo plano en la discusión sobre los delitos especiales. Me estoy refiriendo a los delitos cometidos por funcionario público. No en vano, algún autor ha afirmado entre nosotros, no sin razón (aunque sí probablemente de un modo algo drástico) que, en la actualidad, los problemas de participación en los delitos especiales se plantean casi exclusivamente en relación a los delitos contra la Administración Pública cometidos por Autoridad o funcionario público.⁷¹

El desplazamiento de la discusión concerniente a los elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales impropios y a la participación de “*extranei*” en esta clase de delitos del escenario constituido por los delitos de parricidio e infanticidio a los delitos contra la Administración pública ha traído consigo importantes consecuencias prácticas. En mi opinión, la más importante de ellas consiste en la

⁷¹ Vid. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., pp. 466 s.

confirmación de una tendencia que ya empezaba a apuntarse antes de 1995: la solución unitaria, que poco a poco había ido abandonando la condición de solución minoritaria constituye, en la actualidad, una solución compartida por sectores de la doctrina y la jurisprudencia españolas cada vez más amplios.⁷² A mi modo de ver, que ello esté ocurriendo no puede ser contemplado como algo casual. En efecto, antes de 1995, aunque la solución diferenciadora era ampliamente dominante en relación con los ya repetidos delitos de parricidio e infanticidio, cuando los delitos objeto de análisis consistían en delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos, el dominio de la solución diferenciadora encontraba una mayor oposición. Una vez eliminados los delitos sobre los que la solución diferenciadora ostentaba su dominio, parece que la solución unitaria está llamada a imponerse en nuestro país como solución a la problemática que tenemos planteada.

¿Es correcta esta tendencia? ¿Tienen los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales naturaleza no personal, como afirman los partidarios de la teoría unitaria? ¿O existen delitos especiales en que aquellos elementos tienen naturaleza no comunicable, como sostienen los representantes de la solución diferenciadora? ¿Tienen alguna capacidad de rendimiento la teorías mixtas que pretenden combinar algunas de las consecuencias que se extraen de las teorías diferenciadoras y unitarias?

⁷² En mi opinión, el primer punto de inflexión importante de esta tendencia se produjo en 1966 con motivo de la publicación de la importante monografía de Enrique GIMBERNAT ORDEIG “*Autor y cómplice en Derecho penal*”. En esta monografía, GIMBERNAT se opuso duramente al sector doctrinal y jurisprudencial que representaba la solución diferenciadora, y, aunque tampoco defendió una solución unitaria estricta, su aportación mixta sirvió para sentar las bases de lo que sería el posterior debilitamiento de esta solución y el paulatino fortalecimiento de la solución unitaria.

Según mi parecer, de todas las soluciones que han sido defendidas en España, aquélla en cuyo favor puede ser invocado un mayor número de argumentos es la solución unitaria. Ello es así porque tanto contra las teorías diferenciadoras como contra las teorías mixtas cabe formular objeciones que las inhabilitan, en gran medida, como posibles soluciones “*de lege lata*”.

2. Valoración crítica de las teorías diferenciadoras

2.1. Introducción

Desde mi punto de vista, todas las críticas que los partidarios de la teoría unitaria dirigen a quienes defienden la solución diferenciadora resultan enteramente compartibles. Estas críticas eran, recordemos, las siguientes: ni el art. 60 CP 1944 ni el actual art. 65 CP 1995 resultan aplicables en los casos de delitos especiales impropios; la solución diferenciadora vulneraba los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación; y, por último, los delitos especiales impropios no son meros subtipos de los delitos comunes paralelos, sino delitos “distintos”, “*sui generis*” respecto de éstos.

2.2. Inaplicabilidad del art. 60 CP 1944 y del actual art. 65 CP 1995 a los delitos especiales impropios

Cuando, en primer lugar, el sector unitario opone a la solución diferenciadora que ésta no puede apoyarse “*de lege lata*” en la aplicación del antiguo art. 60 CP 1944, o del actual art. 65 CP 1995, creo que acierta plenamente. En efecto, ninguno de esos dos preceptos resulta aplicable, ni directa ni analógicamente, en los supuestos de delitos especiales impropios.

En cuanto a lo primero, debe reconocerse que es cierto, como dice CÓRDOBA, que si el antiguo art. 60 CP 1944 era interpretado sistemáticamente en relación con el art. 59 CP 1944, o, lo que es lo mismo, el actual art. 65 CP es interpretado en relación con el art. 67 CP, parece que el ámbito de aplicación del antiguo art. 60 CP 1944, actual art. 65 CP 1995 no sólo alcanzaría a las circunstancias *genéricas* modificativas de la responsabilidad criminal, sino también a las “que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción”.⁷³

Sin embargo, ello no significa todavía que el art. 65 CP pueda ser aplicado en relación con los elementos del autor de los delitos especiales impropios. Desde mi punto de vista, resulta incorrecto *interpretar* extensivamente dicho precepto —como lo hace, por ejemplo, PÉREZ ALONSO— de tal modo que los *elementos* de los delitos especiales se consideren incluidos en el tenor literal posible del término “*circunstancias*”. Creo preferible entender que, por muy extensivamente que sea interpretado este último término, su tenor literal posible nunca podrá alcanzar a aquellos elementos. Porque, en realidad, “circunstancias del delito” y “elementos del tipo” constituyen, en este contexto, conceptos que se excluyen mutuamente. El término “elemento” no puede estar incluido en el término “circunstancia”, porque lo que constituye un elemento del tipo ya no puede ser, por principio, una circunstancia del mismo. Podría afirmarse, como insinúa CÓRDOBA, que la cuestión podría merecer una solución distinta a la que acaba de ser planteada si se entendiera, como parece posible, que tanto el legislador de 1944 como el de 1995 habría empleado los términos “circunstancia” y “elemento típico accidental” como términos sinónimos. Sin embargo, entiendo que en la

⁷³ Vid. CÓRDOBA RODA, *Comentarios ...*, II, cit., p. 252.

base de toda esta discusión no sólo está presente únicamente una cuestión de naturaleza terminológica, sino una importante cuestión de fondo. En contra de lo que muchos de los partidarios de la solución diferenciadora sugieren o afirman expresamente, los elementos de autor de los delitos especiales impropios no son elementos *accidentales* del tipo, análogos, por tanto, a las “circunstancias” que modifican la responsabilidad criminal, sino auténticos elementos *esenciales* del tipo determinantes de la aparición de un tipo de injusto cualitativamente distinto. Y puesto que nadie discute que el art. 65 CP no puede ser aplicado a los elementos de autor de los delitos especiales propios, por tratarse de elemento esenciales del tipo, lo mismo debe afirmarse en relación con los elementos de autor de los delitos especiales impropios, ya que, en términos de injusto, entre los primeros y los segundos no existen diferencia material alguna.

Especialmente indicativa de la inaplicabilidad del art. 65 CP a los delitos especiales impropios es la crítica que ha dirigido contra quienes la proponían en relación con su antecedente en el CP 1944, el antiguo art. 60, uno de los autores que, en mi opinión, ha defendido la tesis diferenciadora con mayor fundamento: PEÑARANDA RAMOS. Según PEÑARANDA, si el legislador hubiese pretendido que este precepto hubiera sido aplicable para los elementos típicos accidentales de los subtipos o para los elementos de autoría de los delitos especiales impropios, no habría declarado la imputabilidad de las circunstancias personales a los sujetos en quienes éstas “concurran”. Porque en el caso de los elementos típicos accidentales de los subtipos o para los elementos de autoría de los delitos especiales, es evidente que éstos siempre “concurrirán” únicamente en el autor del delito.⁷⁴

⁷⁴ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito ...*, cit., pp. 350 s.

En segundo lugar, debe decirse que, desde la concepción que aquí se defiende, aunque el art. 65 CP resultara aplicable a los delitos especiales, su aplicación debería conducir, desde mi punto de vista, precisamente a la solución opuesta a la que pretenden llegar aquéllos que lo consideran aplicable. Esto es: no llevaría, según creo, a la solución diferenciadora, sino a la unitaria. En mi opinión, la cualidad de funcionario no consiste, obviamente, en la “disposición moral del delincuente” ni “en sus relaciones particulares con el ofendido”, ni tampoco, por último, “en otra causa *personal*”⁷⁵ (art. 65.1 CP), sino “en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla” (art. 65.2 CP), porque al funcionario, por la posición especialmente privilegiada que ocupa respecto del bien jurídico protegido, le resulta más sencilla la ejecución del delito que a un particular, aumentando, con ello, la peligrosidad “*ex ante*” de la conducta. Por esta razón, si el art. 65 CP fuese de aplicación, por ejemplo, en un supuesto de participación de un particular en una falsedad documental cometida por funcionario público (art. 390.1 CP), el no funcionario que conozca la condición de funcionario del falsificador debería responder como partícipe en el delito especial del art. 390.1 CP, y no como partícipe en el delito común previsto en el art. 392 CP.

Por lo que respecta a la aplicabilidad *analógica* del art. 65 CP a los elementos de autoría de los delitos especiales impropios, es obvio que la discusión debe circunscribirse al ámbito de los supuestos en que el precepto resultaría aplicable “*in bonam partem*”, ya que, en Derecho penal, la analogía “*in malam partem*” está prohibida. En relación con los casos de analogía “*in bonam partem*”, es evidente que lo que debe plantearse no es, simplemente, si ésta cabe o no cabe en abstracto, sino si realmente existe

⁷⁵ Cursiva añadida.

una analogía relevante entre las “circunstancias” genéricas que modifican la responsabilidad criminal y los elementos de la autoría de los delitos especiales.

En mi opinión, acierta nuevamente PEÑARANDA cuando recuerda, oponiéndose a PÉREZ ALONSO, que aquellas circunstancias y estos elementos gozan de naturaleza jurídica diferente. Así, mientras que las circunstancias genéricas no se encuentran vinculadas a un tipo de intervención en el delito, con los elementos de autoría de los delitos especiales no sucede lo mismo.⁷⁶

Así, por ejemplo, el art. 22.7^a CP prevé como circunstancia genérica agravante la de “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”. Sin embargo, en algunos tipos de la Parte Especial, el legislador requiere para el autor la concurrencia en su persona de la cualidad de funcionario público. Ello ocurre, por ejemplo, en delitos tales como el de prevaricación administrativa (art. 404 CP), el delito de falsedad en documento público cometida por funcionario (art. 390.1 CP) y el delito de detenciones ilegales cometidas por funcionario público (art. 167 CP).

El primero de estos tres delitos consiste en un delito especial propio, el segundo en un delito especial impropio y el tercero, aunque la cuestión se encuentra lejos de resultar pacífica, probablemente en un subtipo del delito de detenciones ilegales agravado por razón de la cualificación del sujeto activo.

⁷⁶ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito ...*, cit., p. 351.

En el primer caso, la referencia al funcionario público es ineludible, ya que el aspecto del funcionamiento satisfactorio de la Administración pública que pretende protegerse, el correcto dictado de resoluciones administrativas, constituye una esfera a la que únicamente tienen acceso aquellos funcionarios competentes para dictar resoluciones administrativas.

Por lo que respecta a los otros dos delitos, lo cierto es que, aunque el legislador hubiese decidido no tipificarlos por separado de los restantes delitos de falsedades y detenciones ilegales, respectivamente, tales conductas habría podido ser castigadas, de todos modos, con una pena superior gracias a la aplicación de la agravante genérica del art. 22.7^a CP. Si en estos casos la ley ha decidido elevar la cualidad de funcionario a la categoría de elemento típico, ello obedece —como recuerda incluso un representante de la teoría diferenciadora, PÉREZ ALONSO— a especiales motivos preventivo-generales y político-criminales. En efecto, se considera que, en estos casos, el bien jurídico se encuentra especialmente necesitado de protección, dada su especial vulnerabilidad a manos del funcionario público.

2.3. Vulneración de los principios de unidad del título de imputación y de accesoriedad de la participación

Asiste la razón a PEÑARANDA cuando afirma que, en ocasiones, la doctrina y la jurisprudencia españolas han defendido la solución unitaria apoyándose en los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación como si se tratase de realidades ontológicas o dogmas incuestionables. Tanto uno como otro principio constituyen criterios de naturaleza normativa destinadas, como dice

PEÑARANDA, a resolver los problemas jurídicos que plantean la autoría y la participación en el delito de un modo sistemático y seguro. También comparto con PEÑARANDA la tesis de que estos principios pueden conocer excepciones. En ocasiones, el propio legislador declara típicas conductas que, de acuerdo con las reglas generales sobre autoría y participación no podrían ser punibles. En nuestro Código, ello ocurre, por ejemplo, con motivo de la tipificación de los delitos de participación en el suicidio (art. 143 CP).

Sin embargo, también creo que —como afirma de forma ampliamente fundamentada el propio PEÑARANDA—, en principio, debe partirse de los principios de unidad del título de imputación, o unidad del hecho, y accesoriedad de la participación. En mi opinión, esta circunstancia viene confirmada por el hecho de que, a la luz de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales al análisis dogmático de los delitos especiales, no existe razón alguna para negar, tampoco en estos delitos, la validez de las dos ideas principales sobre las que se apoyan aquellos principios: 1ª) que en un sistema que distinga entre autoría y participación, el partícipe debe responder por el hecho principal cometido por el autor (unidad del título de imputación y accesoriedad positiva); y 2ª) que sin un hecho principal de autor no cabe castigar al partícipe (accesoriedad negativa).

Por esta razón, considero que la crítica, antes mencionada, que PEÑARANDA formula contra algunos de los representantes de la teoría unitaria no es extensible, por ejemplo, a autores como CÓRDOBA RODA o MIR PUIG. Porque estos dos autores parten de una premisa que, en mi opinión, puede ser ampliamente compartida también desde el punto de vista de PEÑARANDA: en los delitos especiales, tanto en los propios como en

los impropios, se produce un “cambio de tipo de injusto”, y es este tipo cualitativamente “nuevo” o “distinto” aquél por el que también debe responder el partícipe “*extraneus*”.

Frente a la tesis del delito “distinto” de CÓRDOBA y MIR, PEÑARANDA ha opuesto que en los delitos especiales impropios no concurre un solo delito “distinto”, sino que, tanto para el autor como para el partícipe, se produce un *concurso de leyes*. Creo que la observación de PEÑARANDA es absolutamente atendible. No en vano, también el propio MIR PUIG así lo ha entendido.⁷⁷ No obstante, creo que la cuestión del delito especial impropio como delito distinto, sugerida por CÓRDOBA y MIR, y la solución del concurso de leyes propuesta por PEÑARANDA no constituyen dos ideas incompatibles. El análisis de la segunda idea, esto es, de la solución concursal de PEÑARANDA será realizado *infra* con motivo de la valoración crítica de la solución mixta diferenciadora-unitaria de GIMBERNAT ORDEIG. El análisis de la primera idea, es decir, de la teoría del delito “distinto”, será el objeto de las siguientes líneas.

2.4. *Los delitos especiales impropios no son meros subtipos de los delitos comunes paralelos, sino delitos “distintos” respecto de éstos. La doctrina del “delictum sui generis”: exposición y valoración*

2.4.1. *Introducción*

Como se acaba de mencionar, el principio de unidad del título de imputación obliga a castigar al partícipe por el delito cometido por el autor. En los delitos especiales, el delito cometido por el autor es el delito

⁷⁷ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 15/45.

especial, por lo que el título de imputación por el que debe responder el partícipe es el tipo del delito especial. Sin embargo, en aquellos tipos en que el legislador castiga de forma diferente al autor del delito por razón de la concurrencia en su persona de una propiedad, cualidad o relación con respecto a los casos en que el autor es un sujeto no cualificado, cabe preguntarse si el delito cometido por el autor constituye, en el sentido de las concepciones de CÓRDOBA y MIR PUIG, un delito “diferente” al delito común paralelo o bien se trata de una simple variación (agravante o atenuante) dentro del mismo tipo.

La cuestión planteada puede ser complementada por la que constituyó el objeto del trabajo que MIR PUIG publicó en el ADPCP 1973, ya citado. En aquel trabajo, MIR desentrañó el significado legal de los términos “delito” y “falta” partiendo de un concepto del primero como *tipo legal abstracto e incompleto*, no coincidente con el concepto *dogmático* de delito como hecho típico, antijurídico y *culpable*. En efecto, el sentido en que el legislador emplea el término “delito” a lo largo de todo el código coincide, para MIR, con el de “hecho típico y antijurídico” (tipo total de injusto), sin que el carácter *abstracto* de la valoración legal permita considerar que aquel término exige también la *culpabilidad* del hecho.⁷⁸ Como punto de partida, el criterio propuesto por MIR PUIG puede resultar también decisivo para determinar cuándo un tipo cualificado por razón del sujeto activo se convierte, en realidad, en un delito *distinto* al delito común y, por ello, en un delito especial impropio. De acuerdo con este planteamiento, podrá decirse que un delito cualificado por el sujeto activo es un delito especial impropio cuando su *tipo de injusto* sea *cualitativamente distinto* al tipo de injusto del delito común. La relación existente entre ambos tipos será, por tanto, la propia de dos delitos distintos entre sí. En caso de que, por el contrario, el tipo cualificado presente *el mismo* tipo de injusto que el delito común, aunque agravado por razón de su sujeto activo, entonces la relación entre ambos tipos no será la propia de dos delitos distintos, sino, antes bien, la de un tipo básico y un subtipo del mismo. A partir de esta premisa, de lo que se tratará entonces será, naturalmente, de concretar en qué supuestos sucede lo primero, y en cuáles ocurre, por el contrario, lo segundo.

⁷⁸ *Vid.* MIR PUIG, ADPCP 1973, pp. 320 s. En un sentido igualmente abstracto, aunque no exactamente coincidente con el de MIR, emplea CUELLO CONTRERAS el concepto “tipo penal”, entendiéndolo como determinación por parte del legislador de una concreta conducta humana a la que une como consecuencia la sanción penal. Cfr. CUELLO CONTRERAS, “La frontera entre el *Concurso de leyes* y el concurso ideal de delitos: el delito “*sui generis*”, ADPCP 1978, pp. 36 s.

La problemática del delito “distinto” o “*sui generis*” que acaba de ser planteada apenas sí ha despertado interés en el seno de la doctrina y la jurisprudencia españolas. Sólo contadísimos autores se han pronunciado al respecto. En mi opinión, el mayor esfuerzo por intentar ofrecer criterios válidos para la resolución del problema de la sustantividad de los delitos especiales impropios debe ser reconocido a la doctrina alemana. La teoría, o, mejor, la doctrina que se ha encargado en Alemania de intentar concretar aquellos esfuerzos en soluciones justas y seguras es la teoría del “*delictum sui generis*”. A continuación se llevará a cabo una amplia exposición y valoración crítica de esta doctrina.

2.4.2. *Planteamiento. Punto de partida de la doctrina del “delictum sui generis”: la clasificación de los tipos en tipos básicos, subtipos dependientes y tipos autónomos. consecuencias prácticas de esta clasificación*

Los enunciados legales de un Código penal no expresan normas jurídicas *completas*. Por norma jurídica completa debe entenderse aquel mensaje prescriptivo expresado normalmente a través de un enunciado legal con *todos* sus elementos. Algunos enunciados del Código penal, sobre todo los de la Parte Especial, expresan, ciertamente, mensajes prescriptivos. Pero ningún enunciado lo hace, en cambio, de un modo completo. Esto es, ningún enunciado del Código penal expresa la norma jurídica que se encuentra en su base con todos sus elementos. Partiendo de la idea de que todos los enunciados legales del Código penal deben ser considerados incompletos, lo cierto es, sin embargo, que los enunciados de la Parte Especial expresan los elementos más específicos del supuesto de hecho de la correspondiente norma jurídica y disponen su consecuencia jurídica. Se trata de los enunciados penales *principales*. Las disposiciones de la Parte

General sirven, en cambio, para precisar más tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica expresados por los enunciados de la Parte Especial. Se trata de preceptos legales *complementarios*. La posibilidad de considerar los enunciados de la Parte Especial como principales y los de la Parte General como complementarios no impide afirmar, sin embargo, que ni unos ni otros pueden expresar *por sí solos* norma jurídica completa alguna. Se trata de enunciados legales *incompletos*, porque, aunque expresan normas jurídicas, lo hacen de forma incompleta. Los enunciados legales de la Parte Especial requieren, por tanto, de los previstos en la Parte General para expresar normas jurídicas completas.⁷⁹

De lo acabado de exponer no sería correcto concluir, sin embargo, que los tipos de la Parte Especial únicamente deben ser puestos en relación con las correspondientes proposiciones de la Parte General. Antes al contrario, lo cierto es que los tipos de la Parte Especial no siempre se encuentran desconectados entre sí. Es posible afirmar que algunos tipos de la Parte Especial guardan una estrecha conexión con otros tipos también pertenecientes a la Parte Especial.⁸⁰ Esta conexión puede revestir una doble naturaleza. Un tipo puede encontrarse, en primer lugar, en una relación de *dependencia* de naturaleza *normativa* con respecto a otro tipo. En esta relación de dependencia entre tipos, la doctrina denomina al tipo que depende de otro “subtipo”, “tipo dependiente”, “tipo derivado”, “derivaciones típicas” o “variante dependiente”, mientras que el delito del

⁷⁹ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 6ª ed., cit., 2/3 y 17.

⁸⁰ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 362; MAURACH, “Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda”, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, Bonn, 1954, pp. 249 ss.

que depende este último tipo recibe el nombre de “tipo básico”.⁸¹ La segunda clase de vinculación que puede darse entre algunos tipos de la Parte Especial consiste en una relación de parentesco *fenomenológico* o *criminológico* y de *autonomía* o *independencia normativa*. Los tipos que se encuentran en una tal relación con otro tipo son denominados “delitos autónomos”, “delitos independientes”, “variantes independizadas” o “*delicta sui generis*”.⁸² En conclusión: en atención a su conexión con otros tipos, los tipos pueden ser clasificados en tipos básicos, tipos dependientes y tipos autónomos. El descubrimiento de esta clasificación de los tipos constituye el punto de partida de la *doctrina del “delictum sui generis”*. El principal objetivo de esta doctrina fue la elaboración de criterios que permitieran identificar un tipo concreto como un delito “autónomo” o “*sui generis*” (indicadores de sustantividad).

a) *Delitos que se encuentran en una relación de dependencia normativa con respecto a otro. Tipos dependientes y tipos básicos*

Se encuentran en una relación de dependencia normativa con respecto a otro tipo, por ejemplo, los tipos de lesiones previstos en los arts. 147.2 y 148 CP. Estos tipos penales dependen del tipo previsto en el art. 147.1 CP. Este último tipo constituye el *tipo básico* del delito de lesiones. Los tipos de lesiones de los arts. 147.2 y 148 CP son, por su parte, *subtipos dependientes* del tipo básico. Este último tipo constituye el tipo de partida⁸³ de la regulación penal española en materia de lesiones, el tipo que,

⁸¹ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., pp. 362 ss.; ROXIN, *Derecho penal, PG*, cit., § 10/131 ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, PG*, I, cit., p. 318.

⁸² Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., pp. 363 s.

⁸³ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 362.

expresado en su forma más sencilla,⁸⁴ contiene los elementos fundamentales de la conducta delictiva de lesiones.⁸⁵ Partiendo del delito básico, el legislador añade a los elementos que configuran su tipo objetivo otros elementos (accidentales) cuya concurrencia dota al supuesto de hecho de una mayor (subtipo agravado) o menor (subtipo atenuado) gravedad en relación con la del tipo básico. Sucede lo primero con el art. 148 CP, lo segundo con el art. 147.2 CP. Tanto los subtipos agravados como los subtipos privilegiados contienen los elementos del tipo básico más otros elementos adicionales. Una conducta no podrá realizar el subtipo sin realizar también el tipo básico que contiene. Tipo derivado y tipo básico se encuentran, de este modo, en una relación de concurso de leyes a resolver en favor del primero mediante la aplicación del principio de especialidad. Así, por ejemplo, no podrá considerarse consumado ninguno de los tres tipos alternativos del art. 148 CP, así como tampoco el tipo de lesiones con medio empleado o resultado de menor gravedad del art. 147.2 CP, si el resultado lesivo efectivamente producido no requiere objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (art. 147.1 CP). La realización del subtipo privilegiado o cualificado *depende* de la realización del tipo básico. Se da, por tanto, una relación de *dependencia normativa* del subtipo con respecto al tipo básico⁸⁶. Esta relación de dependencia se debe a la siguiente circunstancia: los delitos dependientes carecen de un tipo de injusto propio; su tipo de injusto resulta, se deriva del tipo de injusto del delito básico. Así, el tipo de injusto de las lesiones del art. 147.2 o 148 CP es el tipo de injusto del delito de

⁸⁴ Vid. ROXIN, *Derecho penal*, PG, cit., § 10/131.

⁸⁵ Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 318.

⁸⁶ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., p. 362; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 318.

lesiones. Esto es, el mismo tipo de injusto del delito básico del art. 147.1 CP. El subtipo no es, en suma, un delito *distinto* al delito básico, sino que en ambos casos se trata, en realidad, del *mismo* delito.⁸⁷

b) *Delitos que se encuentran en una relación de parentesco criminológico y autonomía o independencia normativa. Tipos autónomos o independientes*

Algunos tipos de la Parte Especial pueden encontrarse, sin embargo, en una segunda clase de relación. Se trata de una relación de conexión de naturaleza meramente *criminológica* o *fenomenológica*⁸⁸ y de completa *independencia normativa*. Así, por ejemplo, puede afirmarse que el delito de robo con violencia (art. 242 CP) guarda un *parentesco criminológico* o *fenomenológico* con los delitos de hurto (art. 234 CP) y de coacciones (art. 172 CP). Ciertamente, el hecho de la realidad fenomenológica del que parte el delito de robo coincide con el que se derivaría de una conjunción de los supuestos de hecho de los delitos de hurto y coacciones: sustracción violenta de cosa ajena. Aunque el legislador no hubiera decidido tipificar el robo con violencia, o aunque decidiera derogar el precepto que lo castiga, la sustracción violenta de cosa ajena continuaría siendo constitutiva de delito. Más concretamente, de dos delitos, que entrarían, además, en concurso ideal: el delito de hurto y el delito de robo. Exactamente lo mismo sucedería en el StGB.

Esto podría ser así (siempre a partir de la doble hipótesis de la inexistencia de un tipo de robo con violencia o de su existencia y posterior derogación) siempre y cuando el legislador no hubiese optado por redactar la conducta típica del hurto en un sentido excluyente de la violencia. Esto es, siempre que

⁸⁷ *Vid. contrario sensu* ROXIN, *Derecho penal*, PG, cit., § 10/134.

⁸⁸ En similar sentido JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., pp. 362 s.

el tipo del hurto no se encontrase redactado del siguiente modo: “El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño y sin violencia ...”. Tal es el caso del art.234 CP y del § 242 StGB. Ninguno de estos dos preceptos incluye un tal elemento negativo. Así, el art.234 CP se refiere al que “con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño ...”, mientras que el § 242 StGB hace lo propio con “el que sustraiga a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiarse de la cosa o para un tercero antijurídicamente ...”.

Lo cierto es, sin embargo, que tanto el legislador español como el legislador alemán han tipificado específicamente el robo con violencia. Y no lo han hecho configurándolo como un subtipo agravado del delito de hurto, sino convirtiendo la combinación del hurto con las coacción en una tercera conducta dotada de sustantividad propia. Se trata de un delito con un tipo de injusto nuevo, distinto, independiente tanto del tipo de injusto del delito de hurto como del tipo de injusto del delito de coacciones. El tipo de injusto del delito de robo con violencia no resulta del tipo de injusto de un concurso ideal de delitos entre el delito de hurto y el delito de coacciones. El delito de robo con violencia tiene un tipo de injusto propio. Debido a la sustantividad propia de su tipo de injusto, el delito de robo con violencia es considerado como un delito dotado de *autonomía* o *independencia normativa* con respecto al complejo hurto-coacciones; como un tipo de delito *autónomo*, *independiente* o *distinto* a éste.

c) *Consecuencias de la clasificación en tipos básicos, tipos dependientes y tipos autónomos*

Sin perjuicio de que en un momento más avanzado de la investigación proceda profundizar con mayor detenimiento en esta idea, es preciso apuntar sucintamente aquí cuál es la más importante consecuencia que la doctrina del “*delictum sui generis*” desprende de la clasificación de un tipo como “subtipo dependiente” de otro o bien como delito “autónomo”

o “*sui generis*”. Esta consecuencia es la siguiente: si dos tipos se encuentran en una relación de “tipo básico-subtipo dependiente”, esto es, en una relación de concurso de leyes, el tipo desplazado puede desplegar efectos en supuestos de error de tipo, de participación de sujetos no cualificados en delitos especiales impropios y en otras constelaciones de supuestos. Del mismo modo, también resulta posible la aplicación cumulativa de dos subtipos dependientes de un tipo básico común siempre que sus respectivas consecuencias jurídicas sean compatibles entre sí.⁸⁹ En caso de que, por el contrario, un tipo deba ser considerado “autónomo” con respecto a otro, el precepto desplazado no podrá desplegar, en cambio, efecto alguno para el precepto desplazante.⁹⁰

Así, por ejemplo, la doctrina alemana considera que tanto el delito de hurto con allanamiento de morada (§ 244 [1] 3 StGB)⁹¹ como el delito de hurto doméstico o familiar (§ 247 StGB)⁹² son subtipos derivados del delito de hurto (§ 242 StGB), que deviene tipo básico de aquellos. El delito del § 244 [1] 3 StGB es un subtipo *cualificado* del hurto, porque dispone una consecuencia jurídica más grave que la prevista para el tipo básico. El delito del § 247 StGB puede ser considerado, en cambio, un subtipo privilegiado, porque introduce un requisito de procedibilidad que convierte esta modalidad de hurto en una conducta menos incriminada, en tanto que más difícilmente perseguible. En el supuesto de que una determinada conducta pudiera ser subsumida en estos dos preceptos,⁹³ la doctrina alemana considera que

⁸⁹ Vid. ROXIN, *Derecho penal, PG*, cit., § 10/132; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 363 s.

⁹⁰ Vid. ROXIN, *Derecho penal, PG*, cit., § 10/134.

⁹¹ “Con pena privativa de libertad de seis meses a diez años será castigado quien (...) cometa un hurto en el que para la comisión del hecho allane, escale o abra la casa con una llave falsa o con otro instrumento no determinado para la apertura normal, o se mantenga escondido en la casa”.

⁹² “Si por medio del hurto o por la apropiación indebida resulta lesionado un familiar, el curador o el cuidador, o el lesionado vive con el autor en comunidad doméstica, el hecho se perseguirá sólo mediante denuncia”.

⁹³ Imaginemos, por ejemplo, el siguiente supuesto: el hijo de un matrimonio se oculta en una habitación del domicilio familiar a la espera de que sus padres, desconocedores de

debería castigarse por el delito más grave, esto es, por el delito previsto en el § 244 StGB (hurto con allanamiento de morada), pero que ello solo sería posible cuando se hubiera interpuesto denuncia de acuerdo con lo previsto en el § 247 StGB. Esta es la solución que propone ROXIN.⁹⁴

Como ya se ha apuntado en el texto, la posibilidad de que el subtipo desplazado (en este caso el privilegiado) continúe desplegando efectos presupone la compatibilidad de las consecuencias jurídicas de los subtipos concurrentes. En caso de que las consecuencias jurídicas de los tipos cualificados y privilegiados se excluyan recíprocamente, la doctrina dominante entiende que será de aplicación, por el contrario, el principio del efecto oclusivo del tipo más benigno. Así, por ejemplo, si el delito de homicidio rogado del § 216 StGB (“si alguien ha sido determinado a matar por medio de la petición expresa y seria de la víctima, se le debe condenar a pena privativa de libertad de seis meses a cinco años”) es cometido con crueldad o por algún móvil bajo (§ 211 StGB), la amplia mayoría de los autores alemanes considera que debe castigarse solo por el § 216 StGB, y que la concurrencia de alguno de los elementos del § 211 StGB tan solo podrá ser tenido en cuenta, a lo sumo, en la determinación de la pena. El principio del efecto oclusivo del tipo más benigno también impulsó a la doctrina alemana a ampliar esta solución para los casos en que se cometía el antiguo delito de infanticidio (antiguo § 217 StGB, ya derogado) con alguna de las circunstancias del asesinato.⁹⁵ La aplicabilidad del principio del efecto oclusivo del tipo más benigno en las dos constelaciones de supuestos acabadas de referir presupondría que tanto el delito de homicidio a petición como el antiguo delito de infanticidio constituirían sendos subtipos atenuados del delito de homicidio, así como que el asesinato es, en realidad, un tipo cualificado del homicidio. Como se tendrá oportunidad de comprobar en el transcurso de la presente investigación, estos dos extremos se encuentran, sin embargo, lejos, de ser incontrovertidos.

Por lo que respecta a los delitos autónomos o independientes, si se conviene que el delito de robo con violencia lo es respecto de los delitos de hurto y de coacciones, entonces los tipos privilegiados del hurto y las coacciones no resultarán aplicables al robo. Así, por ejemplo, aunque el robo con violencia tenga por víctima alguno de los sujetos del § 247 StGB

que su hijo sigue en la casa, procedan a abandonarla. El hijo practica la sustracción cuando esto último sucede.

⁹⁴ Vid. ROXIN, *Derecho penal*, PG, cit., § 10/132.

⁹⁵ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., p. 364.

(hurto doméstico y familiar),⁹⁶ no será extensible al robo con violencia la condición de procedibilidad de la denuncia. También en estos casos, el delito de robo con violencia seguirá siendo perseguible de oficio.

2.4.3. *El concepto de “delictum sui generis”*

No resulta sencillo definir unitariamente el término “*delictum sui generis*”. Ello se debe a que esta expresión ya fue empleada por la doctrina clásica, y todavía lo sigue siendo por la doctrina moderna, para aludir a *muchas clases de delitos diferentes*. Así, bajo la cobertura de la teoría de los “*delicta sui generis*”, la doctrina alemana ha venido planteándose la solución a cuestiones tan dispares como, por ejemplo, la existencia de una relación de autonomía o de dependencia entre el delito de asesinato, de homicidio rogado, y de infanticidio con el de homicidio, los actos preparatorios punibles y el delito intentado con el delito consumado, las formas de intervención en el delito de participación con la que determinan una relación de autoría, y los delitos especiales impropios con los delitos comunes paralelos. Ello provoca que sea difícil referirse *en concreto* a algún elemento interno o externo que contribuya a reconocer un delito como *sui generis*. Un tal concepto requiere, ciertamente, de un esfuerzo de concreción en cada caso del rasgo determinante del carácter *sui generis* del delito. A la vista de lo anterior, no puede sorprender la existencia en la doctrina de una gran cantidad de criterios doctrinales diferentes para la determinación del referido concepto, así como la utilización, en ocasiones,

⁹⁶ Reformulando el ya referido ejemplo del hijo, imaginemos ahora que la sustracción no se produjera subrepticamente, sino mediante el uso de la violencia sobre el padre o la madre.

de idénticos argumentos en favor de soluciones de signo opuesto —esto es, la afirmación o negación de un *delictum sui generis*.⁹⁷

No obstante los inconvenientes existentes para la elaboración de un concepto *concreto* de *delictum sui generis*, un sector de la doctrina alemana clásica y contemporánea se ha esforzado por elaborarlo. Puede considerarse que estos esfuerzos doctrinales se iniciaron en los años 30 del siglo XVIII y llegan prácticamente hasta nuestros días.⁹⁸ En sus orígenes, la doctrina se refería a los delitos *sui generis* en relación con los delitos de preparación, tentativa, complot y favorecimiento de otros delitos previstos especialmente en la ley.⁹⁹

Sin embargo, hasta entrado el siglo XX, el concepto de delito “*sui generis*” no empezó a llamar poderosamente la atención de algunos de los más importantes integrantes de la doctrina penal alemana. Esta toma en consideración del concepto que nos ocupa dio como resultado la aparición de contribuciones doctrinales representadas por apreciables trabajos de investigación, así como algunas tesis doctorales de escasa difusión publicadas, sobre todo, a partir de 1950.¹⁰⁰ De entre los primeros merecen ser destacados por su importancia los realizados por SELIGMANN,¹⁰¹

⁹⁷ De esta opinión SELIGMANN, *Delictum sui generis*, p. 26.

⁹⁸ *Vid.* SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 22.

⁹⁹ *Vid.* SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 21.

¹⁰⁰ *Vid.*, entre otras, las tesis doctorales de Wilhelm HEIL, *Delicta sui generis*, 1951 (tesis de Heidelberg), Rudolf HILLEBRAND, *Delictum sui generis oder Verbrechenfall?*, 1955 (tesis de Colonia) o Martin FRÜHAUF, *Eigenhändige Delikte*, 1959 (tesis de Frankfurt).

¹⁰¹ *Vid.* SELIGMANN, *Delictum sui generis*, Berlín, 1920.

NAGLER,¹⁰² MAURACH,¹⁰³ SCHNEIDER,¹⁰⁴ HILLEBRAND,¹⁰⁵ HAFFKE¹⁰⁶ y HASSEMER.¹⁰⁷ En nuestro país, el mérito de sistematizar todo este material debe ser reconocido a CUELLO CONTRERAS.¹⁰⁸

El análisis de si un determinado delito debía ser contemplado como un delito distinto a otro, o bien como el mismo delito modificado que realizaron estos autores se extendió de los delitos antes mencionados a otros delitos, como los de participación y todos aquéllos en que, partiéndose de un delito básico, el legislador modificaba la pena en atención a la concurrencia de diversas clases de circunstancias. En el marco de esta última constelación de delitos, la teoría de los “*delicta sui generis*” se ocupó, por ejemplo, de la relación existente entre los delitos de parricidio (antiguo § 215 StGB), el homicidio a petición (§ 216 StGB) y el infanticidio (antiguo § 217 StGB) con el homicidio (§ 212 StGB) y el asesinato (§ 211 StGB); de la relación existente entre los delitos de hurto

¹⁰² Vid. NAGLER, “Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation”, ZakDR, 1940, y “Die Struktur des par.4 der Verordnung gegen Volksschädlinge”, ZakDR, 1940.

¹⁰³ Vid. MAURACH, “Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda”, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, 1954.

¹⁰⁴ Vid. SCHNEIDER, “Das eigenständige Verbrechen-ein überflüssiger Begriff”, NJW 1956.1.

¹⁰⁵ Vid. HILLEBRAND, “Nochmals: Das eigenständige Verbrechen — ein überflüssiger Begriff?”, NJW 1956.

¹⁰⁶ Vid. HAFFKE, “*Delictum sui generis* und Begriffsjurisprudenz”, JuS 1973.

¹⁰⁷ Vid. HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, Colonia-Berlin-Bonn-Munich, 1974.

¹⁰⁸ Vid. CUELLO CONTRERAS, “La frontera entre el *Concurso de leyes* y el concurso ideal de delitos: El delito «*sui generis*»”, ADPCP 1978.

común, hurto agravado, hurto entre familiares y robo; o de la relación entre los delitos improprios de funcionarios y los delitos comunes paralelos.¹⁰⁹

La doctrina del “*delictum sui generis*”, más que intentar definir el concepto de delito “distinto”, ha tratado de encontrar criterios prácticos para conocer cuándo un delito concreto lo es. No se trata, por tanto, de una doctrina con vocación teórica, sino de un criterio de orientación marcadamente práctica. No obstante, algunos autores se han esforzado por definir qué debe entenderse por “*delictum sui generis*”. Este es el caso de NAGLER y MAURACH.

Según NAGLER, el *delictum sui generis* consiste en una categoría que “se basa típicamente en una clase de delito ya regulada de otro modo con la que, por consiguiente es (al menos en parte) sustancialmente idéntica, pero que, por el contrario, aparece como una nueva construcción autónoma, por lo que se distingue desde un punto de vista externo de aquella clase de delito, excluyéndola”.¹¹⁰ Afirma NAGLER, además, que “por designio de la ley, el delito autónomo constituye, gracias a la especial formación de su tipo, un nuevo concepto de delito, y se contrapone, según esto, a otras clases de delitos de parecida estructura. La ley dota a esta construcción de un especial contenido de sentido y le permite llevar una vida propia”.¹¹¹ Al delito *sui generis* contrapone NAGLER el delito cualificado. En opinión de este autor, no puede decirse que el delito cualificado sea un delito “con vida propia” o “una nueva construcción

¹⁰⁹ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 29; NAGLER, ZakDR 1940, p. 365; MAURACH, *Materialien ...*, I, cit., pp. 251 ss.; HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, cit., pp. 2 ss., y 7 s.

¹¹⁰ Vid. NAGLER, *LK*, 8ª ed., 1957, p. 44.

¹¹¹ Vid. NAGLER, ZakDR 1940, p. 365.

autónoma” frente al tipo básico de referencia. El tipo de injusto del delito cualificado no es un tipo de injusto *distinto* al del tipo de injusto del tipo básico de referencia, sino que, al contrario, es una mera *extensión* o *prolongación* suya. NAGLER expresa esta idea mediante la siguiente *metáfora* —nótese el carácter *lingüístico* del concepto de NAGLER—: si el delito básico es un edificio, el delito cualificado no representa la construcción de *otro* edificio, de un edificio *distinto*, sino de un *nuevo* piso, de un piso *adicional* en el *mismo* edificio ya existente.¹¹² El criterio para conocer cuándo nos encontramos en presencia de un delito “*sui generis*” y cuándo ante un delito consistente en un simple *caso* derivado de otro delito no es, para NAGLER, una cuestión meramente lógica, sino valorativo-material. Según este criterio, el delito “*sui generis*” sería una *nueva formación*, una *síntesis de valor*, mientras que el *caso* no pasaría de ser una simple *variedad del valor* propio de otro delito. En muchas ocasiones, la valoración que subyace a esta distinción ya se encontraría presente, en opinión de NAGLER, en la propia sensibilidad popular.¹¹³

También MAURACH partió de la idea de que era necesario distinguir entre aquellos delitos que consisten en una “*variedad*” de un *delito básico*,¹¹⁴ en una forma de aparición del delito básico,¹¹⁵ por una parte, y “aquéllos otros a los que se da a la variedad criminal una tal independencia, que surge un *tipo autónomo* (delito independiente, *delictum sui generis*, y, con expresión menos feliz, delito especial)”, por otra.¹¹⁶

¹¹² Vid. NAGLER, ZakDR 1940, p. 366.

¹¹³ Vid. CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1978, p. 50.

¹¹⁴ Vid. MAURACH, *Materialien ...*, I, cit., pp. 250 s.

¹¹⁵ Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 281.

¹¹⁶ Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 281.

Por lo que respecta los delitos consistentes en una “*variedad*” de un delito básico, MAURACH explicó la relación de existente entre ambos como una relación “por capas” (“*Schichtungsverhältnis*”). Lo característico de esta relación por capas consistiría, en su opinión, en que la variedad del delito básico representaría una construcción a la que se le había incorporado una capa adicional que no estaba presente en el delito básico, de tal modo que en caso de que se decidiera retirar esta capa adicional, entonces volvería a aparecer la forma del delito básico en su forma original. Las cualificaciones y atenuaciones solo se “injertarían” al tipo básico sin llegar a echar, en cambio, raíces propias, de tal modo que se deduce una dependencia básica de la cualificación o el privilegio con respecto a la acción elemental tipificada en el delito básico.¹¹⁷ La relación existente entre la “variedad” cualificante o atenuante de un delito básico y este delito mismo era —siempre a juicio de MAURACH— meramente *cuantitativa*, de *plus-minus* o de *minus-plus*.¹¹⁸ Concorre para MAURACH, en suma, un simple tipo atenuado o agravado cuando lo único que se hace es añadir características agravantes o atenuantes de la pena la acción básica no modificada en su esencia.¹¹⁹

Las circunstancias que pueden conducir a la variedad criminal son, en opinión de MAURACH, múltiples. MAURACH se refirió tanto a circunstancias de naturaleza objetiva como a circunstancias de naturaleza subjetiva. Entre las primeras mencionó la modalidad de la conducta típica, el resultado, los antecedentes del autor, la profesionalidad, o la posición representativa que pueda ocupar el autor. Una de estas posiciones es la que

¹¹⁷ Vid. MAURACH, *Materialien* ..., I, cit., pp. 250 s.

¹¹⁸ Vid. MAURACH, *Materialien* ..., I, cit., p. 251.

¹¹⁹ Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 281.

ocupan aquellos sujetos que realizan la conducta típica encontrándose en el ejercicio del cargo. Según esto, pese a que reconoce que la cuestión es controvertida, MAURACH considera que los delitos impropios de funcionario constituyen variedades típicas no autónomas del delito básico¹²⁰. Por lo que respecta a las circunstancias de naturaleza subjetiva, MAURACH se refirió a la situación de necesidad, al ánimo de lucro y a la provocación¹²¹. En cuanto a los delitos autónomos, MAURACH distinguió entre un aspecto material y un aspecto formal. Si bien desde un punto de vista material, era preciso señalar que el delito autónomo *se derivaba* del delito básico de referencia, no era menos cierto que, *formalmente*, el delito autónomo devenía “una estructura jurídica unitaria de nuevo rango valorativo”, “un concepto autónomo de delito con contenido propio, con vida jurídica propia y con un ámbito especial de eficacia”. En el tipo penal autónomo los elementos integrados en el tipo básico se refunden para MAURACH, en suma, en una nueva unidad cerrada en sí.¹²²

2.4.4. *Aclaración terminológica: distinción entre “delictum sui generis”, delito autónomo y delito especial*

La denominación “delito *sui generis*” se encuentra en casi todos los comentarios, manuales y trabajos monográficos de Derecho penal aparecidos en Alemania desde principios del s. XIX. También se ha señalado que la presencia de este concepto en la literatura alemana no consiguió materializarse, sin embargo, en la elaboración de una definición del término que nos ocupa. La doctrina se ha referido a este concepto

¹²⁰ Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 291.

¹²¹ Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, I, cit., pp. 281 s.

¹²² Vid. MAURACH, *Materialien ...*, I, cit., p. 251.

dando por sentado que el conocimiento de su significado se presupone como si ya pudiera entenderse por sí mismo. Se limita a describirlo por medio de registros y frases hechas. Algunas de ellas ya han sido apuntadas *supra*. Una de las principales consecuencias de la falta de determinación del contenido del concepto de delito “*sui generis*” es la ausencia de una denominación única para el *delictum sui generis*. La doctrina designa esta modalidad delictiva con una gran multiplicidad de términos dispares entre sí. Alguno de estos términos son los siguientes: “delito especial” (“*sonderbares, besonderes Delikt*”, “*Sonderdelikt*”), “delito autónomo” (“*selbständiges Verbrechen*”), “delito particular” (“*eigenartiges Verbrechen*”), “delito propio” (“*delictum proprium*”, “*eigentümliches Verbrechen*”), “delito que es punible en sí” (“*Delikt, das an sich strafbar ist*”) o “delito con forma propia” (“*eigenartiges Verbrechen*”).¹²³ Esta tendencia se ha venido mantenido en la literatura alemana hasta la actualidad.

El empleo indistinto de los términos acabados de enumerar como sinónimos del concepto “delito *sui generis*” representa, en la mayor parte de los casos,¹²⁴ la introducción en el sistema dogmático de un grado de confusión difícilmente tolerable. Pero no es ésta, sin embargo, la objeción más importante que contra dicha equiparación terminológica puede formularse. La crítica decisiva es aquélla que pone de manifiesto que la utilización indistinta de aquellos términos como sinónima de la

¹²³ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., pp. 12 s. y 25 ss.; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 281.

¹²⁴ Pese a mostrarse muy crítico con todas las denominaciones restantes, SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 39, salva de sus objeciones el término “delito con forma propia” (“*eigenartiges Verbrechen*”), ya que le parece la expresión que más fielmente reproduce el sentido del término latino “*Delictum proprium*”, sinónimo —éste sí— del término delito “*sui generis*”.

denominación “*delito sui generis*” resulta improcedente porque los términos en juego carecen, en realidad, de un significado unívoco. Ello resulta especialmente evidente en relación con dos de las expresiones empleadas por la doctrina como posibles sustitutivos del concepto delito “*sui generis*”: “*delito autónomo*” y “*delito especial*”. El alcance de estos dos conceptos no coincide con el del delito “*sui generis*”.

a) *Distinción entre los conceptos “delito «autónomo» y “delito «sui generis»”*

La mayoría de los autores alemanes que se han detenido en el análisis de los delitos “*sui generis*” aluden a los delitos “*sui generis*” y a los delitos *autónomos* (*eigenständige* o *selbständige Delikte*) de forma indistinta¹²⁵, como si el significado de estas dos categorías delictivas fuera el mismo. Este es el caso, por ejemplo, de SCHNEIDER,¹²⁶ MAURACH¹²⁷ y HASSEMER.¹²⁸ Los términos “delito *sui generis*” o “distinto” y “delito autónomo” no son, sin embargo, sinónimos. Como ya ha sido puesto de manifiesto *supra*, no todos los delitos de los que resulta posible predicar la condición de “distinto” de otro son también delitos autónomos del delito al que están referidos. Así, por ejemplo, los tipos de tentativa o de preparación son tipos *distintos* —deben ser considerados “delitos” en el sentido del Código penal— pero *dependientes* de aquéllos que tipifican la lesión consumada del mismo bien jurídico —el tipo de

¹²⁵ Existe un tercer término, “delitos propios” (*eigenartige, eigentümliche Delikte*), al que también acude la teoría del delito “*sui generis*” como expresión sinónima de las dos que nos ocupan. Vid. HAFFKE, JuS 1973, p.402.

¹²⁶ Vid. SCHNEIDER, NJW 1956. I, p. 702.

¹²⁷ Vid. MAURACH, *Materialien* ..., I, cit., p. 249.

¹²⁸ Vid. HASSEMER, *Delictum sui generis*, cit., pp. 2 s.

tentativa o de preparación tan solo se aplicará en caso de que no se produzca la consumación por una causa ajena a la voluntad del sujeto—. Algo parecido sucede con los tipos de participación. Esta clase de tipos se caracteriza por que, a pesar de constituir delitos *distintos*, son *accesorios* (dependientes) de los respectivos delitos de autoría. Solo será posible castigar una conducta de participación cuando haya un hecho principal cometido por un autor. En caso de que la conducta del presunto partícipe fuera, además, directamente subsumible en el tipo de autoría de la parte especial, entonces tampoco aquí se castigará por el tipo de participación. Ello se explica por que entre los tipos en juego se da una relación de concurso de leyes que debe ser resuelta en favor del tipo de autoría por aplicación del principio de subsidiariedad tácita. La consecuencia dogmática más importante que se deriva del carácter dependiente o autónomo de un delito es que en la primera de estas dos constelaciones de delitos no caben ni las formas imperfectas de ejecución ni las formas de intervención en el delito distintas a la autoría. Resulta obvio que estas consecuencias dogmáticas no pueden extenderse a todos los delitos *distintos*, sino únicamente a aquéllos que, *además*, dependen de otro delito. Carácter *distinto* y carácter *dependiente* de un delito son, por tanto, dos aspectos diferentes que pueden congregarse en un mismo delito.¹²⁹

Aunque de alguna parte de la exposición de SELIGMANN parece deducirse que la equiparación entre delito autónomo y delito “*sui generis*” se encuentra en la base de su planteamiento, lo cierto es que este autor acaba concluyendo, finalmente, que un delito puede ser *sui generis* y dependiente a la vez. SELIGMANN divide los delitos en dos grandes grupos: a) delitos principales o básicos; y b) delitos derivados, accesorios, o subcasos de concretos delitos individuales. SELIGMANN parece identificar los delitos principales o básicos (a) con los delitos “*sui generis*”. Son delitos principales, en su opinión, aquellos delitos históricamente consolidados a los que el legislador ha designado en la mayor parte de las ocasiones con un determinado “*nomen*

¹²⁹ De esta opinión SELIGMAN, *Delictum sui generis*, cit., pp. 36 s.

iuris delicti” conocido (así, por ejemplo, los delitos de hurto, injurias, lesión corporal, estafa, etc.). Permanecen completamente autónomos, con identidad de valor entre sí, sin relación alguna. En la mayor parte de las ocasiones cada uno de ellos domina un capítulo especial. Se diferencian por la naturaleza del objeto de ataque, del bien jurídico penalmente protegido. Frente a estos delitos principales o básicos se presentan los delitos derivados, accesorios, o subcasos de concretos delitos principales a los que se añaden. Estos delitos se encuentran necesitados de un complemento, ya que no podrían existir partiendo exclusivamente de sí mismos. Por una parte presentan todos los criterios esenciales del delito partiendo del cual se constituyen, por otra parte no son completamente congruentes con éste, no se cubren con éste, sino que se diferencian por medio de presupuestos más limitados o más amplios. Se encuentran en una relación valorativa con el delito principal, o bien son más, o bien son menos. SELIGMANN indica que BELING habla de una “relación de más-menos” (“*Plus-Minus-Verhältnis*”). O bien se añade un nuevo elemento en ellos que crea el tipo especial de delito de segundo rango, esa subclase de delito, o bien falta uno de los elementos constitutivos del tipo del delito básico. SELIGMANN concluye que su naturaleza derivada es fácilmente reconocible como tal. SELIGMANN divide los delitos derivados o accesorios en dos grandes grupos: a) los tipos derivados dependientes (subtipos); b) los delitos derivados independientes (tipos propios). SELIGMANN considera posible esta clasificación de los delitos accesorios en sus dos modalidades. Esto se admite en general para los supuestos de modificación de la pena.¹³⁰ Los tipos propios son aquellos que debe y puede definirse en relación al supraconcepto delito como “*delictum sui generis*”. Por una parte no son tan autónomos como los tipos básicos, porque siempre se adhieren a un tal delito, por otro lado no son tan dependientes como los subtipos, porque no son meras modalidades de su forma primitiva, sino que están separados de ésta y equiparados valorativamente a ésta al margen de ciertas limitaciones.¹³¹ Por todo lo anteriormente expuesto, SELIGMANN considera que es incorrecto designar a los delitos *sui generis* con el término “delitos autónomos”, ya que ésta última es una denominación a la que cabría acudir en relación con los delitos básicos, pero no para los delitos accesorios *dependientes*. A juicio de SELIGMANN, el término “delito autónomo” pone el acento tan solo en un único aspecto de la esencia del *delictum sui generis*: su diferencia de los delitos derivados dependientes. Nada dice, sin embargo, sobre la delimitación de los delitos derivados con respecto a los delitos principales. SELIGMANN no estima adecuado definir los delitos *sui generis* como delitos autónomos. En opinión de este autor, los delitos *sui generis* son, en realidad, tipos accesorios independientes (*unabhängige Nebentatbestände*).¹³²

¹³⁰ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 38.

¹³¹ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 39.

¹³² Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 40.

b) *Distinción entre los conceptos “delito «especial»” y “delito «sui generis»”*

Otro de los errores en que algunos autores alemanes incurren de un modo más habitual es el consistente en considerar los conceptos de delito “*sui generis*”, delito *autónomo* y delito *especial* conceptos sinónimos. Este error lo cometen, por ejemplo, MAURACH¹³³ y LANGER.¹³⁴ Esta disparidad terminológica no superaría el umbral de lo meramente anecdótico de no ser porque las expresiones de referencia barajadas: a) ni comparten un único significado; b) ni son, en realidad, expresiones sinónimas a la de “*delito especial*”. Así, mientras que el empleo de los términos “*Delicta sui generis*” y “*Delicta propria*” se ha referido tradicionalmente a aquella construcción de la Ciencia del Derecho penal que pretende conocer cuándo es posible conferir a un delito el carácter de *distinto* de todos los demás, el término “*delito autónomo*” alude, en cambio, a aquella clase de delitos que se caracteriza por su *independencia* en relación con un determinado delito de referencia respecto del cual presenta, en principio, alguna vinculación (argumento a). Por otra parte (argumento b), el alcance del significado de los conceptos de “*Delicta sui generis*”, “*Delicta propria*”, o “*delitos autónomos*” no equivale exactamente al de la expresión “*delitos especiales*”, porque el primero es, en parte, *más amplio* y, en parte, *más limitado* que el segundo. Para la comprobación de que el ámbito del concepto de “*delictum sui*

¹³³ Vid. MAURACH, *Materialien ...*, I, cit., p. 249; el mismo, *Tratado de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 283. No obstante ello, el propio MAURACH reconoce en otro lugar que el uso indistinto de los términos “*Delictum sui generis*” y “delito especial” no constituye una solución precisamente “feliz”. Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 281.

¹³⁴ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 27, 445 s. y *passim.*; HASSEMER, *Delictum sui generis*, cit., p. 2, nota 7.

generis” es, en efecto, de mayor amplitud que el de “delito especial” basta con recordar que la doctrina penal alemana de principios del siglo XX clasificaba los *delicta sui generis* en dos grupos de delitos completamente distintos —las *formas de aparición* del delito, que tipifican la infracción de preceptos de la Parte General sobre tentativa, preparación, participación, etc.; y los *supuestos de modificación* (en sentido agravante o atenuante) de la pena prevista en un delito básico—,¹³⁵ perteneciendo una de las clases de delitos especiales (los impropios) a uno de estos dos grupos —concretamente al de los supuestos de modificación de la pena—. ¹³⁶ La *especie* o la *parte* de los delitos especiales no equivalen al *género* o el *todo* representado por los delitos “*sui generis*” o delitos *distintos*, sino que constituyen (o más concretamente una de sus modalidades, la correspondiente a los delitos especiales impropios),¹³⁷ entre otras múltiples clases de delitos, tan solo una de las que integran aquel concepto. Pero también puede decirse que el alcance del concepto de delito “*sui generis*” es, en cierto sentido, *más limitado* que el correspondiente al delito especial. Ello se explica por que el primero de estos dos conceptos no puede aportar información alguna sobre el aspecto que en mayor medida caracteriza a los delitos especiales: la limitación típica del círculo de posibles autores del delito.¹³⁸

¹³⁵ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 27.

¹³⁶ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 29.

¹³⁷ En opinión de SELIGMANN, ni siquiera era posible afirmar que todos los delitos especiales impropios eran delitos “*sui generis*”, sino que esta condición tan solo era predicable de algunos de estos delitos. Este era el caso, por ejemplo, del delito de apropiación indebida de funcionario y de los delitos impropios de funcionario. Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 29.

¹³⁸ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., pp. 12 s. y 19.

No puede compartirse, sin embargo, la idea defendida por HAFFKE,¹³⁹ según la cual los delitos especiales “no tienen nada que ver” con la categoría de los *Delicta sui generis*. Una de las ideas centrales del presente trabajo es, precisamente, la siguiente: todos los delitos especiales son delitos distintos (*delicta sui generis*). Esta premisa, que para el caso de los llamados delitos especiales propios prácticamente puede tener visos de argumento tautológico, reviste especial importancia, en cambio, en el ámbito de los delitos especiales impropios. En efecto, para decidir cómo deben ser resueltos los múltiples problemas concursales, de error, o de participación de sujetos no cualificados, es preciso conocer cuál es el hecho típico realizado por el autor principal (el sujeto cualificado), y, más concretamente, si ese hecho representa una mera variedad típica del delito común correlativo, o bien constituye un delito distinto (*delictum sui generis*), dando lugar, así, a un nuevo título de imputación.¹⁴⁰

2.4.5. *Los indicadores de sustantividad de la doctrina del “delictum sui generis”*

Como se ha avanzado *supra*, la doctrina del “*delictum sui generis*” tiene una vocación decididamente. Por ello, la principal aportación de esta doctrina reside en la elaboración de criterios que permitieran determinar si un delito tiene o no sustantividad propia. Estos criterios reciben el nombre de “indicadores” o “indicios de sustantividad”.¹⁴¹ A continuación serán objeto de análisis los *cinco* indicadores más asiduamente defendidos por la doctrina del delito “*sui generis*”. Estos indicadores son los siguientes: a) Que el delito tenga un “*nomen iuris*” propio); b) Que la consecuencia jurídica del delito esté prevista como una pena nueva, no como una pena dependiente o derivada de otro marco penal (indicador penológico); c) Que el tipo se encuentre ubicado en un capítulo distinto al capítulo donde se

¹³⁹ Vid. HAFFKE, JuS 1973, p. 402.

¹⁴⁰ Cree, por el contrario, que los términos “delito especial” (traducido en alemán como “*Sonderverbrechen*”, “*Sonderdelikt*” o *Sonderstraftat*”) y “delito propio” (“*Delictum proprium*”) tienen el mismo significado LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 23.

¹⁴¹ Vid. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias ...*, cit., p. 292.

encuentre el tipo respecto del que se discute su condición de “distinto” (indicador sistemático); d) Que el delito se refiera a un tipo de autor (indicador criminológico, político, jurídico y filosófico); y e) Que el delito lesione o ponga en peligro un bien jurídico distinto (indicador teleológico).¹⁴²

a) *Indicador del “nomen iuris delicti”*

a.1. *Exposición*

Un primer indicio de la presencia de un delito “distinto” es que dicho delito tenga un *nomen iuris* propio. El delito con *nomen iuris* propio se distinguirá ya del delito respecto del que se plantea su condición de “distinto”, por tanto, en su *nombre* mismo. Si, por el contrario, el delito cuya sustantividad con respecto a otro delito pueda constituir objeto de discusión conserva *el mismo nombre* que éste último, entonces se tratará también del mismo delito ¹⁴³. Así, por ejemplo, en la ya tradicional discusión doctrinal sobre si el delito de asesinato es un delito distinto al delito de homicidio, o bien si es, por el contrario, una mera modalidad del mismo, un argumento en favor de la primera de estas dos opciones planteadas viene representado por el hecho de que el propio legislador denomine al delito de asesinato con un nombre distinto al del homicidio. Ello es lo que ocurre precisamente tanto en el CP español como en el StGB alemán. Así, el art.139 CP señala que “será castigado con la pena de prisión

¹⁴² Vid. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias ...*, cit., p. 292; CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1978, p. 40.

¹⁴³ Vid. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias ...*, cit., p. 292; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, PG*, I, cit., p. 318; en relación con el asesinato GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS / GRACIA MARTÍN (coord.), *Comentarios al Código penal, PE*, I, cit., p. 33.

de quince a veinte años, *como reo de asesinato*, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: (...)”. También la rúbrica del § 211 StGB alemán, por su parte, denomina al delito en él incorporado “asesinato” (*Mord*). En el ámbito de los delitos especiales impropios, el CP de 1944 mostraba dos claros ejemplos de delito que, atendiendo exclusivamente al indicador del *nomen iuris*, debían ser considerados, sin lugar a dudas, delitos “distintos” a los delitos comunes de referencia. Estos delitos eran los delitos de *parricidio* y de *infanticidio*, hoy abolidos como tales. Ello se desprende a las claras del art. 405 y de la rúbrica al Capítulo II del Título VII del CP de 1944. De acuerdo con el art. 405 CP, “el que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, *como reo de parricidio*, con la pena de reclusión mayor”. La rúbrica del Capítulo II del Título VII del CP de 1944 alude expresamente, por su parte, al delito de “*infanticidio*”.

En Alemania defendió la validez de este criterio SELIGMANN,¹⁴⁴ pero en un sentido distinto, en cierto modo incluso opuesto. SELIGMANN distinguió entre los delitos básicos o principales, y los delitos dependientes. Los delitos *sui generis* pertenecen, en su opinión, al segundo de estos grupos. Uno de los criterios que permiten decidir el carácter básico o dependiente de un delito es —a juicio de este autor— precisamente el criterio del *nomen iuris*. Pero al acudir a este indicador para afirmar la existencia de un delito *sui generis*, SELIGMANN lo empleó para negarla. Según este autor, todos los delitos básicos tienen su propio nombre, mientras que los delitos accesorios — categoría a la que, recuérdese, pertenecen los delitos *sui generis* según SELIGMANN— o bien carecen de nombre, o bien tienen el mismo nombre que el delito principal. El dato relativo a si un delito es o no designado con un nombre determinado no ha sido empleado en Derecho penal únicamente como indicador de sustantividad. Ya en el siglo XVII CARPZOV (en relación con la práctica jurídica sajona) y el tirolés FRÖHLICH von FRÖHLICHSBURG pusieron de manifiesto que la designación legal de un delito con un determinado *nomen iuris delicti* puede servir, junto a otros criterios, para distinguir los *crimina extraordinaria* de los *ordinaria*. Los primeros eran aquellos delitos que, a pesar de no encontrarse previstos en la ley, podían ser objeto de castigo si el juez lo estimaba conveniente. Esta distinción, acuñada por el Derecho común, representó una clara ruptura del principio “*nullum crimen sine lege*”. Por este motivo, la imposibilidad de

¹⁴⁴ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., pp. 31 s. 40 y 167.

seguir manteniendo esta clasificación de los delitos en el actual contexto dogmático está fuera de toda duda.¹⁴⁵

La idea de que cabe deducir la esencia de un delito del término elegido por el legislador para designarlo, o para designar al menos a su elemento distintivo con respecto a los restantes delitos, alcanzó gran aceptación en las tesis nacionalsocialistas de algunos de los integrantes de la Escuela de Kiel. Esta dirección recibió la distinción entre injusto y culpabilidad como un producto derivado del pensamiento racionalista, deductivo, analítico y lógico-formalmente separador propio del Liberalismo clásico del siglo XIX. Por este motivo, la referida distinción entre antijuricidad y culpabilidad debía ser superada. Se imponía una contemplación conjunta o global del delito, una consideración del delito separada de aquel formalismo abstracto que dividía artificiosamente su estructura en diferentes elementos. Uno de los más destacados representantes de la dirección de Kiel, Georg DAHM, defendió desde esta crítica a los principios del Liberalismo clásico una nueva versión del indicador del “*nomen iuris*”. Fuertemente influenciado por la fenomenología de HUSSERL, DAHM creyó que no era posible elaborar reglas generales que permitiesen conocer la esencia de todas las modalidades delictivas. Antes al contrario, cada forma de aparición del delito debía ser analizada en concreto. Uno de los baremos de mayor utilidad para la interpretación de los preceptos penales era para DAHM el lenguaje popular.¹⁴⁶ Se trataba de descender a la realidad fenomenológica y comprobar empíricamente dónde residía lo esencial de cada clase de delincuente o de cada modalidad delictiva en concreto, para conocer, en segundo lugar, de qué modo recoge aquella esencia el lenguaje popular. Esto puede hacerlo refiriéndose o bien al autor del delito, o bien a la conducta que realiza o al resultado producido. Sucede lo primero, por ejemplo, con las expresiones populares “traidor”, “asesino”, “ladrón”, “estafador” o “extorsionador”. Ocurre, en cambio, lo segundo con las expresiones “lesiones” o “apropiación indebida”. DAHM extrae de esta distinción una importante consecuencia: mientras que en aquellos casos en que el lenguaje popular permite designar a un sujeto con un determinado nombre, la esencia del delito residirá en la “voluntad” del sujeto, y no en la realización de la conducta o la producción de un resultado. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del “ladrón”. Según DAHM, no es ladrón aquél que sustrae a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela antijurídicamente, sino solamente aquél que «de acuerdo con su esencia es un ladrón».¹⁴⁷ Cuando el lenguaje popular designa a un delito mediante una designación referida a la conducta o al resultado, algunas de estas designaciones son recogidas por el legislador penal a modo de título o rúbrica del correspondiente delito. Pues bien: en opinión de

¹⁴⁵ Vid. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen ...*, cit., pp. 39 ss.

¹⁴⁶ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937, p. 55.

¹⁴⁷ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau ...*, cit., p. 82.

DAHM, el título o rúbrica de cada delito permitía describirlo sintéticamente por medio de palabras clave en aras de una interpretación sencilla y natural que se acercaba más a su esencia que la más completa de sus definiciones.¹⁴⁸ Tal es la importancia que DAHM reconoce al lenguaje popular y a los títulos o rúbricas del StGB como reflejo del mismo que llega incluso a identificar la esencia del delito con su nombre.¹⁴⁹ El nombre de un delito vendría a expresar lo más característico, lo más llamativo de un delito¹⁵⁰. Esta equiparación de nombre y esencia la considera DAHM un avance, una profundización del conocimiento con respecto a la “superficialidad del pensamiento científico tradicional”.¹⁵¹

a.2. *Valoración crítica*

¿Significa lo anteriormente expuesto que el delito de homicidio y los antiguos delitos de parricidio y de infanticidio eran delitos *distintos* al delito de homicidio? La respuesta a esta pregunta debe ser *negativa*. Salta a la vista que la cuestión relativa a si un delito tiene o no sustantividad propia no puede decidirse acudiendo exclusivamente al criterio del “*nomen iuris*”. Señala con razón BOLDOVA PASAMAR que el indicador del “*nomen iuris delicti*” es, en realidad, una mera consecuencia de la propia evolución histórica del lenguaje¹⁵², influenciada por razones de orden social o cultural, y de las particularidades lingüísticas del idioma que de aquella evolución se derivan. Pese a haber sido tradicionalmente reconocido en la doctrina como un indicio clave para afirmar la concurrencia de un “título

¹⁴⁸ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau* ..., cit., p. 81.

¹⁴⁹ “(...) lo que es relevante para el nombre, esto es, para la esencia del delito (...)”: Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau* ..., cit., p. 82.

¹⁵⁰ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau* ..., cit., p. 52.

¹⁵¹ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau* ..., cit., p. 82.

¹⁵² Vid. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias* ..., cit., p. 296. Sobre el carácter no determinante del lenguaje ordinario en orden a la resolución de problemas de autoría y participación, así como sobre su función de contribuir a la determinación del “sentido literal posible” de la ley como límite que no puede sobrepasar el intérprete, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 97.

de imputación distinto”, resulta evidente, sin embargo, que no es satisfactorio admitir que un tal indicador pueda tener, sin más, un reflejo jurídico en materias como, por ejemplo, la relativa a la participación en esa figura delictiva. Ello se debe a que se trata de un criterio de carácter meramente *formal*. Que el legislador haya tenido a bien denominar “asesinato” a la muerte de otro producida bajo determinadas circunstancias que contribuyen a agravarla no constituye más que un mero recurso de técnica legislativa que se limita a reflejar la asunción social de la idea de que el homicidio más grave recibe el nombre de “asesinato”. Lo mismo sucedía en el CP de 1944, en mi opinión, con los delitos de “parricidio” y de “infanticidio”.

Nombre del delito y título de imputación no son términos sinónimos. Admitirlo supondría, en realidad, una cierta petición de principio. No se trata de saber, así, si el hijo que mataba al padre cometía un delito de parricidio del art.405 CP de 1944. Ello resultaba indiscutible. De lo que se trataba en realidad era de conocer si la ejecución de tal conducta implicaba un cambio de título de imputación para el partícipe “*extraneus*” interviniente en el hecho. De si el parricidio era una modalidad del título de imputación representado por el homicidio, o bien si constituía un título de imputación diferente. Y ello no podía derivarse, sin más, de la denominación empleada por el legislador para el correspondiente delito. Pero esta objeción, sin duda de suficiente entidad para desvirtuar la validez exclusiva del criterio del *nomen iuris*, no es, sin embargo, la única que puede formularse contra el mismo.

El criterio del *nomen iuris* puede entrar en contradicción, en primer lugar, con otros criterios indicadores propuestos por la doctrina, como, por ejemplo, el criterio sistemático. Ello se evidencia en el ejemplo

del delito de violación. En efecto, cuando se trata de conocer si el delito de violación (art. 179 CP) constituye un delito distinto al delito de agresiones sexuales que no consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 178 CP) o es, por el contrario, una modalidad agravada de éstas últimas, en nada puede ayudar el criterio del *nomen iuris*. Atendiendo exclusivamente a este criterio, debería afirmarse, ciertamente, la condición de delito “distinto” de la violación, ya que, según el art. 179 CP “cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, *como reo de violación*, con la pena de prisión de seis a doce años”. Sin embargo, no es menos cierto que este art. 179 CP se encuentra ubicado en un capítulo (el primero del Título VIII del Libro II) que lleva por rúbrica “*de las agresiones sexuales*”. Lo afirmado según el indicador del *nomen iuris* lo desmiente, por tanto, el indicador sistemático.

Al indicador del *nomen iuris*, finalmente, no puede acudir para explicar el carácter *sui generis* de todos los delitos en relación con los que se plantea esta cuestión. En segundo lugar, el criterio objeto de análisis cuenta también con el límite de la existencia de una gran cantidad de delitos de la Parte Especial del CP que carecen de *nomen iuris*, sin que ello represente, sin embargo, un obstáculo insalvable para la afirmación de su condición de “distinto”, o sin que ello signifique que ésta no resulte, cuanto menos, discutible.¹⁵³ Así, por ejemplo, nada puede aportar el criterio que ahora nos ocupa con respecto a si delitos tales como el de detenciones ilegales cometidas por Autoridad o funcionario público (art. 167 CP),

¹⁵³ BOLDOVA PASAMAR pone como ejemplos los delitos contra la seguridad en el tráfico o los delitos cometidos por funcionario público contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes (arts.178-204 bis a) CP de 1944). *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias ...*, cit., pp. 296 s.

allanamiento de morada cometido por Autoridad o funcionario público (art. 198 CP) y descubrimiento y revelación de secretos (art. 204 CP), ya que en ninguno de estos tres delitos emplea el legislador término alguno para designarlos.

Es preciso señalar, por último, que no todas las denominaciones empleadas por el legislador para designar a un delito resultan del todo apropiadas o completas. Este era el caso, por ejemplo, del término “infanticidio” del art. 410 CP de 1944. Esta denominación obviaba en relación con el delito que designaba información relativa a elementos del tipo tan relevante como la correspondiente a la condición de recién nacido del sujeto pasivo, a la concreta relación de parentesco en que debía encontrarse el sujeto activo con respecto al pasivo para poder ser autor del delito, o al ánimo de ocultar la deshonra de la madre como elemento subjetivo del injusto del delito.¹⁵⁴

En suma: no cabe negar que el nombre empleado por el legislador para designar a un determinado delito puede constituir un indicio sobre los elementos diferenciales de ese delito con aquél o aquéllos respecto de los que pueda discutirse su condición de “distinto”¹⁵⁵; pero es igualmente indudable que el carácter esencialmente *formal* de este indicador lo convierte, sin embargo, en un criterio del todo insuficiente para resolver la cuestión de la *alteridad* de un delito respecto de otro.

¹⁵⁴ Vid. BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias ...*, cit., p. 297.

¹⁵⁵ Afirman, en cambio, —en mi opinión de modo demasiado drástico— que el nomen iuris de un delito no guarda relación alguna con su posible condición de delito *sui generis* BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias ...*, cit., pp. 296 s.

También la formulación de la doctrina del “*nomen iuris*” defendida por DAHM durante la vigencia del régimen nacionalsocialista en el marco de una concepción fenomenológica del delito vinculada a la importancia del lenguaje popular debe ser objeto de una valoración negativa. El referido uso cotidiano del lenguaje, al que DAHM acudió ciegamente como baremo sin el que resultaba imposible aprehender la esencia fenomenológica de un delito, en absoluto constituye una realidad incontrovertida e invariable. Antes al contrario, el lenguaje popular cotidiano es poco claro, vacilante y susceptible de manipulación. Esta circunstancia se advierte claramente a la luz del ejemplo representado por el delito de aborto. En efecto, ¿puede decirse que un supuesto de interrupción del embarazo médicamente indicado o conforme a derecho por otras razones constituye un “aborto” en el sentido que a este término le atribuye el lenguaje popular? DAHM afirmó, por ejemplo, que un tal comportamiento no podía ser castigado como delito porque no se correspondía con el concepto “popular” de “aborto”: interrupción del embarazo no indicada médicamente ni justificada por otras causas. No obstante la aparente corrección de esta apreciación, debe admitirse que la cuestión planteada resulta altamente controvertida. En efecto, no puede descartarse en absoluto que el término “aborto” signifique en lenguaje popular “toda interrupción del embarazo”. Si ello fuera así, cosa que parece posible, entonces el sentido en que DAHM empleó el término “aborto” era contradictorio con el propio uso del lenguaje cotidiano.

A juicio de SCHWINGE / ZIMMERL, esta última circunstancia no fue más que una consecuencia del error de DAHM de identificar la esencia del delito con su nombre. O traducido a una terminología más actual: de identificar el “tipo de injusto total” con el “tipo”. En efecto, el nombre de un delito es elegido en ocasiones teniendo en cuenta el “tipo de

injusto total”, mientras que en otros casos la denominación elegida por el legislador se extrae exclusivamente del “tipo” como primer juicio de desvalor. Lo primero sucedería, por ejemplo, con el asesinato o el robo. Lo segundo, con el aborto o el homicidio rogado. En la elección del nombre del delito, el legislador no se encuentra vinculado por el sentido conferido a los términos por el uso cotidiano del lenguaje del profano. No obstante ello, las nomenclaturas empleadas por la ley no suelen contradecir al lenguaje popular. Una tal técnica legislativa no persigue poner de manifiesto, sin embargo, que la esencia del delito dimana directamente del sentido popular de los términos. Lo que pretende es, antes bien, aumentar la popularidad de la ley, convirtiéndola en un instrumento socialmente útil y fácilmente inteligible frente a las imprecisiones del lenguaje popular.¹⁵⁶ No es correcto, por tanto, llegar a la esencia de un delito a partir de su nombre.

SCHWINGE / ZIMMERL aluden a un ejemplo de la época nacionalsocialista revelador de que esto es así: la regulación que la Novela de 1934 hizo de los delitos de “alta traición” y de “traición al Estado”. El legislador de 1934 incluyó los delitos con y sin traición en el mismo capítulo e incluso en el mismo párrafo que los respectivos comportamientos sin infracción del correspondiente deber de fidelidad. La coincidente ubicación sistemática en el StGB de todos estos delitos con total independencia de si constituían o no infracción del deber de fidelidad vino a poner de manifiesto la inexistencia de diferencias *esenciales* entre unas y otras conductas¹⁵⁷. El ejemplo de SCHWINGE / ZIMMERL vino a poner en entredicho, ciertamente, la validez del indicador del “*nomen iuris*” cuando entraba en contradicción con otro indicador de sustantividad. En el

¹⁵⁶ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau* ..., cit., pp. 51 y 87 s.

¹⁵⁷ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau* ..., cit., p. 52.

caso planteado por el referido ejemplo, la conclusión a la que cabría llegar a partir del indicador del “*nomen iuris*” entra en contradicción con la que resultaría de la aplicación del indicador “sistemático” (indicador referido a la ubicación sistemática del delito en un capítulo distinto del Código penal). A pesar de ello, el ejemplo de SCHWINGE / ZIMMERL tampoco constituye un argumento definitivo contra el indicador del “*nomen iuris*”, ya que parte de un presupuesto que se encuentra lejos de ser incontrovertido: la validez del indicador sistemático.¹⁵⁸

La ambigüedad, falta de claridad y manipulabilidad del lenguaje popular como baremo interpretativo no constituyó, de todos modos, un contratiempo para la concepción de DAHM. Antes al contrario, en aquellas tres características del lenguaje popular residió, en realidad, una de las claves del sentido de su concepción. Como señaló MEZGER, esta dirección de Kiel se apoyó en la nebulosa del confuso lenguaje popular con el fin de someter al Derecho penal a un severo proceso de “caotización” que permitiese dar cobertura legal a la barbarie nazi.¹⁵⁹ Al margen de los deleznable fines perseguidos por el recurso de DAHM al lenguaje popular, que quedan desacreditados por sí mismos, se impone aquí una reflexión metodológica. Frente a una concepción como la de DAHM que se apoyó en una completa falta de claridad y de reglas que pretendió partir de una concepción global del delito no distintiva en elementos y orientada a factores tan poco conectados a lo jurídico-material como el lenguaje popular o el “elemento más llamativo” del delito con el fin de adaptarse a una tópica fenomenológica puesta al servicio de los más execrables fines políticos, se presenta como claramente preferible un método analítico del delito que lo describa en sus distintos elementos y que permita una aplicación más garantista del Derecho penal.¹⁶⁰

b) *Indicador de la consecuencia jurídica del delito como marco penal distinto o no dependiente de otro marco penal (indicador penológico)*

b.1. *Exposición*

¹⁵⁸ Para una detenida exposición y crítica del indicador sistemático, *vid. infra*.

¹⁵⁹ *Vid.* SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau ...*, cit., p. 82.

¹⁶⁰ *Vid.* SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau ...*, cit., pp. 55 s.

Un segundo sector doctrinal sostiene que también puede reconocerse a un delito como distinto de otro por el modo en que viene expresada la consecuencia que el legislador ha previsto para el mismo. Esto es, por su *consecuencia jurídica*. Se defienden dos versiones distintas de este indicador de sustantividad *penológico*. De acuerdo con la primera versión, si la ley ha determinado el marco penal del tipo cuya sustantividad es objeto de discusión sin remisión al marco penal del otros tipos, ello significará que el tipo de injusto del delito en cuestión tiene sustantividad propia. En caso de remisión, el delito deberá ser considerado como un mero subtipo derivado del tipo o los tipos a los que se remite el legislador.¹⁶¹

Así, por ejemplo, los delitos de detenciones ilegales, allanamiento de morada y descubrimiento y revelación de secretos cometidos por Autoridad o funcionario público (arts. 167, 198 y 204 CP, respectivamente), disponen todos ellos marcos penales para cuya concreción es preciso remitirse a los marcos penales de los correspondientes tipos cometidos por un particular. La pena prevista concretamente en los delitos cometidos por Autoridad o funcionario es la pena del correspondiente delito cometido por un particular en su mitad superior, a la que se le añade una pena de inhabilitación. De acuerdo con el criterio penológico que nos ocupa, lo acabado de señalar debería constituir un indicio de que los delitos objeto de análisis no constituyen delitos especiales impropios distintos de los correspondientes delitos comunes paralelos, sino meros *subtipos agravados* de los correspondientes tipos cometidos por particular. Se ha apuntado *supra* que no es ésta, sin embargo, la única versión del indicador penológico defendida por nuestra doctrina. Existe una segunda versión. Según esta segunda variante, un

¹⁶¹ Se han referido en Alemania a esta primera versión del indicador penológico NAGLER, ZakDR 1940, p. 367; MAURACH, *Materialien ...*, I, cit., p. 254.

delito sería distinto a otro si su marco penal fuera *sustancialmente distinto*. Esto es, que exista una importante diferencia de pena. Si ésta no fuera relevante, entonces se trataría de un simple tipo dependiente.¹⁶²

b.2. *Valoración crítica*

La primera versión del indicador penológico no puede ser admitida. Es un criterio propio de un formalismo decimonónico el de entender que la sustantividad o no sustantividad de un delito respecto de otro depende de si el legislador ha tenido a bien disponer para el delito de referencia un marco penal autónomo o dependiente de otro marco penal. Así, por ejemplo, y por seguir en el marco del ejemplo que ha servido a la exposición del indicador que nos ocupa, un importante sector de la doctrina española es del parecer de que los delitos previstos en los arts.167, 198 y 204 CP son delitos especiales impropios, sin que represente un obstáculo para ello la circunstancia de que el legislador se remita para la determinación de su pena al marco penal previsto para otro tipo.¹⁶³ Lo cierto es, en suma, que a la circunstancia de si un determinado tipo incorpora un marco penal “autónomo” o bien, por el contrario, uno “dependiente” del

¹⁶² Defiende entre nosotros esta segunda versión LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, PG*, I, cit., p. 319.

¹⁶³ *Vid.* COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON, *Derecho penal, PG*, cit., pp. 244 ss.; CARBONELL MATEU / GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, PE*, 2ª ed., cit., p. 168, 3ª ed., pp. 179 s., aunque con contradicciones. En la 4ª edición de su *Derecho penal, PG*, 15/42, también a MIR PUIG, pese a considerarla una cuestión “discutible”, le parecía “razonable” pronunciarse a favor de considerar el delito del art.167 CP como un delito especial. En la 5ª edición de su Tratado de Parte General, MIR PUIG estima preferible, en cambio, conferir al delito señalado la condición de tipo cualificado del delito de detenciones ilegales cometidas por un particular. *Vid.* MIR PUIG, op.cit., 15/43. Idéntica opinión defiende MIR PUIG, con ulteriores argumentos, en la 6ª edición de su Tratado: *Vid.* MIR PUIG, op.cit., 15/48. Expresamente en contra del indicador penológico se pronunció en Alemania SIGLOCH: *Vid.* CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1978, p. 52.

previsto para otro tipo no debe conferírsele demasiada importancia. La circunstancia señalada constituye, en realidad, una mera cuestión de técnica legislativa. Cuando la ley determina el marco penal de un tipo remitiéndose al de otro tipo, su finalidad no es la de declarar la existencia de una relación de dependencia material del primero respecto del segundo, sino que se está limitando a emplear un recurso de economía legislativa. Una cosa es el contenido de injusto de la conducta típica y otra la determinación de la pena que le corresponde. No cabe duda de que la cuestión relativa a si el marco penal de un tipo se remite o no a un segundo tipo no guarda relación con el primero de los dos aspectos mencionados, sino tan solo con el segundo. Ciertamente, el contenido de injusto de un delito puede ser cualitativamente distinto e independiente del contenido de injusto de otro delito y remitirse, no obstante ello, al marco penal de este segundo a los meros efectos de la determinación de la pena exclusivamente por razones de economía legislativa.¹⁶⁴

Algún crédito más considero que debe merecer, en cambio, la segunda variante del indicador penológico. Esto es, aquella en cuya virtud un delito debería ser considerado distinto de otro cuando su pena fuera sustancialmente distinta. De acuerdo con el planteamiento aquí defendido, un delito será distinto a otro cuando su tipo de injusto sea *cualitativamente* distinto. No bastará, por tanto, con una diferencia meramente *cuantitativa*. Si un delito comparte el mismo tipo de injusto de otro delito, aunque cualificado o privilegiado, entonces se tratará de un subtipo (cualificado o privilegiado). En suma: tanto si se trata de un delito *distinto* como si consiste en un mero *subtipo*, entre el delito de referencia y el delito respecto del que se cuestiona su sustantividad existe una diferencia de

¹⁶⁴ De esta opinión BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias ...*, cit., p. 292.

injusto. En el caso del delito distinto, la diferencia es *cualitativa*; en el caso del subtipo, *cuantitativa*. Esto significa, a su vez, que esta diferencia entre injustos es *mayor* en el primer caso que en el segundo. Pues bien: esta mayor diferencia de injustos bien podría corresponderse también con una mayor diferencia de pena. Y esta mayor diferencia de pena difícilmente podría quedar completamente reflejada por medio de la mera agravación o atenuación de la pena prevista en otro tipo. Cuando el legislador recurre a esta última técnica lo hace para *graduar* o matizar el contenido de injusto de un tipo, no para cambiar de tipo de injusto. Esto es: para expresar una menor diferencia de pena. De todo lo anterior se concluye que la segunda versión del indicador penológico que ahora se considera advierte satisfactoriamente que la distinta clase de diferencia que se produce entre los tipos de injusto de los delitos distintos entre sí, por una parte, y los delitos básicos y los derivados de éstos, por otra, también debe encontrar su reflejo en la pena.

Con todo, esta segunda versión del indicador penológico adolece de una extrema falta de concreción. En efecto, ¿cuándo podrá decirse que la “diferencia de pena con el tipo básico no es muy grande”¹⁶⁵ y nos encontramos, por tanto, ante un subtipo, o, por el contrario, que los marcos penales son “bastante distintos”¹⁶⁶ y nos hallamos, en cambio, ante un delito también distinto? Se impone, por tanto, la articulación de algún criterio que permita operar la referida concreción con un cierto grado de objetividad. De acuerdo con un primer criterio, si el marco penal de un tipo se moviera dentro de los límites del marco penal de otro tipo, constituyendo una mera *concreción* del mismo en su mitad inferior o superior, entonces se

¹⁶⁵ Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 318.

¹⁶⁶ Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, I, cit., pp. 318 s.

trataría de un subtipo. Si, por el contrario, su marco penal fuera distinto, entonces constituiría, a su vez, un delito distinto. Nótese, sin embargo, que este criterio coincide, en realidad, con la primera versión del indicador penológico expuesta *supra*, por lo que se encuentra expuesto a las críticas que contra ésta ya fueron formuladas. Es posible referirse, sin embargo, a un segundo criterio de concreción de la versión del indicador penológico que nos ocupa. A la luz de este segundo criterio, se trataría de comprobar si el marco penal previsto para un determinado tipo equivale al que debería resultar de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena. Si ello ocurriera, entonces debería afirmarse —siempre según este criterio— que el tipo consistiría en un subtipo dependiente de un tipo básico. Si, por el contrario, el marco penal de un tipo arrojase una pena superior o inferior a la que resultaría de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena, entonces debería convenirse que nos encontraríamos ante un delito distinto.

Comprobemos la posible validez del criterio que ahora nos ocupa de la mano de tres ejemplos de derecho español: a) uno de derecho vigente, el de los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos, y allanamiento de morada o domicilio de persona jurídica cometidas por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito (arts. 167, 198 y 204 CP, respectivamente); y b) dos de derecho derogado, los delitos de parricidio (art. 405 CP 1944) e infanticidio (art. 410 CP 1944).

Según la interpretación más extendida en la doctrina española, en los tipos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos, y allanamiento de morada o domicilio de persona jurídica cometidos por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley y

sin que medie causa por delito, la práctica de la correspondiente diligencia de detención, de intervención de las comunicaciones o de entrada y registro por parte de la autoridad o el funcionario público se realiza sin que concurra ninguno de los presupuestos que, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habilitan al agente para su práctica. Se trataría, en suma de una detención, una intervención de comunicaciones o una entrada y registro ilegal desde su propia base. Esto es, de una diligencia nula de pleno derecho. El fundamento de los delitos previstos en los arts.167 (detenciones ilegales por funcionario), 198 (descubrimiento y revelación de secreto por funcionario) y 204 (entrada y registro por funcionario) CP debe verse en un *aumento del desvalor de la acción* cometida por el sujeto.¹⁶⁷ Desde una perspectiva *ex ante*, la acción prevista en estos tipos alberga mayor peligrosidad en manos de un agente de la autoridad que en manos de un particular. En efecto, es obvio que tanto la detención de otra persona, como la intervención de sus comunicaciones y, por último, la entrada en su domicilio y su registro, constituyen conductas cuya comisión le resultará considerablemente más sencilla a un agente de la autoridad que abuse del carácter público de su cargo que a un simple particular. Desde una perspectiva *ex ante*, las posibilidades de consumación del delito serán más elevadas, en suma, si la conducta es realizada por un agente de la autoridad o un funcionario público que se prevalga de su cargo.

La exigencia de que la autoridad o funcionario público realicen la acción típica prevaliéndose del carácter público de su cargo se deriva ya del fundamento mismo de los tipos que nos ocupan como supuestos donde se produce un aumento de la peligrosidad de la conducta típica. En defecto de este prevalimiento, el incremento de la peligrosidad de la acción por el facilitamiento de su comisión desaparecería, y con ello la propia ratio essendi de los tipos que nos ocupan. Es por ello que la ausencia en los arts.167 y 204 de la expresión “y prevaliéndose de su cargo”, prevista únicamente para el descubrimiento y revelación de secretos en el art.198 CP debe ser entendida

¹⁶⁷ *Vid.*, por todos, MUÑOZ SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código penal de 1995”, CPJ 1996, p. 356.

como un olvido del legislador que no obsta en absoluto la posibilidad de interpretar restrictivamente los otros dos tipos en idéntico sentido, cuando no obliga incluso a ello.

Habida cuenta su mayor peligrosidad derivada de la facilidad de su comisión por razón de la especial condición de su sujeto activo, parecen concurrir sobradas razones político-criminales para castigar las conductas que nos ocupan con una dureza superior a la requerida para el castigo de las mismas cuando sean cometidas por un particular. Estas exigencias de Política criminal no resultan por sí solas suficientes, sin embargo, para justificar la tipificación de las detenciones ilegales, el descubrimiento y revelación de secretos, y el allanamiento de morada en otros tantos tipos específicos operada por el CP de 1995.

En efecto, al igual que sucedía en el CP de 1944,¹⁶⁸ el CP de 1995 recoge, como circunstancia genérica agravante, la de “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”. Se trata de una circunstancia genérica agravante de naturaleza objetiva que denota una mayor peligrosidad del hecho por razón de la especial posición de superioridad del sujeto activo frente al sujeto pasivo.

En opinión de MIR PUIG,¹⁶⁹ el fundamento de la mayor peligrosidad de la acción por razón de la especial posición del sujeto activo frente al sujeto pasivo constituye no solo el fundamento de la circunstancia 7ª del art. 22 CP, sino también el fundamento común de las circunstancias genéricas agravantes de abuso de superioridad (art. 22.2ª CP) y de abuso de confianza (art. 22.6ª CP), así como en el factor que distingue a estas tres circunstancias de la alevosía (art. 22.1ª CP) como circunstancia genérica agravante que representa un mayor desvalor de la acción por razón de los medios empleados. Como puede comprobarse, en la concepción de MIR las circunstancias agravantes de alevosía y abuso de superioridad tienen como denominador común su pertenencia al grupo de las circunstancias de naturaleza objetiva (frente a las

¹⁶⁸ Art.10 CP de 1944: “Son circunstancias agravantes: (...) 10. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable”.

¹⁶⁹ *Vid.* MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 26/5 y 26/16.

circunstancias subjetivas de precio, motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación, y reincidencia) y al de las que denotan una mayor peligrosidad del hecho (frente al ensañamiento como circunstancia también objetiva, pero que supone un ataque más extenso) por la especial facilidad de comisión (frente a las circunstancias objetivas de disfraz, lugar, tiempo o auxilio de otras personas). No obstante, la alevosía deberá seguir distinguiéndose del abuso de superioridad —siempre a juicio de MIR— en que, mientras que en aquélla la especial facilidad en la comisión está determinada por los medios empleados, en ésta se debe a la especial posición de superioridad del sujeto activo frente al pasivo.¹⁷⁰

Frente a la posición de MIR, la jurisprudencia del TS defiende que el fundamento de la circunstancia genérica agravante de la alevosía coincide por completo con el de la circunstancia de abuso de superioridad. En opinión del TS, ambas circunstancias se fundamentan en un mayor desvalor de la acción por un incremento de su peligrosidad. Según esta línea de pensamiento, la diferencia entre la alevosía y el abuso de superioridad no sería una diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa o de grado. No en vano, en algunas ocasiones la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha denominado al abuso de superioridad “alevosía menor o de segundo grado”. Según el TS, el fundamento común de la alevosía y el abuso de superioridad consiste en un aumento de la peligrosidad de la acción por medio de la disminución de cualquier modo de las posibilidades de defensa del sujeto pasivo. Si el sujeto activo anula por completo la capacidad defensiva del sujeto pasivo, entonces deberá apreciarse alevosía (“alevosía mayor o de primer grado”). Si, por el contrario, el sujeto activo se limita a facilitarse la comisión del delito disminuyendo o debilitando notablemente la posible defensa de la víctima, pero no elimina por completo esta posibilidad defensiva (ello sucede, por ejemplo, en situaciones de forcejeo o pelea), entonces deberá aplicarse la circunstancia de abuso de superioridad (“alevosía menor o de segundo grado”).

A diferencia de la posición de MIR PUIG, el modo en que el sujeto activo consigue facilitarse la comisión del delito no constituye para el TS el factor determinante de la distinción entre alevosía y abuso de superioridad. No en vano, en opinión del Alto Tribunal español, el abuso de superioridad puede tener tanto naturaleza personal (situaciones de superioridad numérica) como medial (empleo de medios cuya virtualidad lesiva provoca una situación de defensa debilitada). La doctrina jurisprudencial acabada de exponer se encuentra recogida en las SSTS de 24 de enero de 1991 (Ar. 286), 4 de febrero de 1991 (Ar. 734), 26 de febrero de 1991 (Ar. 1547), 24 de mayo de 1991 (Ar. 3855), 4 de noviembre de 1992 (Ar. 8885), 26 de febrero de 1994 (Ar. 1127), 18 de marzo de 1994 (Ar. 2337), 23 de marzo de 1994 (Ar. 2570), 5 de abril de 1994 (Ar. 2876), 30 de noviembre de 1994 (Ar. 9352) y 9 de julio de 1997 (Ar. 5838), entre otras.

¹⁷⁰ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., § 26/5 s.

Para la apreciación de esta circunstancia, se requiere la concurrencia de tres elementos: a) la cualidad de funcionario público o de encargado de un servicio público; b) el abuso de poderes o deberes inherentes a tal condición; c) la finalidad de utilizar las ventajas del cargo para ejecutar el delito más fácilmente o con menor riesgo.¹⁷¹ Esto es, de una circunstancia cuyo fundamento material coincide completamente con el del elemento “autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito” de los tipos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP. Habida cuenta la presencia en el CP de la agravante genérica de funcionario público, la necesidad político-criminal de castigar más los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secreto, y allanamiento de morada cuando son cometidos por un funcionario público que cuando son obra de un particular podría quedar cubierta mediante la aplicación del tipo común con la circunstancia agravante genérica de funcionario. En efecto, el marco penal resultante de esta operación sería el correspondiente a la mitad superior del marco penal del delito cometido por el particular.

Pero, como ya es conocido, las conductas de referencia aparecen tipificadas en el CP vigente en otros tantos tipos específicos con sus respectivos marcos penales propios. Esto es: el legislador de 1995 ha convertido la circunstancia genérica agravante del art. 22.7^a CP en elemento típico de algunos tipos de la de la Parte Especial del código con una pena propia. El efecto causado por el legislador mediante esta técnica legislativa consiste en sustraer a estos delitos de la pena que se derivaría de la aplicación a los tipos cometidos por particular de la circunstancia genérica de funcionario, resultando, por tanto, una pena *diferente*.

¹⁷¹ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6^a ed., cit., 26/11.

Comprobemos cómo se produce efectivamente la referida “sustracción” del juego normal de las circunstancias genéricas en la determinación de la pena.

Por lo que respecta a las detenciones ilegales del art. 163.1 CP (tipo básico) cometidas por funcionario, la aplicación de las reglas generales sobre determinación de la pena habría conducido a una pena principal de prisión de cinco a seis años de prisión y a una accesoria de inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público de idéntica duración (art. 56 CP). Si el tipo realizado hubiese sido el privilegiado del art. 163.2 CP, la pena correspondiente habría sido la principal de tres a cuatro años y la accesoria de inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público de idéntica duración, mientras que si se hubiese tratado del tipo cualificado del art. 163.3 CP, la pena habría sido de seis y medio a ocho años e inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público de idéntica duración. Un secuestro cometido por funcionario habría merecido una pena de prisión de ocho a diez años e inhabilitación absoluta por diez años en caso de que la pena de prisión sea de esta duración, o inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público de idéntica duración a la pena de prisión en el resto de casos. En caso de que el secuestro hubiera durado más de quince días, la pena habría sido de doce años y medio a quince años de prisión, y otros tantos de inhabilitación absoluta, mientras que si se hubiera puesto en libertad al detenido dentro de los tres primeros días de la detención, la pena habría sido de cuatro años y medio a seis años de prisión y otros tantos de inhabilitación especial y suspensión. Si el funcionario, por último, no hubiera podido dar razón de la persona detenida (art. 166 CP), la pena habría sido de prisión de siete años y medio a nueve años e inhabilitación especial y suspensión por el mismo tiempo (art. 163.1 CP), prisión de seis a ocho años e inhabilitación especial y suspensión por idéntico período (art.163.2 CP), de diez a doce años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo (art.163.3 CP), de doce y medio a quince años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo (art.164, inciso primero), de dieciocho años, ocho meses y quince días a veintidós años y seis meses e inhabilitación absoluta de idéntico espacio de tiempo (art. 164 CP, inciso segundo) y de siete y medio a nueve años de prisión e inhabilitación especial o suspensión por idéntico espacio de tiempo (art. 164 CP, inciso tercero).

Pues bien: el art.167 CP dispone que la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en estos, en su mitad superior, y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años. El marco penal previsto en el art. 167 CP consta, por tanto, de una pena principal compuesta por una pena privativa de libertad y una pena privativa de otros derechos. La regla de determinación legal de la pena privativa de libertad prevista en el art. 167 CP coincide con la que debería seguirse en ausencia de este precepto aplicando la circunstancia genérica de funcionario (art. 22.7ª CP): pena en su mitad superior. Es por ello que entre las penas de prisión que resultan de la aplicación del art. 167 CP y las que resultarían de la aplicación del art. 22.7ª CP en defecto del anterior no existe diferencia alguna: son las mismas.

La diferencia penológica —la sustracción a los efectos del juego normal de las circunstancias genéricas— reside en la determinación de la pena privativa de otros derechos. Al disponer una pena principal de inhabilitación absoluta de ocho a doce años única para todos los supuestos de detención ilegal, el art.167 CP establece una consecuencia jurídica privativa de otro derecho más dura que la que resultaría de la aplicación de la circunstancia genérica de funcionario público en la mayor parte de los casos. En efecto, en el supuesto de que el art. 167 CP no existiera, la pena de inhabilitación o suspensión que cabría imponerle al funcionario público no tendría naturaleza principal, sino accesoria. La naturaleza accesoria de la pena privativa de otro derecho condicionaría tanto la calidad como la cantidad de la pena de las detenciones ilegales de funcionario, porque: a) la pena de inhabilitación absoluta (que produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otro honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena) solo podrá ser accesoria de una pena de prisión igual o superior a diez años (aspecto cualitativo de la pena); y b) la duración de las penas accesorias nunca podrá superar la duración de la pena principal (aspecto cuantitativo de la pena).

La previsión en un tipo específico de una única pena de inhabilitación absoluta para todos los supuestos de detenciones ilegales de funcionario contribuye a la superación de este doble obstáculo en aras de una mayor punición de esta constelación de supuestos. Ello ocurre en la mayor parte de los supuestos. Así, por ejemplo, en el caso del tipo básico (art. 163.1 CP), donde la pena privativa de otros derechos que habría debido imponerse al agente de la autoridad de acuerdo con las reglas generales sobre determinación de la pena debería haber sido una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (que produce la privación definitiva no de todos los honores, empleos o cargos públicos, sino de aquel empleo o cargo público sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos, así como la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena) o suspensión de empleo o cargo público (que priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena) de cinco a seis años, frente a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años prevista en el art. 167 CP. Lo mismo sucede con las detenciones ilegales del tipo privilegiado del art. 163.2 CP (inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público de tres a cuatro años frente a inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años), del tipo cualificado del art. 163.3 CP (inhabilitación especial o suspensión de seis años y medio a ocho años frente a inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años), así como con el delito de secuestro cuando concurriese el supuesto de hecho del art. 163.2 CP (inhabilitación especial y suspensión de cuatro años y medio a seis años frente a inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años). Si el funcionario, por último, no hubiera podido dar razón de la persona detenida (art. 166 CP), la pena accesoria privativa de otro derecho prevista en el art. 167 CP (inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años) también representa una cualificación respecto de la pena que, en su ausencia, debería resultar de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena

en el supuesto de hecho del art. 163.1 CP (inhabilitación especial y suspensión de siete años y medio a nueve años), del art. 163.2 CP (inhabilitación especial y suspensión de seis a ocho años) y del art.163.2 CP (inhabilitación especial o suspensión de siete y medio a nueve años).

La constatación de que la pena privativa de derechos prevista en el art. 167 CP representa en la constelación de supuestos examinada una pena cualitativa (inhabilitación absoluta) y cuantitativamente (de mayor duración) cualificada frente a las penas que resultarían de la aplicación de la circunstancia agravante de funcionario constituye una consecuencia lógica de la idea de que nos encontramos antes supuestos con un mayor contenido de desvalor de la acción que exigen extremar las medidas político-criminales de prevención general. No obstante ello, debe advertirse que el CP de 1995 no ha procedido, en realidad, a extremar estas medidas político-criminales. A esta conclusión cabe llegar a la vista de dos circunstancias. Debe señalarse, en primer lugar, que de las dos penas principales previstas en el art.167 CP, tan solo una de las dos, la pena de inhabilitación, puede ser considerada una pena más grave que la que debería imponerse en defecto de aquel precepto tanto desde un punto de vista cuantitativo como desde un punto de vista cualitativo. No es posible afirmar lo mismo, sin embargo, de la otra pena principal del art. 167 CP, la privativa de libertad. En efecto, tanto cualitativa como cuantitativamente, esta pena coincide exactamente con la que se derivaría de la aplicación de las normas generales de determinación de la pena: pena de prisión en la mitad superior del marco penal de referencia. La segunda circunstancia por la que el grado de cumplimiento de los principios político-criminales del art. 167 CP podría ser cuestionada consiste en que la mayor gravedad de la pena privativa de otros derechos no se produce en todos los casos. En realidad, la pena de inhabilitación absoluta del art. 167 CP no siempre es más grave que la pena que debería imponerse en su defecto. Ello sucede en el caso del secuestro por funcionario público durante más de quince días (art.164 CP, inciso segundo), en el secuestro por funcionario público sin dar cuenta del paradero del detenido (art.166 en relación con art.164, inciso primero CP), y en las detenciones ilegales y secuestro por funcionario público cuando haya durado más de quince días (art. 166 en relación con arts. 163.3 y 164, inciso segundo CP, respectivamente). En estos supuestos, la menor duración de la pena de inhabilitación absoluta prevista en el art. 167 CP (ocho a doce años) convierte a este precepto, en realidad, en un tipo privilegiado de los tipos de referencia. Ello da lugar, sin embargo, a una inconsecuencia difícilmente comprensible. En efecto, a pesar de que la indudable finalidad político-criminal del art. 167 CP consiste en castigar con mayor dureza los supuestos de detenciones ilegales y secuestros cuando son cometidos por funcionarios públicos, lo cierto es, sin embargo, que no solo no se consigue este objetivo en todos los supuestos, sino que en algunos se produce incluso el efecto contrario al deseado: la atenuación de la pena. Debe apuntarse, no obstante, que la inconsecuencia acabada de referir tan solo se produce en algunos de los supuestos de detenciones ilegales y secuestro cometidos por funcionario de acuerdo con el art. 167 CP. No tiene lugar, sin embargo, en ningún supuesto de descubrimiento y revelación de secretos (art. 198 CP) ni de allanamiento de morada (art. 204 CP) de funcionario público. En estos dos delitos, la pena privativa de derechos prevista para el funcionario que cometa el

correspondiente delito fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito siempre será cualitativa y cuantitativamente más dura que la que cabría imponerle accesoriamente en defecto de los arts. 198 y 204 CP.

Partiendo de la premisa de que la comisión de cualquier delito por un funcionario público “fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito” representa un “plus” de antijuricidad con respecto a su comisión por una particular, el fundamento de los arts. 167, 198 y 204 CP consistiría en expresar que este “plus” es mayor, si cabe, en los delitos de detenciones ilegales y secuestro, descubrimiento y revelación de secretos, y allanamiento de morada o de domicilio de persona. Ello se debe a que en estas últimas constelaciones delictivas, las especiales competencias del sujeto activo en la práctica de diligencias de detención, intervención de las comunicaciones, y entrada y registro domiciliarios derivadas de su condición de agente de la autoridad pueden contribuir a facilitarle la comisión del delito en mayor medida de lo que sucede en otros delitos.

Que la voluntad de la ley mediante la tipificación del delito previsto en el art. 167 CP consiste en castigar más supuestos en los que se considera concurrente un mayor desvalor de la acción lo expresa sin cortapisas la propia Exposición de Motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal: “(...) En cuarto lugar, y en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensiblemente e injustificadamente atenuados”.

No obstante, la Exposición de Motivos (en lo sucesivo E. de M.) no acierta a describir correctamente la regulación prevista en el CP de 1944, con lo que tampoco acierta en la descripción del cambio operado por el CP de 1995 en la materia que nos ocupa. La E. de M. del Código penal de 1995 se congratula de que con el nuevo código se produzca la desaparición de un supuesto régimen privilegiante de la detención ilegal y el secuestro, el descubrimiento

y revelación de secretos, y el allanamiento de morada y domicilio de las personas jurídicas, vigente en el CP de 1944. Este régimen privilegiante habría consistido —siempre según la E. de M.— en lo siguiente: cuando una detención ilegal, el descubrimiento y revelación de un secreto, o un allanamiento de morada eran cometidos por un particular, éste debía responder con las penas previstas en los arts. 480 ss. (detenciones ilegales), 497 ss. (descubrimiento y revelación de secretos) y 490 ss. (allanamiento de morada). Si el sujeto activo del delito era, por el contrario, una autoridad o funcionario público que actuaba fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, debería responder, en cambio, con las penas correspondientes a los tipos previstos en los arts. 184 ss. (detención ilegal), 192 s. (descubrimiento y revelación de secretos) y 191.1.º (allanamiento de morada) CP de 1944. Las penas previstas para estos últimos delitos especiales cometidos por funcionario eran inferiores a las previstas para los correspondientes delitos cometidos por particular. La realización de los tipos señalados por un agente de la autoridad se castigaría, por tanto, con una pena inferior a la que le correspondería al particular. Los tipos de funcionario de referencia serían, según esto, delitos especiales privilegiados con respecto a los correspondientes delitos comunes cometidos por particular. A juicio de la E. de M., esta circunstancia resultaba “incomprensible” e “injustificada”. La posición defendida por la E. de M. del Código penal de 1995 se correspondía con la opinión defendida por la doctrina y jurisprudencia española tradicionales.¹⁷²

Ciertamente, si el CP de 1944 hubiera castigado la detención ilegal, la intervención de correspondencia o comunicaciones, o la entrada y registro ilegales cometidas por una autoridad o funcionario público que actuase fuera de los casos previstos por la ley y sin mediar causa por delito con una pena inferior a la prevista para los supuestos en que estas conductas hubieran sido verificadas por un particular, ello habría merecido sobradamente los calificativos de “incomprensible” e “injustificado”. Si en el anterior Código penal el prevalimiento del carácter público del culpable constituía una circunstancia genérica agravante de la responsabilidad criminal (art. 10.10ª CP de 1944) y, al mismo tiempo, un elemento típico atenuante de aquellos delitos que se caracterizaban precisamente por que el prevalimiento facilitaba la comisión del delito (esto es, contribuía a aumentar el desvalor de la acción), no cabe duda de que el legislador incurría en una grave contradicción valorativa.

Puede afirmarse, sin embargo que el CP de 1944 no incurría en esta contradicción valorativa referida por la E. de M. del CP de 1995. En opinión de la doctrina absolutamente dominante, los arts. 184 ss. (detención ilegal), 191.1.º (allanamiento de morada) y 192 s. (descubrimiento y revelación de

¹⁷² *Vid.*, entre otros, CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, PE*, 2ª ed., cit., p. 168 s.; 3ª ed., 1999, pp. 179 s.; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.) / VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 172; MUÑOZ SÁNCHEZ, CDJ 1996, p. 354.

secretos) CP de 1944 eran de aplicación únicamente para aquellos supuestos en que la intervención del funcionario público se produce en alguno de los casos permitidos por la ley y mediando causa por delito, pero incurriendo en alguna extralimitación. En caso de que, por el contrario, la intervención del funcionario público se produjera fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, entonces debía responder por los delitos previstos en los arts. 480 ss. (detenciones ilegales), 497 ss. (descubrimiento y revelación de secretos) y 490 ss. (allanamiento de morada) CP de 1944 con la circunstancia genérica agravante de prevalimiento del carácter público del culpable prevista en el art. 10.10ª CP de 1944. Según esta línea de argumentación, si un agente de la autoridad, por ejemplo, detenía a un sujeto perfectamente identificado con el único fin de poder mantener relaciones sexuales con su novia sin la oposición del detenido, debía responder como autor de un delito de detenciones ilegales del art. 480 CP con la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable. En cambio, si un agente detenía a un sujeto por conducir temerariamente, pero la detención se practicaba con un exceso en el uso de la fuerza, entonces debía ser castigado como autor del delito previsto en el art. 184 CP de 1944.

En opinión de la doctrina dominante, los tipos previstos en los arts. 184 ss, 191.1º y 192 s. CP de 1944 no podían ser considerados meros delitos especiales impropios de detenciones ilegales, allanamiento de morada y descubrimiento y revelación de secretos cuyos correspondientes delitos comunes se encontraban recogidos en los arts. 480 ss., 490 ss. y 497 ss. CP de 1944. Los primeros delitos no se encontraban con respecto a los segundos en la relación en que se encuentra un delito especial impropio con su correspondiente delito común. Unos y otros delitos se encuentran, en realidad, en planos distintos: representaban la lesión de bienes jurídicos distintos. Los tipos previstos en los arts. 480 ss., 490 ss. y 497 ss. CP de 1944 recogían conductas que atentaban contra la libertad ambulatoria, la intimidad domiciliaria y el secreto en las comunicaciones, respectivamente. Los tipos previstos en los arts. 184 ss, 191.1º y 192 s. CP de 1944 se encontraban recogidos en la Sección 2ª (“De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”) del Capítulo II (“De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”) del Título II (“Delitos contra la seguridad interior del Estado”) del CP de 1944. Estos tipos no protegían, en opinión de la doctrina dominante, la libertad ambulatoria, la intimidad domiciliaria y el secreto en las comunicaciones, sino sus respectivas garantías legales y constitucionales. Así, por ejemplo, teniendo en consideración que una de las garantías constitucionales del derecho a la libertad ambulatoria consistiría en que la fuerza a emplear en una detención debe ser la estrictamente imprescindible para la práctica de dicha diligencia, una detención practicada bajo la concurrencia de alguno de sus presupuestos habilitantes pero con un exceso de violencia no lesionaría, en realidad, el derecho a la libertad ambulatoria del detenido, sino una de sus garantías constitucionales.¹⁷³

¹⁷³ Han defendido esta posición, entre otros, MUÑOZ SÁNCHEZ, CDJ 1996, pp. 100 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, “El delito de práctica ilegal de detención por parte del

Esta aparente escisión de los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento de morada se encuentra también presente en el CP de 1995. Dos son las diferencias incorporadas por nuestro Derecho penal vigente a esta materia: a) la previsión entre los delitos contra la libertad ambulatoria, el secreto de las comunicaciones y la intimidad domiciliaria de los correspondientes tipos cometidos por funcionario; y b) la constancia expresa en la rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo V del Título XXI (“Delitos contra la Constitución”) de que las detenciones, intervenciones de correspondencia y comunicaciones, y entradas y registros ilegales “por exceso” constituyen “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”.¹⁷⁴

Según el criterio de concreción del indicador penológico que ahora sometemos a consideración, debería concluirse que tanto el tipo de detenciones ilegales de funcionario, como el de descubrimiento y revelación de secretos de funcionario, como, por último, el de allanamiento de morada de funcionario constituyen delitos *distintos*, esto es, “*delicta sui generis*” con respecto a todas las distintas modalidades de detenciones ilegales cometidas por particular.

Pero, ¿por qué se persigue producir este efecto? En buena lógica político-criminal, la respuesta más razonable a esta pregunta debería ser la siguiente: el legislador de 1995 habría considerado que el marco penal que debería resultar de la aplicación de la circunstancia genérica agravante de funcionario a los delitos de referencia cometidos por particular en caso de que estas conductas no hubieran sido tipificadas como delitos con una pena propia no habría sido lo suficientemente elevado como para satisfacer las

funcionario público”, CPC 1983, pp. 345 ss.; LARRAURI PIJOÁN, Libertad y amenaza, *passim*; CÓRDOBA RODA, “El delito de detención ilegal en el Código Penal”, ADPCP 1964, p. 390.

¹⁷⁴ De la misma opinión MUÑOZ SÁNCHEZ, CDJ 1996, p.356; con matices TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dtor.) / VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, p. 1749. Sobre todo lo anterior, *vid.* el comentario de la STS 30 marzo de 1993 que se encuentra en CORCOY BIDASOLO (dtora.) / GALLEGU SOLER / GÓMEZ MARTÍN / HORTAL IBARRA, *Sistema de casos prácticos. Derecho penal, PE*, Valencia 1999, pp. 215 ss.

necesidades político-criminales de prevención general de estos supuestos. El objetivo sería, por tanto, dotar a las conductas cometidas por funcionario de un marco penal propio más elevado. En suma: castigar más.

Para la obtención de una respuesta correcta a la cuestión planteada deberá descartarse de entrada la opción que, en abstracto, acaso se presente como más plausible: una supuesta voluntad del legislador de sustraerse de las consecuencias que se derivarían para el supuesto que nos ocupa de la aplicación de las normas sobre determinación de la pena en los supuestos de concurrencia de circunstancias genéricas agravantes (art. 66.3 CP 95 en relación, en este caso, con la circunstancia genérica del art. 22.7 CP 95). Y debe descartarse sencillamente porque la pena que el legislador ha previsto en el art. 167 CP (al igual que la correspondiente a los arts. 198 y 204 CP 95) es exactamente la misma (pena prevista para la detención del no cualificado en su mitad superior) que la pena que resultaría del libre juego de las circunstancias genéricas en relación con el delito de detenciones ilegales comunes y de acuerdo con las reglas mencionadas supra. Descartada esta alternativa, tan solo cabe hallar, como explicación razonable de la decisión legislativa objeto de análisis, la siguiente: los delitos previstos en el Capítulo Primero del Título VI (De las detenciones ilegales y secuestros como delitos contra la libertad) y en los Capítulos Primero (Del descubrimiento y revelación de secretos) y Segundo (Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público) del Título X (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio) constituyen, por las propias características de los bienes jurídicos en juego, aquellos supuestos que más conectados se encuentran con el ejercicio de la función pública y en los que también los propios servidores públicos puede incurrir, debido a las prerrogativas que su función les confiere, con mayor asiduidad.

c) *Indicador de la ubicación sistemática en un capítulo distinto del CP (indicador sistemático)*

c.1. *Exposición*

El tercer indicador de sustantividad de un delito propuesto por un sector de la doctrina alemana y española guarda relación con la ubicación sistemática en el Código penal del delito objeto de análisis. Según este criterio, si el tipo en cuestión y el tipo *emparentado* se encuentran ubicados en el mismo capítulo del código, entonces es probable que el primero constituya, en realidad, un mero tipo cualificado o privilegiado del segundo. Si, por el contrario, el primero se halla en un Capítulo distinto del código —aunque se encuentre en el mismo Título—, entonces estaremos ante dos delitos *distintos* el uno del otro.¹⁷⁵ Así, por ejemplo, el antiguo delito de infanticidio se encontraba previsto en el art.410 CP de 1944, aunque compartía Título (el VIII, relativo a los “*Delitos contra las personas*”) con el delito de homicidio, se encontraba ubicado, sin embargo, en un Capítulo distinto al de aquel delito. Así, mientras que el infanticidio se hallaba en el Capítulo II (dedicado exclusivamente a aquel delito), el homicidio se encontraba previsto en el Capítulo Primero (dedicado, a su vez, al homicidio).¹⁷⁶ Un sector de la doctrina alemana ha acudido también

¹⁷⁵ Han defendido en Alemania la capacidad de rendimiento de este criterio NAGLER, ZakDR 1940, p. 367 (“de lege lata”) y SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., pp. 31 s., 40 (“de lege lata”), 129 y 169 (“de lege ferenda”).

¹⁷⁶ El origen de la ubicación sistemática del delito de infanticidio en un capítulo separado del capítulo en que se encontraba el delito de homicidio databa del Código penal de 1848, y había superado la unificación en un único capítulo de todos los restantes delitos contra la vida operada por el legislador penal de 1932. *Vid.* BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, PE*, I, cit., p. 105. También la jurisprudencia del RG y un sector de la doctrina alemana aludió a razones sistemáticas para defender la condición de delito *sui generis* del delito de infanticidio (antiguo § 217 StGB), también desaparecido en la actualidad en Alemania: *vid.* HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, cit., pp. 7 s.

al indicador sistemático que nos ocupa para explicar el carácter “*sui generis*” de los llamados “delitos impropios de funcionarios”.

Uno de los motivos por los que SELIGMANN consideró que los delitos previstos en el Capítulo XXVIII del RStGB (Código penal del Imperio) alemán de 1871 —del que formaban parte, por ejemplo, los delitos de coacciones en ejercicio de la función pública (§ 339), lesión corporal en ejercicio de la función pública (§ 340), allanamiento de morada en el ejercicio de la función pública (§ 342), favorecimiento en el ejercicio de la función pública (§ 346), liberación de presos (§ 347), apropiación indebida en el ejercicio de la función pública (§ 350 s.) y privación de libertad en ejercicio de la función pública (§ 431)— debían ser considerados delitos *sui generis* era precisamente la circunstancia de que no se encontraban ubicados inmediatamente después —en el mismo capítulo, por tanto— que sus correspondientes delitos comunes, sino en un capítulo distinto. Esta es la posición defendida por SELIGMANN *de lege lata*.¹⁷⁷ *De lege ferenda*, este autor se opuso, en cambio, a la ubicación sistemática de los delitos impropios de funcionario en un capítulo propio separados de sus respectivos delitos comunes”.¹⁷⁸

c.2. Valoración crítica

El indicador sistemático de sustantividad acabado de exponer no se encuentra, sin embargo, exento de objeciones. Es conocido, en primer lugar, que una interpretación meramente sistemática de los tipos resulta, en la mayor parte de los casos, insuficiente para aprehender íntegramente su dimensión de sentido.¹⁷⁹ Un correcto entendimiento del contenido normativo de muchos tipos requiere, ineludiblemente, el recurso a una interpretación que intente conocer la voluntad de la ley (interpretación teleológico-objetiva) o del legislador (interpretación teleológico-subjetiva). Es igualmente dominante en la doctrina, en segundo lugar, la idea de que

¹⁷⁷ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 118.

¹⁷⁸ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 129.

¹⁷⁹ En este sentido BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, PE*, I, cit., p. 47, quien señala que “las rúbricas de los capítulos tienen una función sistematizadora que no afecta a la sustantividad de las figuras previstas”.

las rúbricas de los distintos Títulos y Capítulos del Código penal no siempre definen de modo correcto el bien jurídico protegido en los delitos que incorporan. Por ello no es en absoluto pacífico que sea posible extraer importantes consecuencias sistemáticas de dicho argumento. Basten como ejemplos de lo acabado de mencionar la rúbrica al Título III (“De las lesiones”) o la del Título VIII (“Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”) del Libro II del CP.

Por lo que respecta a las lesiones, debe señalarse que el referido Título III del Libro II del CP incluye algunos delitos que solo en un sentido amplio pueden ser considerados delitos de lesiones. Los delitos y las faltas de lesiones, en efecto, se caracterizan por ser delitos y faltas de *lesión* y, dentro de esta tipología delictiva, por ser delitos *de resultado*. Así, los delitos previstos en los arts.147-152 CP y las faltas de los arts. 617.1 y 621.1 y 3 CP son delitos y faltas de *resultado de lesión*, porque para castigar por consumación se precisa de la producción de un resultado consistente en un menoscabo de la salud individual que requiera para su sanidad de una primera asistencia facultativa y de un tratamiento médico o quirúrgico (delito de lesiones), o bien únicamente de la primera (falta de lesiones). Pero otros preceptos del Título III, como los previstos en los arts. 153 (ejercicio de violencia doméstica) y 154 (riña tumultuaria) CP, contemplan delitos cuya consumación no requiere, por el contrario, la producción de un resultado de lesión de la salud individual. Así, el delito del art. 153 CP se consumará con el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre el sujeto pasivo, sin que se precise que ésta dé lugar al resultado lesivo del art. 147.1 CP.¹⁸⁰ El propio legislador lo reconoce

¹⁸⁰ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, PE*, 4ª ed., cit., p. 68, quien, de modo gráfico, señala que “estamos en presencia de una lesión sin lesión”; CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho*

cuando prevé la solución del concurso de delitos en caso de que ello ocurra mediante la cláusula final “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.¹⁸¹

Así entendido, el delito del art. 153 CP no sería, en realidad, un delito de lesión o de peligro de la salud individual, sino un delito de lesión de la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante del sujeto pasivo. Estimo preferible, en cambio, considerar que lo que ha pretendido el legislador de 1995 por medio del art. 153 CP ha sido tipificar un delito de peligro contra la salud individual. La no necesidad de que se dé un resultado de lesión de la salud individual para poder castigar por delito consumado no significa que el bien jurídico protegido deje de serlo la salud individual, sino que basta para la consumación del delito con que este bien jurídico sea puesto en peligro. Debe destacarse, no obstante, que la mera circunstancia de que un sector de la doctrina se plantee la posibilidad de que el bien jurídico protegido sea la integridad moral pone de manifiesto la dudosa utilidad orientativa de las rúbricas de los Títulos y los Capítulos del CP, ya que, en tal caso, la óptima ubicación sistemática del tipo del 153 CP sería el Título VII (“De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”) del Libro II del CP.

Parecidas reflexiones cabe formular respecto del delito previsto en el art. 154 CP. Este delito es concebido por la doctrina dominante como un *delito de peligro*. Su consumación no exige, por tanto, la producción de un resultado *de lesión*.¹⁸²

penal, PE, 2ª ed., cit., p. 133; 3ª ed., 1999, cit., p. 140; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 100.

¹⁸¹ Un sector de la doctrina española considera, incluso, que el bien jurídico protegido en el delito de ejercicio de violencia doméstica no es la salud individual, sino la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante. Defienden esta posición TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 100 s.; CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, PE*, 2ª ed., cit., p. 133; 3ª ed., 1999, cit., p. 140.

¹⁸² *Vid.* CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, PE*, 2ª ed., cit., p. 134; 3ª ed., 1999, cit., p. 141; QUERALT JIMÉNEZ,

La doctrina española discute sobre si el delito del art.154 CP debe ser considerado un delito de peligro abstracto o un delito de peligro concreto. En opinión de TAMARIT SUMALLA¹⁸³ y CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC,¹⁸⁴ el art. 154 CP contempla un delito de peligro concreto. En mi opinión es preferible, sin embargo, considerar que el delito del art.154 CP es un delito de peligro abstracto. Si el legislador hubiese pretendido configurar el tipo del art.154 CP como un tipo de peligro concreto, lo habría hecho constar expresamente en la ley, tal y como ocurre, por ejemplo, en el tipo previsto en el art.381 CP (“El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas ...”) y en el tipo mixto de lesión-de peligro concreto previsto en el 148. 1ª CP (“si en la agresión se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud, física o psíquica, del lesionado”). Si el delito del art.154 CP fuera un delito de peligro concreto, la pena prevista para él por el legislador (prisión de seis meses a un año o multa superior a dos y hasta doce meses) sería demasiado leve en comparación con la prevista para el delito del art. 148. 1ª CP (prisión de dos a cinco años). En efecto, incluso la tentativa de este último delito tendría asignada una pena (prisión de seis meses a un año, o de uno a dos años) superior a la del delito del art.154 CP, a pesar de la supuesta proximidad existente entre la conducta y el resultado de lesión característica de los delitos de peligro concreto, y de que el número de sujeto cuya integridad se vería puesta en peligro concreto sería, en el caso de la riña tumultuaria, superior.

En cuanto a la rúbrica del Título VIII (“Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”) del Libro II del CP, debe señalarse que la misma tampoco resulta del todo descriptiva en relación con los delitos que se encuentran bajo ella. Un sector doctrinal considera, por ejemplo, que algunos de los delitos como los de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185 y 186 CP) o los relativos a la prostitución y la corrupción de

Derecho penal español, PE, 4ª ed., cit., p. 62. QUERALT parece considerar sinónimos los términos “delito de lesión” y “delito de resultado”. Ello no es, sin embargo, de recibo, porque ni todos los delitos de lesión son delitos de resultado, ya que también existen los delitos de lesión de mera actividad, ni todos los delitos de resultado son, por su parte, delitos de lesión, porque también existen los delitos de resultado de peligro (delitos de peligro concreto): *vid.* MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 9/60; 6ª ed., cit., 9/61.

¹⁸³ *Vid.* TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 104.

menores (arts. 187-190 CP), incluidos en aquel título, no lesionan, en realidad, ni la libertad ni la indemnidad sexuales.¹⁸⁵

Es preciso señalar, en segundo lugar, que la ubicación sistemática del antiguo delito de parricidio en el Capítulo Primero del Título VIII del Libro II del CP de 1944 bajo la rúbrica “Del homicidio”¹⁸⁶ no constituyó un obstáculo serio para la doctrina española afirmarse, de forma prácticamente unánime,¹⁸⁷ su condición de delito especial impropio distinto del delito de homicidio en atención a consideraciones de otra naturaleza.¹⁸⁸

La cuestión de cuál es la concreta relevancia que debe reconocerse al argumento sistemático cobra especial interés, por último, en el CP de 1995. En relación con ciertos delitos, el legislador penal de 1995 ha

¹⁸⁴ Vid. CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, PE*, 2ª ed., cit., p.134; 3ª ed., 1999, cit., p. 141.

¹⁸⁵ De esta opinión MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, PE*, 11ª ed., cit., pp. 200 s.

¹⁸⁶ Aunque ello no siempre ocurrió. Así, por ejemplo, en el Código penal de 1870, el delito de parricidio se encontraba ubicado en un capítulo independiente del capítulo correspondiente al delito de homicidio. Vid. COBO DEL ROSAL / CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho penal, PE*, 3ª ed., cit., p. 519.

¹⁸⁷ Vid. COBO DEL ROSAL / CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho penal, PE*, 3ª ed., cit., p. 519.

¹⁸⁸ En este sentido se pronunciaron BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, PE*, I, p. 47. BAJO se aludía, concretamente, a dos argumentos. En primer lugar, el art. 17 CP de 1944 (relativo al encubrimiento) se refería expresamente a los delitos de homicidio y de parricidio como dos delitos distintos. El segundo argumento era que la relación de parentesco no operaba en el delito de parricidio como circunstancia genérica, sino como elemento del tipo (vid. BAJO FERNÁNDEZ, *op.cit.*, *loc.cit.*). Ello entronca con la idea de que, en efecto, el ámbito de la relación de parentesco a que se refería el art. 405 CP de 1944 no coincidía con el la circunstancia mixta de parentesco del art.11 de aquella legislación. En contra COBO DEL ROSAL / CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho penal, PE*, 3ª ed., cit., pp. 519 s., al considerar, en definitiva, que el tipo de injusto del delito de parricidio coincidía con el del delito de homicidio: matar a otro.

acudido a un recurso de técnica legislativa consistente en la tipificación en otro precepto, ubicado inmediatamente después del que contiene la conducta constitutiva del tipo básico y otras modalidades delictivas, de una segunda conducta, merecedora de mayor pena. La única diferencia entre esta segunda conducta típica y las primeras reside en que su sujeto activo debe ser una “Autoridad o funcionario público” que actúa “fuera de los casos permitidos por la ley” y “sin mediar causa por delito”. Constituyen ejemplos del referido expediente de técnica legislativa los arts. 167 (detenciones ilegales cometidas por Autoridad o funcionario público), 198 (descubrimiento y revelación de secretos cometidos por autoridad o funcionario público) y 204 (allanamiento de morada cometido por Autoridad o funcionario público) CP de 1995. No parece razonable pensar que cada vez que el legislador castiga con una pena más elevada (pena en su mitad superior) por ser el sujeto activo del delito una Autoridad o funcionario público ha pretendido, en realidad, crear un delito (el cometido por el sujeto cualificado) distinto al correspondiente delito cometido por un particular. Resulta más sencillo concluir que los elementos que cualifican al sujeto activo de estos delitos son elementos típicos accidentales, y no elementos que dan lugar a un delito especial *sui generis*.¹⁸⁹ El anterior argumento descansa —al menos parcialmente— sobre la base de la siguiente idea: si el legislador ha tenido a bien tipificar la conducta cometida por Autoridad o funcionario público inmediatamente a continuación —en el mismo Título y Capítulo, por tanto— de los correspondientes delitos cometidos por particular, y no, por el contrario, en un Título o Capítulo separado, ello significa que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por los delitos cualificados es el mismo que el del delito cometido por particular. Así, por ejemplo, en relación con el delito previsto

¹⁸⁹ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 15/43; 6ª ed., cit., 15/48.

en el art. 167, la rúbrica del Título VI del Libro II del CP en que se insertan tanto el art. 167 CP 95 como el resto de las detenciones ilegales indica que los delitos que bajo la misma se cobijan constituyen ataques contra alguno de los distintos aspectos de la libertad, que en el supuesto de los tipos que nos interesan no sería otro que la libertad de movimientos.

BAJO FERNÁNDEZ / DÍAZ MAROTO¹⁹⁰ señalan que la doctrina ha distinguido tradicionalmente hasta cuatro diversas formas de ataque a dicho bien jurídico: ataques que afectan a la capacidad de voluntad; ataques que afectan a la capacidad de formación de la voluntad; ataques que afectan a la puesta en práctica de la decisión de la voluntad; y ataques que constituyen un menoscabo de la voluntad contraria. Aunque el autor no indica cuál o cuáles de entre estos ataques podrían integrar la conducta típica del delito de detenciones ilegales (también de las previstas en el art.167 CP de 1995), cabe deducir que ésta constituye en realidad una modalidad especial de aquellos ataques que afectan a la puesta en práctica de la decisión de la voluntad. Sin embargo, resulta igualmente perceptible que no todo ataque de estas características integrará necesariamente las posibles modalidades (“detener”, “encerrar”) que presenta la acción típica del delito que nos ocupa. Por este motivo, la doctrina dominante sostiene que el bien jurídico protegido mediante la regulación en materia de detenciones ilegales, antes que por la libertad en sí, viene constituido en realidad por una especialidad de la misma: la libertad de movimiento o libertad ambulatoria. En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS,¹⁹¹ dicho bien jurídico constituye, a su vez, una especialidad del bien jurídico protegido en el delito de coacciones, que no es otro que la libertad de obrar. Esta relación de especialidad entre bienes jurídicos protegidos es la que debe guiar, en forma de principio de resolución de concursos de leyes, la delimitación en abstracto entre ambos delitos, ya que éstos a menudo se encontrarán en una tal situación concursal. Del mismo modo, señala de nuevo aquel autor que la configuración del interés libertad ambulatoria como bien jurídico protegido en el delito de detenciones ilegales debe ser objeto de un segundo proceso de delimitación. Un papel esencial en este segundo nivel de concreción lo desempeña el tenor literal de las dos modalidades de la acción típica recogidas en el tipo básico del delito (“encerrar” y “detener”), de las que se deduce que constituye delito de detención ilegal no toda aquella privación de la libertad ambulatoria, sino

¹⁹⁰ Vid. BAJO FERNÁNDEZ / DIAZ-MAROTO, en BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, PE*, III, 2ª ed., cit., p. 5.

¹⁹¹ Vid. DIEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS / GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal, PE*, I, cit., pp. 714 s.

solo los ataques a la libertad de la persona para abandonar el lugar donde se encuentra.¹⁹²

Lo mismo sucede con los arts. 198 y 204 CP 95 y los restantes delitos cometidos por sujetos no cualificados con que comparten el Título X (delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio). No parece encajar en el esquema que acaba de presentarse, en cambio, un precepto que tipificase una conducta que, además de atentar contra el bien jurídico protegido en el resto de los delitos que conforman el Capítulo I (detenciones ilegales y secuestros) del Título VI, el Capítulo I (del descubrimiento y revelación de secretos) del Título X, o el Capítulo II (del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público) de este último título, representara, también, un ataque contra el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración y la Función pública”. Ello se debe a dos motivos. El primero: ni la rúbrica del Título VI ni la del Título X aluden al bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración y la Función pública”. El segundo: los delitos que atentan contra este último bien jurídico no se encuentran ubicados a lo largo de todo el Código penal sin orden ni concierto, sino, al contrario, bajo la rúbrica del Título XIX (Delitos contra la Administración pública). Aunque todos estos argumentos puedan ser indicios de que los delitos objeto de análisis no son más que tipos cualificados del mismo delito, de que la Autoridad o funcionario público, en definitiva, comete el mismo delito que el particular —idea que también aquí se considera correcta—, no es menos cierto que estos indicadores sistemáticos tampoco han representado aquí una cortapisa

¹⁹² En contra de este segundo nivel de concreción del bien jurídico protegido acometido mediante el contenido de las modalidades de la acción típica del delito de detenciones ilegales, proponiendo definiciones del bien jurídicos alternativas a la utilizada por DIEZ RIPOLLÉS, se muestra, en cambio, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, PE*, 11ª ed., cit., p. 149.

insalvable para que algunos autores hayan defendido la naturaleza de delito especial de los delitos de referencia ¹⁹³. Ello demuestra que esta última conclusión debe ser discutida, en cualquier caso —y por los motivos aducidos supra—, desde la perspectiva una clase distinta de indicador.

d) Indicador de la referencia a una determinada clase de autor (indicador criminológico)

d.1. Exposición

Según el indicador criminológico, nos encontramos ante un delito *distinto* cuando deba considerarse que el sujeto activo del mismo se corresponda con una determinada *clase de autor*.

De acuerdo con una segunda versión del indicador del tipo de autor, bastará para afirmar la existencia de un delito “distinto” el dato de que el legislador *exija expresamente* en el tipo se refiera expresamente al autor como un determinado “tipo de autor”. En opinión de BOLDOVA PASAMAR, esta segunda versión del criterio objeto de análisis adolece de un formalismo que le priva de toda posibilidad de erigirse en un indicador válido de la presencia de un delito *sui generis*. El acusado formalismo se debe, en opinión de BOLDOVA, a que el único fundamento sobre el que el criterio descrito se sustenta es de orden meramente *lingüístico*, de escasa relevancia —siempre en opinión de este autor— en el plano jurídico.¹⁹⁴

A este indicador alude la doctrina española, por ejemplo, en el marco de la discusión sobre la sustantividad del delito de asesinato respecto del homicidio. Así, apuntan algunos autores como un posible argumento a

¹⁹³ Así COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON, *Derecho penal, PG*, cit., pp. 244 ss.; CARBONELL MATEU / GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, PE*, 2ª ed., cit., p. 168; 3ª ed., 1999, cit., p. 168.

¹⁹⁴ *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias ...*, cit., p. 292.

favor de la referida sustantividad la supuesta existencia de un tipo criminológico de asesino frente a la inexistencia de un tal tipo de homicida.¹⁹⁵ El razonamiento sería el siguiente: en pura hipótesis, el legislador podría tipificar los supuestos de homicidio especialmente graves de dos formas diferentes. La primera forma consistiría en tipificar el delito de homicidio y aplicar las circunstancias genéricas agravantes que correspondan. La segunda fórmula tendría como objeto la tipificación del homicidio agravado en un tipo aparte, con una pena distinta (superior) a la que resultaría de la hipotética aplicación de las circunstancias genéricas al homicidio común. Esta segunda técnica legislativa es la que habría tenido a bien seguir el legislador penal español de 1995. Pues bien: según el indicador criminológico que nos ocupa, este segundo tipo de asesinato, separado del tipo de homicidio, representaría un tipo distinto, con sustantividad propia, con una pena distinta —más elevada— no solo a la pena del homicidio, sino incluso a la que resultaría del juego normal de las circunstancias genéricas agravantes. La extraordinaria pena del asesinato no obedecería a una mayor gravedad del hecho, esto es, a un mayor desvalor de la acción o del resultado, sino, antes bien, a la *mayor peligrosidad del autor* observada a la luz de las estadísticas criminológicas. El argumento del tipo criminológico de autor también fue sugerido durante la vigencia del CP de 1973 como indicador de sustantividad del ya derogado delito de parricidio frente a los delitos de homicidio y asesinato. En este segundo supuesto, el fundamento del indicador criminológico era el mismo que en el caso del asesinato: el parricidio estaba tipificado separadamente del homicidio y el asesinato, y con una pena distinta —también más elevada— a la que resultaría de la aplicación, con efectos

¹⁹⁵ Vid. GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS / GRACIA MARTÍN (coord.), *Comentarios al Código penal, PE*, cit., p. 32; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, PE*, I, cit., p. 32.

agravantes, de la circunstancia genérica mixta de parentesco al delito de homicidio, debido a que el análisis estadístico de la realidad fenomenológica realizado por las investigaciones criminológicas pondría de manifiesto que el parricida es más peligroso que el homicida.¹⁹⁶

d.2. *Valoración crítica*

d.2.1. *Introducción*

El indicador del tipo de autor criminológico merece una valoración completamente negativa. El indicador criminológico de sustantividad de los tipos penales debe ser, por tanto, rechazado. Las razones que explican este rechazo son las siguientes: 1) el indicador de los tipos criminológicos de autor prácticamente no encuentra fundamento en ninguno de sus presuntos antecedentes históricos; 2) la Criminología no puede incidir en la Dogmática jurídico-penal hasta el punto de contribuir a la determinación de cuándo un delito es “distinto” a otro; y 3) los únicos antecedentes históricos mínimamente sólidos de la doctrina del indicador del tipo criminológico de autor se encuentran en una concepción del Derecho penal que debe ser completamente rechazada desde la perspectiva de un Estado Social y Democrático de Derecho: la concepción correspondiente a las teorías de los tipos de autor defendidas por la doctrina alemana durante el régimen nacionalsocialista.

d.2.2. *Ausencia de fundamento del indicador de los tipos criminológicos de autor en todos sus presuntos antecedentes históricos*

¹⁹⁶ Expone críticamente en estos términos el fundamento del indicador criminológico en relación con la sustantividad del delito de parricidio COBO DEL ROSAL / CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho penal, PE*, cit., p. 520.

La conexión existente entre la doctrina del indicador criminológico y las direcciones doctrinales acabadas de referir descansa en la idea común —a éstas y a aquél— de que el Derecho penal debe tener en consideración la personalidad del *delincuente*. La existencia de este fundamento común no significa, sin embargo, que la conexión existente entre cada una de estas direcciones y la doctrina del indicador criminológico sea en todos los casos igual de directa. La doctrina del indicador criminológico no se contenta, en efecto, con que el Derecho penal tenga en cuenta la personalidad del delincuente, sino que exige la concurrencia, además, de dos requisitos adicionales: los datos relativos a la personalidad del delincuente que debe tener en consideración el Derecho penal deben resultar de la *Criminología*, revelándolo como un tipo *criminológico* de autor; y el estudio del autor del delito debe incidir en el Derecho penal de un modo muy concreto: debe representar un aspecto determinante para la *interpretación del Derecho positivo* en orden a decidir si un delito tiene sustantividad propia con respecto a otro.

De entre todas las teorías de los tipos de autor que constituyen el elenco de posibles antecedentes históricos del indicador de los tipos criminológicos de autor, las concepciones de von LISZT¹⁹⁷ y dos de sus discípulos, TESAR¹⁹⁸ y KOLLMANN,¹⁹⁹ son, en lo que alcanzo a ver, las únicas que cumplen con el primer requisito antes referido: que los datos relativos a la personalidad del delincuente que debe tener en consideración

¹⁹⁷ Vid. von LISZT, *La idea de fin en Derecho Penal*, 1994 (traducción del original alemán de 1882 a cargo de Enrique AIMONE GIBSON, revisada y prologada por Manuel DE RIVACOBÁ), p. 115; el mismo, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, 1905, p. 3.

¹⁹⁸ Vid. TESAR, “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, ZStW 1909, pp. 82 ss.

¹⁹⁹ Vid. KOLLMANN, “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, ZStW 1908, pp. 449 ss.

el Derecho penal deben resultar de la *Criminología*. Las teorías criminológicas de los tipos de autor nada dicen, sin embargo, sobre si la sustantividad propia de un delito depende o no de la pertenencia del sujeto activo a una determinada clase criminológica de autores. Y por lo que respecta a este segundo requisito, las únicas teorías que en alguna ocasión han hecho referencia al mismo son concepciones que incluso rechazan su condición de teorías empírico-criminológicas (y que, por ello, se muestran incapaces de satisfacer el primer requisito): las teorías *normativas* de los tipos de autor de WOLF, SCHAFFSTEIN, GALLAS, MAYER, MEZGER y DAHM.

d.2.3. *Incapacidad de la criminología para incidir en la dogmática jurídico-penal hasta el punto de contribuir a la determinación de cuándo un delito es “distinto” a otro*

La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor participa de una triple naturaleza *normativa*, *criminológica* y *político-criminal*. Es de naturaleza *normativa* porque se trata de una doctrina perteneciente a la Teoría general del delito, esto es, de un instrumento de la Dogmática jurídico-penal, cuyo objetivo consiste en discernir cuándo un determinado tipo tenía sustantividad propia con respecto a otro. Tiene, en segundo lugar, naturaleza *criminológica* porque, según esta doctrina, la realización del tipo penal con sustantividad propia presuponía la concurrencia de un tipo criminológico de autor. La doctrina del indicador criminológico participa, por último, de naturaleza *político-criminal* porque permitía explicar la tipificación de un delito en un tipo separado con una pena propia como una medida político-criminal consistente en intentar evitar la delincuencia proveniente de sujetos especialmente peligrosos. Estas tres perspectivas, la normativa, la criminológica y la político-criminal, se dan cita en la doctrina

del indicador del tipo de autor describiendo una relación interactiva entre la Dogmática jurídico-penal, la Criminología y la Política criminal, arrojando como resultado un producto de lo que podría considerarse una Ciencia del Derecho penal total. La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor de la sustantividad de los tipos penales parte, en efecto, de una concepción de la Ciencia del Derecho penal *total* integrada por la Dogmática jurídico-penal, la Criminología y la Política criminal como disciplinas interrelacionadas entre sí y puestas al servicio de la lucha contra la delincuencia en aras de la protección de la sociedad. De un tal entendimiento de la Ciencia del Derecho penal partió, por ejemplo, la concepción más estrechamente conectada a la doctrina del indicador criminológico: la teoría del tipo criminológico de autor. Según esta concepción, la Dogmática jurídico-penal, el Derecho penal y la Política criminal se encontrarían en una relación de interacción a tres bandas. En primer lugar, la Ciencia del Derecho penal se presentaría como una disciplina vinculada a la Política criminal, por una parte, y a la Criminología, por otra. Y la vinculación de la Dogmática jurídico-penal a la Criminología consistiría, en segundo lugar, en una vinculación de naturaleza *indirecta*, ya que se apoyaría, en realidad, en una concepción de la Política criminal de base criminológica, esto es, sobre la base de una Política criminal vinculada, a su vez, a la Criminología.

Según este planteamiento, la interpretación del derecho positivo debería tener presente que el fundamento de la sanción penal vendría representado, en casi todos los tipos, por la peligrosidad del *delincuente*. La idea de que la pena constituye un instrumento idóneo para el tratamiento de la peligrosidad del delincuente es, en suma, una idea de naturaleza político-criminal. Pero la decisión político-criminal que sirve de base a la presunción típica de peligrosidad del delincuente debería apoyarse, en segundo lugar, en el conocimiento de la realidad fenomenológica. Este conocimiento lo proporcionaría la *teoría de la formación de tipos de autor* de la Criminología. La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor presupone una concepción de la Política criminal como disciplina vinculada a la Criminología. La decisión política de prohibir una conducta en atención a la

peligrosidad de su autor presupondría, en suma, la posibilidad de describirlo empíricamente como un sujeto especialmente peligroso, esto es, como un tipo criminológico de autor.

En la medida en que la Dogmática jurídico-penal es entendida por la doctrina del indicador criminológico y la teoría del tipo criminológico de autor como una ciencia *total*, estas dos concepciones participan, en realidad, de una parte importante del ideario de la dirección preventivo-especial de la Escuela moderna de von LISZT. La existencia de este denominador común explica, por ejemplo, que desde las respectivas perspectivas de la doctrina del indicador criminológico, la teoría del tipo criminológico de autor y la dirección preventivo-especial de von LISZT careciese de sentido hablar de una Política criminal desvinculada de la Criminología. No obstante este punto de partida común, esto es, la existencia de una ciencia penal total, el modo en que la doctrina del indicador criminológico y la teoría del tipo criminológico de autor configuran las conexiones internas entre las distintas disciplinas es, sin embargo, diferente en cada caso. Ello se evidencia, en primer lugar, con la relación entre Dogmática jurídico-penal o Ciencia del Derecho penal en sentido estricto y Criminología, por una parte, y, en segundo lugar, con la relación entre Criminología y la Política criminal, por otra. La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor asume, al igual que la teoría de los tipos criminológicos de autor, que la interpretación de los tipos penales debía tener en cuenta los principios político-criminales que se encuentran en su base, y que estos últimos principios deben ser establecidos a partir de los resultados arrojados por la Criminología.²⁰⁰ Esta concepción de la Dogmática jurídico-penal abierta a la Política criminal se enfrenta, sin embargo, a la concepción de la Dogmática jurídico-penal separada de la Política criminal defendida por von LISZT.

Por ello, en atención a las consideraciones que acaban de ser expuestas, la valoración crítica del indicador de sustantividad que ahora nos ocupa obliga a resolver, al menos, las tres siguientes cuestiones: a) ¿Puede influir la Política criminal en la Dogmática jurídico-penal?; b) ¿Debe tener la Política criminal base criminológica?; y c) ¿Puede influir la Criminología en la interpretación de los tipos? La respuesta a la primera

²⁰⁰ Esta línea de pensamiento integradora de la Política criminal y la Criminología en la Dogmática jurídico-penal encontró décadas más tarde su más acabado desarrollo en la concepción de Claus ROXIN. En palabras de este autor, “si se estructura la teoría del delito en este sentido teleológicamente (...) pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de lege lata o ferenda, es un proceso”.

pregunta presupone conocer cuál es la relación existente entre Política criminal y Dogmática jurídico-penal. La respuesta a la segunda, la relación entre Política criminal y la Criminología. Y la tercera y última cuestión solo puede ser contestada de un modo enteramente satisfactorio analizando si la Dogmática jurídico-penal y la Criminología constituyen dos disciplinas que deben ser puestas en relación. Un análisis conjunto de las cuestiones planteadas pone de manifiesto que la relación en que se encuentran la Dogmática del Derecho penal, la Política criminal y la Criminología impide entender los resultados del estudio del delito como realidad criminológica como conceptos vinculantes para el juez en la interpretación del derecho positivo.

d.2.4. *Rechazo de las teorías de los tipos de autor defendidas por la doctrina alemana durante el régimen nacionalsocialista*

Como antes se ha apuntado, uno de los escasos antecedentes históricos de la teoría de la clase de autor como indicador de la sustantividad de los delitos especiales viene representado por la dirección representada por el Derecho penal de autor de la Escuela de Kiel y algunas concepciones afines. Una de las ideas centrales del Derecho penal vigente en Alemania durante el dominio del régimen nacionalsocialista en el período 1933-1945 fue la siguiente: el Derecho penal no debe castigar tipos de “hechos delictivos” (Derecho penal del hecho), sino “tipos de autores”. Para el Derecho penal nacionalsocialista, el fundamento de la pena ya no reside en la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, sino en la “voluntad” o “actitud interna” antisocial del sujeto. Impulsados por esta doble idea, los partidarios del Derecho penal del hecho nacionalsocialista

Vid. ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal* (traducción e introducción de Muñoz Conde), Barcelona 1972, p. 77.

reclamaron del legislador penal la sustitución en el StGB de los tipos de hechos delictivos (“homicidio”, “aborto”, “violación”, “hurto”) por tipos de autor (“homicida”, “abortista”, “violador”, “ladrón”).²⁰¹ Algunos de las más influyentes formulaciones del Derecho penal del nacionalsocialismo alemán de los años 30 y 40 del pasado siglo fueron las de Erik WOLF,²⁰² Friedrich SCHAFFSTEIN,²⁰³ Wilhelm GALLAS,²⁰⁴ Hellmuth MAYER,²⁰⁵ Edmund MEZGER²⁰⁶ y, por encima de todas las anteriores, la formulación sugerida por Georg DAHM.²⁰⁷

Sin embargo, en la actual dogmática del Derecho penal, la concepción del Derecho penal de autor se encuentra —por fortuna— completamente superada. Podría decirse, en realidad, que el final de los días de la corriente de pensamiento promovida por la Escuela de Kiel llegó con la desaparición del régimen político en cuyo marco se desarrolló. El “Derecho penal de la voluntad” fue una concepción del Derecho penal circunscrita a la ideología y al Derecho positivo nacionalsocialistas del Tercer Reich alemán. En ocasiones se ha pretendido explicar la concepción del Derecho penal de la Escuela de Kiel como un fenómeno asentado sobre la base de fundamentos de naturaleza política, jurídica, filosófica,

²⁰¹ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 4/68.

²⁰² *Vid.* WOLF, *Vom Wesen des Täters*, 1932, *passim*; el mismo, “Tattypus und Tätertypus”, *ZakDR* 1936, pp. 359 ss.

²⁰³ *Vid.* SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín 1935, *passim*; el mismo, “Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma”, *DStr* 1937, pp. 335 ss.

²⁰⁴ *Vid.* GALLAS, “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, *FS-Gleispach*, Berlín-Leipzig 1936, pp. 50-69.

²⁰⁵ *Vid.* MAYER, H. “Der Verbrechensbegriff”, *DStr* 1938, pp. 73-107.

²⁰⁶ *Vid.* MEZGER, “Die Straftat als Ganzes”, *ZStW* 1938 (57), pp. 675-701.

²⁰⁷ *Vid.* DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig 1940, *passim*.

metodológica o sociológica. En mi opinión, ninguna de estas fundamentaciones consigue explicar satisfactoriamente el Derecho penal de autor de la Escuela de Kiel. En efecto, ni la Teoría política, ni el Derecho, ni la Filosofía, ni la Metodología ni la Sociología pueden presentar a esta concepción del Derecho penal como una consecuencia de alguna de sus orientaciones.

No en vano, ya la doctrina iusfilosófica alemana de postguerra presentó al nazismo como una suerte de “salto al vacío” científicamente inexplicable en el curso normal del devenir histórico. Esta tesis, que presentó al nazismo como fenómeno-ruptura de la racionalidad histórica, respondió al nombre de “teoría de la catástrofe”, y fue concebida con la finalidad de exculpar, en la medida de lo posible, a los jueces y juristas —la inmensa mayoría— que aplicaron el derecho nazi.²⁰⁸

En mi opinión, la auténtica pretensión de los intentos de fundamentar política, jurídica, filosófica, metodológica o sociológicamente el Derecho penal de la dirección de Kiel fue la de encubrir o justificar una única realidad: la concepción de la Escuela de Kiel era un instrumento puesto al servicio de la legitimación del abominable Derecho penal positivo del régimen nacionalsocialista.

Suficientemente expresiva de lo que pretende significarse —especialmente en relación con la fundamentación filosófica de la doctrina y jurisprudencia que aplicaron el Derecho penal nacionalsocialista— son las siguientes palabras de TAMMELO, citadas por GARCÍA AMADO: “Una objeción especialmente aguda contra las doctrinas iusfilosóficas radica en la afirmación de que la filosofía jurídica desempeñó el papel de una ramera, en cuanto que sirvió para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa. Entre los filósofos del derecho ha habido contorsionistas que han plegado sus ideas al orden político del momento (...), a fin de prestarle una impronta filosófica”.²⁰⁹

²⁰⁸ *Vid.* GARCÍA AMADO, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, AFD 1991, p. 340, nota 1.

²⁰⁹ *Vid.* GARCÍA AMADO, AFD 1991, p. 342.

En efecto, el método de la Escuela de Kiel consistió en un método esencialmente *positivista*.²¹⁰

La supuesta condición positivista de la doctrina y la jurisprudencia del régimen nacionalsocialista no se encuentra, sin embargo, exenta de toda controversia. Podría decirse que no todos los autores de la época compartieron la idea de que el método aplicado por el Derecho penal nacionalsocialista consistió en un método positivista. Así, por ejemplo, mientras que DAHM afirmó expresamente este extremo,²¹¹ otros autores como Hellmuth MAYER²¹² o Erik WOLF,²¹³ en cambio, lo negaron. En opinión de este último autor, las dos partes integrantes del delito, el hecho delictivo y su autor, estaban integradas por elementos pertenecientes a tres distintos niveles: un nivel legal, un nivel judicial y un nivel relativo a la contemplación popular. Estas tres clases de elementos no se encontrarían en una relación jerárquica, sino que, antes al contrario, interaccionarían en una relación de naturaleza dialéctica. Así las cosas, toda resolución judicial sobre si una determinada conducta constituiría o no delito no solo requeriría atender al dictado de la ley, sino también a las otras dos fuentes del derecho: el arbitrio judicial y la contemplación popular.²¹⁴

Erik WOLF entendió el delito como realidad dividida en un “tipo de hecho” (“*Tattypus*”) y un “tipo de autor” (“*Tätertypus*”).²¹⁵ La tesis de que la determinación de la esencia del delito no puede operarse en todo caso exclusivamente a partir de la interpretación del derecho positivo encontró su reflejo tanto en el “tipo de hecho” como en el “tipo de autor”. En efecto, WOLF afirmó que tanto al tipo de hecho como al tipo de autor podían pertenecer tres distintas clases de elementos: a) elementos legales, esto es, elementos completamente descritos por la ley; b) elementos judiciales, es decir, elementos descritos por la ley, pero tan solo de forma incompleta, de modo que deben ser completados por el juez; y c) elementos pertenecientes al derecho no escrito, esto es, elementos que no se encuentran descritos en la ley ni completa (a) ni incompletamente (b), pero que el sentido de la ley presenta como elementos que contribuyen a determinar el injusto de la acción. Estos últimos elementos describen al delito como la lesión de intereses del pueblo.

²¹⁰ Vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona 1976, p. 260.

²¹¹ Vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases ...*, cit., p. 260.

²¹² Vid. Hellmuth MAYER, DStr (5) 1938, p.77, nota 18.

²¹³ Vid. WOLF, E., ZakDR 1936, p. 360.

²¹⁴ Vid. WOLF, E., ZakDR 1936, p. 360.

²¹⁵ Vid. WOLF, ZakDR 1936, p. 362.

El juez debe comprender estos elementos interpretando la íntima convicción popular (*Volksüberzeugung*).²¹⁶

A la luz de las anteriores afirmaciones parece difícil, ciertamente, seguir manteniendo que la concepción del Derecho penal defendida por Erik WOLF estaba basada en un positivismo legalista formal. Para terminar con la exposición de WOLF sobre el particular, baste con la cita que WOLF hace de Eugen HUBER, creador del código civil suizo: “Si de la ley no puede extraerse ningún precepto, entonces el juez debe decidir de acuerdo con el derecho consuetudinario, y allí donde también éste falte, de acuerdo con la regla que habría establecido como legislador”.²¹⁷ Nótese que por medio de esta cita, WOLF acoge para el Derecho penal instrumentos propios del derecho privado, tales como la aplicación del derecho consuetudinario.

Este carácter metapositivista de algunos autores próximos al régimen nacionalsocialista también ha sido puesto de manifiesto en la actualidad por GARCÍA AMADO en su artículo “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, publicado en Anuario de Filosofía del Derecho de 1991. En este trabajo, GARCÍA AMADO defiende —siguiendo entre otros a Arthur KAUFMANN— la idea de que ni los jueces ni los juristas del régimen nacionalsocialista se limitaron a observar escrupulosamente el derecho positivo. Este es el caso, por ejemplo, de. En opinión de este autor, los jueces y la doctrina aplicadores del Derecho penal nacionalsocialista no practicaron, en realidad, positivismo jurídico (*Rechtspositivismus*) formal, sino positivismo estatalista (*Staatspositivismus*). En realidad, la doctrina postulante de un positivismo jurídico formal no solo era ampliamente minoritaria en la época nacionalsocialista,²¹⁸ sino que ya lo era incluso bajo la vigencia del régimen político anterior, la República de Weimar.²¹⁹ En el sentido en que los emplea GARCÍA AMADO, los términos “positivismo jurídico” y “positivismo estatalista” tienen, además, significados opuestos. El primero tiene un sentido liberal, limitador del *Ius puniendi* del Estado. En efecto, la fidelidad al Derecho positivo garantiza el respeto al límite al Estado representado por el principio de legalidad. El término “positivismo estatalista” expresa, en cambio, la idea de que la soberanía no radica en el pueblo, sino en el Estado. Dice GARCÍA AMADO: “(...) imperaba un positivismo estatalista de índole autoritaria que exaltaba la idea de Estado y que partía de la unidad metafísica entre moral, Estado y derecho. Esta proclamación de fe en la superioridad moral de la idea de Estado estaría justamente en las antípodas de cualquier positivismo relativista. (...) Para este modo de pensar será más asumible el supuesto derecho que emana de un

²¹⁶ Vid. WOLF, E., ZakDR 1936, pp. 360 s. (“tipo de hecho”) y 362 (“tipo de autor”).

²¹⁷ Vid. WOLF, E., ZakDR 1936, p. 361.

²¹⁸ Vid. GARCÍA AMADO, AFD 1991, pp. 347 s.

²¹⁹ Vid. GARCÍA AMADO, AFD 1991, p. 347.

Führer que encarna la esencia nacional, que de un parlamento encorsetado de formalismos”.²²⁰

El positivismo jurídico-formal representó la expresión de una ideología política, el Liberalismo clásico, que constituyó el principal objeto de rechazo del nacionalsocialismo como régimen político. El abandono del positivismo jurídico-formal desde el nacionalsocialismo resultó incluso necesario para el completo desarrollo del programa político de este último. En efecto, entendido en aquel sentido liberal, el positivismo legalista o jurídico-formal llevaba asociadas ciertas garantías formales y materiales que habrían hecho inaplicables las 4.500 “leyes del gobierno” aprobadas por el ejecutivo nazi entre 1933 y 1945.²²¹ En opinión de GARCÍA AMADO, difícilmente podría tildarse de “positivista legalista” la aplicación judicial de un derecho que imponía —a golpe de cartas dirigidas desde el ejecutivo a los jueces (*Richterbriefe*)— penas de muerte a sujetos que cometían delitos para los que solo estaban previstas penas privativas de libertad.²²²

La desaparición del Derecho positivo nacionalsocialista dejó sin *objeto* al Derecho penal de la voluntad. Ello demuestra hasta qué punto la orientación nacionalsocialista de la Escuela de Kiel cumplió la función de justificar un determinado ideario político y un determinado ordenamiento jurídico: el incomprensible, por absolutamente infame, y de consecuencias monstruosamente trágicas, ideario del régimen del Tercer Reich. Esta sola circunstancia ya bastaría sobradamente, por supuesto, para desacreditar completamente esta concepción del Derecho penal.²²³ Lo que en este punto interesa, sin embargo, no es tanto someter al crítica el “significado” político del programa irracionalista de la Escuela de Kiel²²⁴ como, antes bien, analizar la viabilidad de uno de los conceptos desarrollados por esta corriente: la idea de los “tipos de autor”. Ello se debe a que —recuérdese—

²²⁰ *Vid.* GARCÍA AMADO, AFD 1991, p. 347.

²²¹ *Vid.* GARCÍA AMADO, AFD 1991, p. 348 y nota 15.

²²² *Vid.* GARCÍA AMADO, AFD 1991, p. 349.

²²³ *Vid.* MIR PUIG, *Introducción a las bases ...*, cit., p. 260.

²²⁴ Sobre éste MIR PUIG, *Introducción a las bases ...*, cit., p. 260.

uno de los indicadores para la constatación de la existencia de un delito *sui generis* propuestos por la doctrina es aquél que atiende precisamente al criterio criminológico de la existencia de un determinado “tipo de autor”. Es posible avanzar ya en este punto el resultado del referido análisis: la tesis de que el Derecho penal no deba castigar tipos de conductas, sino tipos de autor debe ser rechazada de plano.

e) *Lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto (indicador teleológico)*

e.1. *Exposición*

Gran parte de los autores que defienden en Alemania la teoría de los delitos “*sui generis*” consideran que uno de los principales indicadores para determinar la presencia de un delito distinto viene representado por la constatación de que el tipo de injusto del delito que se analiza es distinto respecto del delito al que se encuentra emparentado. Según este criterio, lo que convierte en “distinto” a un delito, lo que le dota de sustantividad propia respecto de otros delitos es, precisamente, la “especialidad” de su tipo de injusto, del objeto de la prohibición penal. De entre los representantes de este punto de vista, la mayor parte de ellos han creído ver la especialidad del injusto al que ahora me refiero en la existencia de la lesión o puesta en peligro de un *bien jurídico distinto* al protegido en el delito respecto del que guarda relación.²²⁵

e.2. *Valoración crítica*

²²⁵ Así SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., pp. 31 s. y 118 (en relación con los delitos impropios de funcionario); NAGLER, *ZakDR* 1940, p. 367; MAURACH, *Materialien ...*, cit., I, p. 254; HASSEMER, *Delictum sui generis*, cit., p. 50, nota 137.

No cabe duda de que resulta positivo acudir para la determinación de la concurrencia de un delito “*sui generis*” a un criterio que, como es el caso del que nos ocupa, impone la realización de una interpretación *teleológica* del tipo. Exige plantearse la cuestión, en suma, de qué es aquello que ha pretendido proteger el legislador. La respuesta a esta pregunta es necesaria para conocer, a su vez, *cómo* ha querido materializar la ley esa protección, y por qué se ha elegido ese mecanismo. Así, por ejemplo, es necesario conocer qué es lo que se pretende proteger en los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento de morada cometidas por Autoridad o funcionario público (arts. 167, 198 y 204 CP, respectivamente), o de lesiones cometidas por Autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones públicas (§ 340 StGB alemán) para conocer, a su vez, cuáles son los *efectos* perseguidos por la ley. La primera de las opciones imaginables es que los únicos bienes jurídicos protegidos en los delitos apuntados sean la libertad ambulatoria (art. 167 CP), la intimidad de las comunicaciones (art. 198 CP), la intimidad domiciliaria (art. 204 CP) y la integridad física (§ 340 StGB alemán), correspondiéndole al elemento de la Autoridad o funcionario público la condición de elemento meramente *personal*. En caso de que así fuera, para proteger los bienes jurídicos en juego no sería necesaria la tipificación de los aquellos delitos como delitos *especiales*; esto es, como delitos *distintos* o *sui generis* respecto de los correspondientes delitos comunes de detenciones ilegales (arts. 163 ss. CP), descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP), allanamiento de morada (arts. 202 ss. CP) y lesiones (§§ 223 ss. StGB). La técnica legislativa más idónea para proteger estos bienes jurídicos *comunes* sería la del subtipo o tipo dependiente por razón del sujeto activo. Así se desprende de las consecuencias dogmáticas que se derivarían de la misma para los supuestos de error y de intervención en el hecho de sujeto no cualificado.

Tanto en los supuestos de error vencible sobre el elemento accidental cualificante como en los casos de creencia errónea vencible de su concurrencia, tan solo podría castigarse por el tipo básico de lesión del bien jurídico. En los supuestos de intervención en el hecho de sujeto que no es ni Autoridad ni funcionario público, este sujeto será castigado por haber participado en el tipo común de lesión del bien jurídico. Estas soluciones tienen como consecuencias la imposibilidad de castigar: a) al sujeto que incurre en error vencible sobre el elemento cualificante por un concurso ideal de delitos entre el tipo básico doloso y el tipo cualificado imprudente, en su caso; b) al que cree erróneamente que se produce en él la concurrencia del elemento cualificante por concurso ideal de delitos entre tipo básico doloso y tentativa inidónea del tipo cualificado; y c) al partícipe no cualificado por su participación en el tipo cualificado. Estas consecuencias no representarían, sin embargo, un déficit de protección de los bienes jurídicos (los comunes) en juego. Antes al contrario: representan el corolario lógico de una técnica legislativa que permite distinguir la *esencia* del injusto (lesión del bien jurídico protegido) de su mera *agravación* por la concurrencia de elementos *personales*.

La segunda opción imaginable consiste en afirmar que en los delitos de funcionario señalados no solo se protegen los bienes jurídicos comunes individuales descritos, sino también un interés supraindividual: el correcto funcionamiento de la Administración pública. Si así fuera, sería forzoso afirmar —atendiendo al criterio que nos ocupa— la condición de los delitos en juego como delitos especiales distintos a los respectivos delitos comunes.²²⁶ Ello produciría igualmente efectos en materia de error y

²²⁶ *Vid.* MAURACH, *Materialien ...*, I, cit., p. 254. MAURACH reconoce, con todo, que la cuestión no es en absoluto incontrovertida. Tan solo existe unanimidad en que los delitos propios de funcionarios son siempre tipos autónomos y nunca meras modificaciones típicas de otro delito. Pero de ello no puede inferirse, a contrario, que

participación.²²⁷ En caso de error vencible sobre el elemento cualificante, debería castigarse por tentativa inidónea del delito de funcionario. El partícipe no cualificado que interviene en un tal delito sería merecedor, por su parte, de responder por su participación en el delito especial. Obsérvese como también aquí se aprecia que los efectos apuntados atienden a la circunstancia de que el elemento “Autoridad o funcionario público” habría dejado de ser un elemento *accidental*, meramente *agravante y personal* del injusto, para devenir un elemento *esencial* y directamente conectado con el bien jurídico protegido *distinto*: el correcto funcionamiento de la función pública. Estos efectos se desprenden, por lo demás, de la Teoría general del error típico sobre elementos esenciales como exclusión del dolo típico y del fundamento de la participación como favorecimiento del injusto del hecho principal típico.

todos los delitos impropios de funcionarios son meros tipos cualificados de los correspondientes delitos cometidos por particular. Un indicio contra la naturaleza de los delitos impropios de funcionarios como meras variaciones típicas es, para MAURACH, por ejemplo, la circunstancia de que están llamados a proteger dos bienes jurídicos distintos: en primer lugar, el bien protegido por el delito común, pero también, en segundo lugar, al igual que los delitos propios de funcionario, el bien jurídico especial consistente en la “confianza de la colectividad en la corrección de la prestación de la función pública”.

²²⁷ Sobre esta última en relación con los delitos impropios de funcionario MAURACH, *Materialien* ..., I, cit., p. 254. Expresamente en contra se pronuncia HAFFKE. En opinión de HAFFKE, la cuestión de si un determinado delito constituye o no la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto y la relativa a si resulta de aplicación el precepto regulador de la comunicabilidad de los elementos o circunstancias modificativas de la pena (antiguo § 50.3, actual § 28.2 StGB) son dos cuestiones que no tienen nada que ver entre sí. En su opinión, no existe contradicción alguna en admitir en los delitos de funcionario la existencia de un bien jurídico autónomo —frente a los delitos básicos correspondientes— y aplicar el § 50.3 (actual § 28.2) StGB. A juicio de HAFFKE, todo razonamiento que partiera de la premisa de que el § 50.3 StGB no podía aplicarse en los casos de delitos autónomos, y de que la presencia de un bien jurídico común a todos los delitos de funcionario los convierte en delitos *sui generis*, incurre en el formalismo lógico propio de una inadmisibles jurisprudencia de conceptos. Una tal concepción se encontraría orientada —siempre según HAFFKE— de espaldas a la contemplación de naturaleza valorativa que requiere la resolución de los problemas planteados en esta constelación delictiva. *Vid.* HAFFKE, JuS 1973, pp. 404 s.

El indicador del bien jurídico distinto acierta, en suma, en el diagnóstico de que es de todo punto necesario aprehender la voluntad de la ley (saber qué quiere proteger) para conocer los efectos que ésta pretende provocar en materia de error y participación. Este criterio tampoco está exento, sin embargo, de objeciones. Debe señalarse, en primer lugar, que la mera constatación de que es necesario preguntarse si un determinado delito constituye la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico o de un bien jurídico distinto representa un indicador que tan solo resulta de utilidad en los casos más sencillos. Esto es, en los supuestos en que no resulta complicado comprobar que los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por los delitos en juego son distintos. No ofrece lugar a dudas, por ejemplo, que el delito de hurto (art. 234 CP) debe ser reconocido como un delito distinto al delito de homicidio (art. 138 CP). No es difícil advertir que el hurto representa la lesión de un bien jurídico (propiedad) distinto al protegido en el homicidio (vida humana independiente). Pero lo cierto es, en cambio, que la determinación del bien jurídico protegido no siempre resulta tan sencilla. Es más: en la práctica totalidad de los delitos en relación con los que se discute si constituyen o no delitos *distintos* se da la circunstancia de que la determinación del/de los bien/es jurídico/s protegido/s resulta especialmente difícil. Clara muestra de ello son los delitos de funcionario antes referidos.

Algunos de los autores alemanes que conforman el sector doctrinal partidario del indicador del bien jurídico muestran sus dudas, en segundo lugar, sobre si éste debe ser considerado el *único* criterio para la determinación de la presencia de un delito "*sui generis*".²²⁸ Si ello fuera así, el indicador que nos ocupa no solo sería completamente inútil en

²²⁸ Este es el caso de HEIL, citado por HASSEMER, *Delictum sui generis*, cit., p. 50. nota 138.

relación con los supuestos límite²²⁹ —que, como ya se ha señalado, son, en realidad son la mayoría de los aquí interesan—, o en aquéllos en que el bien jurídico protegido sea *el mismo*, sino que incluso conduciría irremediablemente en estos supuestos a la imposibilidad de conocer con certeza si nos encontramos o no ante un delito distinto. Debe señalarse, por último, que ninguno de los autores que integran el sector doctrinal defensor del criterio del bien jurídico distinto proponen criterio alguno para determinar cuál es el bien jurídico protegido en cada tipo. Se trata, por tanto, de comprender su sentido interpretándolo teleológicamente y atendiendo a los postulados de la teoría general del delito. Más concretamente, a los de la teoría general del injusto y la teoría general de la formas de intervención en el delito.

2.4.6. Conclusión

No puede decirse que el concepto de “*delictum sui generis*” constituya precisamente un concepto que haya hecho fortuna. Al contrario, la doctrina penal moderna contempla la construcción del “*delictum sui generis*” como un concepto completamente insostenible. Autores como BLEI, ROXIN o JAKOBS se ha pronunciado en este sentido.²³⁰

Así, por ejemplo, BLEI considera que los conceptos de “tipo básico”, “derivación típica dependiente” y “*delictum sui generis*” constituyen conceptos que poco pueden aportar a la Dogmática jurídico-penal. Ello se debería a que se presentan como el resultado de argumentaciones que únicamente sirven: a) para abreviar el proceso interpretativo de los tipos

²²⁹ Vid. HASSEMER, *Delictum sui generis*, cit., pp. 50 s.

²³⁰ Sobre esto, vid. GÓMEZ MARTÍN, “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995”, RECPC 2002 (en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc>).

metodológicamente correcto; y b) para elaborar deducciones arbitrarias con premisas igualmente que pretenden llegar a un resultado normalmente ya presupuesto.²³¹ En opinión de este autor, la cuestión relativa a si un tipo depende o es autónomo de otro²³² no puede ser resuelta a partir de un proceso deductivo, sino, al contrario, mediante un procedimiento inductivo.²³³ A parecida conclusión llega también ROXIN. En opinión de este autor “Ésta (*scil.* la crítica al concepto de delito autónomo) está justificada en cuanto que no hay criterios generales para delimitar delitos autónomos y delitos cualificados y que de la aceptación de la autonomía no se pueden deducir sin más consecuencias jurídicas determinadas al modo de la jurisprudencia de los conceptos, sino que, cuando se trata de la relación de dos tipos entre sí, siempre hay que volver a averiguar de nuevo por medio de una interpretación orientada teleológicamente si y en qué relaciones son autónomos o dependientes entre sí. (...)”²³⁴ JAKOBS, por último, rechaza la distinción entre *delictum sui generis* y delito dependiente²³⁵ por estimar que “carece de apoyatura legal y sacrifica la técnica legal de los tipos en aras de ideas prejurídicas y poco claras acerca del tipo de delito”.²³⁶

La opinión de BLEI, ROXIN y JAKOBS es plenamente compartible. Resulta ciertamente lícito, e incluso necesario a determinados efectos, preguntarse si el delito A es el mismo delito que el delito B con el que se encuentra emparentado, o bien es, por el contrario, un delito distinto. O dicho con otros términos —más precisos desde la perspectiva que se adopta en la presente investigación—: si el tipo de injusto del delito A es el mismo que el del delito B, o bien se trata de un tipo de injusto distinto. Pero no es posible resolver satisfactoriamente esta cuestión de forma apriorística mediante un procedimiento lógico-deductivo válido para todos los supuestos donde aquella cuestión puede plantearse. Como ha sido

²³¹ Vid. BLEI, *Strafrecht, AT*, cit., p. 82.

²³² Adviértase también en BLEI la confusión terminológica entre “delito distinto” y “delito autónomo” referida *supra*.

²³³ Vid. BLEI, *Strafrecht, AT*, cit., p. 84.

²³⁴ Vid. ROXIN, *Derecho penal, PG*, I, cit., § 10/135.

²³⁵ Identificando incorrectamente de nuevo, por tanto, los conceptos “*Delictum sui generis*” y “delito autónomo”.

²³⁶ Vid. JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., 6/98.

ampliamente expuesto *supra*, un análisis de los indicadores (“conceptos”) elaborados por la doctrina del “*delictum sui generis*” pone de manifiesto que el contenido de todos ellos se encuentra expuesto a importantes —en algunos casos insalvables— objeciones. Pero aunque ello no fuera así, ninguno de estos indicadores podría pasar de la condición de meros *indicios* de sustantividad a tener en cuenta en el momento de la interpretación de los tipos en juego.

A pesar de que en el haber de la doctrina que nos ocupa puede contarse alguna virtud, no es menos cierto, sin embargo, que son amplia mayoría los inconvenientes que se encuentran en su débito. Los más importantes son los siguientes: a) Carácter “distinto” de un delito como cuestión carente de interés dogmático; b) falta de uniformidad terminológica; c) ausencia de un concepto material y concreto de delito “*sui generis*”; d) indicadores de sustantividad como meros indicios puestos al servicio de la interpretación de los tipos, y e) la doctrina de los delitos “*sui generis*” como expediente de “Jurisprudencia de conceptos”. Dada la preponderancia de estos últimos, la doctrina del “*delictum sui generis*” debe ser rechazada en favor de una interpretación teleológica de los tipos en juego. Por ello, y a la vista de las observaciones anteriormente formuladas, debe reconocerse que la atribución a la doctrina de los delitos “*sui generis*” del defecto de participar de las particularidades metodológicas de la “Jurisprudencia de conceptos” no se encuentra, en absoluto, carente de fundamento. En la medida en que los indicadores elaborados por la doctrina que nos ocupa constituyen, en la mayor parte de los casos, meras prolongaciones de métodos interpretativos esencialmente dominados por la lógica formal —ello ocurre, por ejemplo, con el indicador del *nomen iuris* en relación con la interpretación literal, así como con los de la ubicación sistemática del tipo en el mismo capítulo y el del marco penal

independiente en relación con la interpretación sistemática—, la técnica empleada por la doctrina del delito “*sui generis*” consiste en deducir lógico-formalmente de la ley la existencia de un concepto (el de delito “*sui generis*”) del que se derivan —también en un sentido lógico-formal—, a su vez, una serie de consecuencias dogmáticas. En mi opinión, la pretensión de la doctrina objeto de análisis de extraer de la ley el concepto de delito “distinto” no es susceptible de censura. Antes al contrario, es incluso digna de elogio. Ya se ha puesto de manifiesto *supra* que el concepto de delito “distinto” es un concepto dogmático necesario. Lo que resulta criticable, sin embargo, es el *método* empleado por la doctrina del delito “*sui generis*” para la elaboración de este concepto. Asiste la razón a la “Jurisprudencia de intereses” cuando afirma que la deducción lógico-formal de conceptos jurídicos de otros conceptos jurídicos solo puede servir para cumplir una función meramente expositiva, sistemática, de formulación y carente de todo valor cognitivo.²³⁷ Esta orientación metodológica formalista, que se asienta sobre la premisa de que el ordenamiento jurídico-penal constituye un sistema lógico cerrado, constituye, además, el origen de una serie de insatisfactorias consecuencias, también apuntadas *supra*: acoger en su seno a una considerable cantidad de clases de delitos sin conexión alguna entre sí; no advertir que el fundamento del carácter “distinto” de cada una de las clases de delitos que incorpora es diferente en cada caso; y *pretender hacer extensivas a todas las clases de delitos las mismas consecuencias dogmáticas*. El único método interpretativo que permite advertir la existencia de una gran cantidad de delitos “distintos” cuyas respectivas naturalezas jurídicas nada tienen que ver entre sí (a), que el fundamento de que estas clases de delitos puedan ser considerados “distintos” es diferente para cada caso (b), y de explicar que las consecuencias dogmáticas

²³⁷ En suma: para cumplir la función de elaboración de lo que HECK conoce con el nombre de “sistema externo”. *Vid.* LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*

previstas para cada una de las constelaciones delictivas en juego pueden ser distintas (c) es una interpretación que se encuentre orientada a la voluntad y los fines de la ley: una interpretación *teleológica*.

3. Valoración crítica de las teorías unitarias

La valoración crítica de las teorías diferenciadoras sobre los delitos especiales que acaba de ser realizada se he encargado también de revelar cuál es la solución que en la presente investigación se considera preferible: la solución unitaria. Puesto que la valoración negativa de las teorías diferenciadoras ha sido llevada a cabo a partir de la valoración positiva de las objeciones que contra aquéllas han venido dirigiendo los partidarios de las soluciones unitarias, la crítica a las soluciones diferenciadoras aquí realizada trae consigo, en realidad, la aceptación de la tesis unitaria. Por ello, no considero necesario, por el momento, abundar más en la defensa de esta solución, que se verá reforzada, además, cuando la problemática que ahora nos concierne sea analizada a la luz de la legislación y la doctrina alemanas.

No obstante, sí creo que es conveniente poner de relieve que, en mi opinión, la fundamentación de la solución unitaria que aquí se considera preferible debe descansar, en la línea sugerida en nuestro país por GRACIA MARTÍN y su discípula RUEDA MARTÍN, en la especial relación de dominio existente entre el autor cualificado y el ámbito social institucional en que se encuentra implicado el bien jurídico protegido. Como apunta RUEDA, este criterio es válido tanto para los delitos especiales propios como para los delitos especiales impropios. En realidad, como fundamentaré más ampliamente con motivo del análisis de la cuestión

(traducción y revisión de Rodríguez Molinero), Madrid 1994, p. 78.

planteada en el marco de la legislación alemana, comparto la opinión de quienes creen que la distinción entre delitos especiales propios e improprios carece de sentido. Desde mi punto de vista, no existe razón alguna para someter a unos y otros delitos a un tratamiento diferenciado.

4. Valoración crítica de las teorías mixtas unitarias. En especial, valoración crítica de la solución del “término medio ideal” de GIMBERNAT basada en la teoría del concurso aparente de delitos

Como se encargaron de poner de manifiesto las SSTS 18 enero 1994, 24 junio 1994 (Ar. 5031), 10 enero 1997 (Ar. 819) y 12 julio 1999 (Ar. 6215), los dos principales objetivos de la solución mixta unitaria consisten en conseguir un tratamiento unitario para todos los delitos especiales que atienda, además, al supuesto menor desvalor y merecimiento de pena de la conducta del partícipe “*extraneus*”. En mi opinión, estos dos objetivos, el primero (el “unitario”) es, como ya se ha señalado *supra*, completamente atendible. El segundo (el “diferenciador”) solo lo es en parte, porque, como se desarrollará oportunamente *infra*, no es cierto que en todos los delitos especiales el merecimiento de pena de la conducta del “*extraneus*” sea menor.

Entre las distintas soluciones mixtas unitaria-diferenciadora defendidas por doctrina y jurisprudencia, especial consideración crítica merece, desde mi punto de vista, la concepción defendida por GIMBERNAT ORDEIG.

En su monografía *Autor y cómplice en Derecho penal* (1966), GIMBERNAT defendió la tesis de que, en los casos en que, por ejemplo, un “*extraneus*” induce a un “*intraneus*” a la comisión de un delito especial

impropio, por ejemplo, el antiguo delito de parricidio (art. 405 CP 1944), el único delito por el que puede hacerse responsable al “*extraneus*” es el delito *especial*, porque, en su opinión, éste es el único que se da en la realidad. El delito común paralelo, por ejemplo, el de homicidio en el caso del parricidio, queda completamente desplazado por el delito especial, de tal modo que no puede producir efecto jurídico alguno.²³⁸ La relación existente entre los delitos aparentemente concurrentes no consiste para GIMBERNAT, por tanto, una relación de *inclusión* sino una relación de *exclusión recíproca*. Así, por ejemplo, en opinión de GIMBERNAT, autor de un delito de homicidio no podía serlo cualquier, sino solo aquellos sujetos que no se encontrasen con la víctima en una relación de parentesco de las previstas en el antiguo art. 405 CP 1944 para el parricidio. En caso contrario, el sujeto ya no era autor de un homicidio, sino autor de un parricidio.²³⁹

Aunque en 1966 GIMBERNAT no lo reconoció expresamente, casi 30 años más tarde, GIMBERNAT defendió su solución con renovados argumentos, reconociendo algo que ya insinuaba en 1966: el razonamiento defendido por este autor en *Autor y cómplice en Derecho penal* descansaba sobre la base de la llamada teoría del concurso *aparente* de leyes. De acuerdo con esta teoría, en los casos de concurso de leyes, no puede afirmarse que, en realidad, el hecho o los hechos cometidos puedan ser incluidos *efectivamente* en más de un precepto. Ello se debe a que — siempre según esta línea de pensamiento— una correcta interpretación de los preceptos en juego revelará que la concurrencia de todos ellos es

²³⁸ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice ...*, cit., pp. 282 ss. (en relación con el parricidio y el infanticidio del CP 73) y 292 (en relación con los delitos especiales impropios de funcionario).

²³⁹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice ...*, cit., pp. 286 s.

meramente aparente, ya que, puesto que finalmente acaba aplicándose solo uno de ellos, debe concluirse que, ya desde el principio, en realidad solo concurre el precepto que finalmente acaba aplicándose. En suma: no se produce un conflicto *real* de leyes porque los preceptos aparentemente en juego deben ser interpretados teniendo en cuenta que el legislador ya había previsto desde el principio la aplicación final exclusivamente de *uno* de ellos.²⁴⁰

En Alemania, la teoría del concurso aparente de leyes, fundada por BERNER,²⁴¹ ha sido defendida, entre otros, por HERZBERG y HAFFKE. La opinión de HERZBERG en relación con la cuestión planteada parte del contenido del § 28.2 del StGB alemán vigente. De acuerdo con este precepto, “si la ley determina que especiales elementos personales agraven, atenúen o excluyan la pena, esto rige tan solo para el interviniente (autor o partícipe) en quien concurren”. HERZBERG considera que § 28.2 del StGB alemán, al obligar a castigar al inductor “*extraneus*” de un infanticidio como inductor a un homicidio o a un asesinato, está reconociendo que la circunstancia de que el hecho principal aparezca como un delito común no es más que una ficción, porque el único delito realmente concurrente es un infanticidio. El delito común no concurriría, por tanto, en la realidad, sino que su concurrencia sería, al contrario, una mera ficción.²⁴² En el caso contrario —la madre que induce al vecino al hecho, que para el segundo constituye un asesinato—, el § 28.2 StGB legitimaba para HERZBERG, igualmente, una ficción, que en este caso favorecía al partícipe.²⁴³ Según HAFFKE, nos encontramos ante un

²⁴⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, “Concurso de leyes, error y participación en el delito. (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)”, ADPCP 1992, pp. 837 ss.

²⁴¹ Vid. BERNER, *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlín 1847, p. 209.

²⁴² Vid. HERZBERG, “Die Problematik der «besonderen persönlichen Merkmale» im Strafrecht”, ZStW 1976, p. 71. En el mismo sentido ROXIN, *LK*, 10ª ed., § 28/14.

²⁴³ En opinión de HERZBERG, la importancia de las consecuencias que se desprenden de la declaración que se encuentra en el § 28.2 StGB es menor en esta segunda constelación de casos (madre que induce a vecino a matar al hijo recién nacido de la primera). El motivo de esta inferior relevancia consiste en que, también sin la existencia del § 28.2 StGB, habría sido posible —según HERZBERG— hacer responder a la madre inductora con la pena del delito de infanticidio. Ello se había podido conseguir por medio de una aplicación analógica del antiguo § 217 StGB mismo. Vid. HERZBERG, ZStW 1976, p. 71 y nota 8.

delito *sui generis* en los casos en que la aplicación de un determinado delito excluye por completo la aplicación del delito respecto del que se plantea la cuestión de su carácter *distinto*. De este modo, el tipo desplazado se distinguiría precisamente por dejar de producir efectos en el delito distinto, del mismo modo el delito distinto no produciría efecto alguno en los segundos. Aquellos delitos respecto de los que no quepa decir, por el contrario, que excluyen por completo la aplicabilidad de otro delito de referencia no pasarán de ser —según este razonamiento— meros delitos cualificados. A partir de esta línea de razonamiento, un sector de la doctrina alemana, italiana y española ha venido extrayendo importantes consecuencias prácticas.²⁴⁴

Entre los méritos que cabe reconocerle a la teoría del concurso *aparente* de delitos se cuenta el de un respeto escrupuloso por el llamado principio de economía conceptual.²⁴⁵ Parece contrario a este principio, en efecto, el planteamiento consistente en que una conducta realice varios tipos pero solo resulte aplicable uno de ellos.²⁴⁶ No obstante, la teoría del concurso aparente de leyes no está exenta, sin embargo, de una serie de objeciones. Estas objeciones son de dos clases: objeciones de naturaleza *teórica* y objeciones de naturaleza *práctica*. La primera clase de objeciones constituyen, en realidad, críticas al propio *fundamento* de la teoría. Las objeciones pertenecientes a la segunda clase son, en cambio, críticas a sus consecuencias prácticas.

Por lo que respecta a las objeciones teóricas, PEÑARANDA RAMOS ha afirmado, con razón, que la mayor parte de las posiciones doctrinales que defienden la teoría del concurso aparente de leyes parten de

²⁴⁴ Vid. HAFFKE, JuS 1973, pp. 402 y 404 ss.

²⁴⁵ Al principio de economía conceptual (“*Prinzip der Begriffsökonomie*”) se refiere en Alemania, por ejemplo, SCHÜNEMANN, citado por PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid 1991, p. 53, nota 32.

²⁴⁶ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes ...*, cit., pp. 53 s., aunque señala que un correcto entendimiento del principio de economía procesal obliga a ponerlo en relación con el sistema (p. 54).

una premisa equivocada: *no es posible participar en algo que en realidad no existe*. El fundamento de esta afirmación descansaría sobre la idea de que el delito es algo “existente” en sí mismo, es un “hecho” empírico aprehensible sensorialmente, del mismo modo que lo son el resto de los fenómenos de la naturaleza, en lo que pueden intervenir los partícipes. La percepción de GIMBERNAT se basa, en primer lugar, en el concepto del termino “*hecho*” —previsto en los arts. 14 y 16 CP de 1973, equivalentes a los actuales arts. 28 y 29 CP de 1995— formulado por el propio GIMBERNAT. Este autor define el término aludido como aquel comportamiento del autor principal que reúne el conjunto de las características definitorias de una determinada figura legal de delito.²⁴⁷ Esta idea es, sin embargo, equivocada.²⁴⁸

Tal y como en su momento puso de manifiesto RODRIGUEZ MOURULLO, el autor no comete el delito como un comportamiento ya valorado en el momento de su comisión. Antes bien, el autor comete un hecho posteriormente valorado por el juez como delito.²⁴⁹ No niega PEÑARANDA, ciertamente, que tanto el autor como el partícipe deben responder por el mismo *hecho* (principio de unidad o identidad de hecho). Pero no es menos cierto para este autor que esta identidad de hecho no tiene por qué representar necesariamente una unidad o identidad de *delito*. Ello conduce a PEÑARANDA a afirmar, por ejemplo, que el partícipe, en lugar de participar en el delito “desplazante”, participa en el delito

²⁴⁷ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice* ..., cit., p. 277.

²⁴⁸ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes* ..., cit., p. 189.

²⁴⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delitos contra la vida* ..., cit., p. 164 (= *Comentarios al Código penal*, I, cit., p. 867); el mismo, Prólogo a PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes* ..., cit., pp. 17 ss. Vid. también PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes* ..., cit., pp. 30 s.

“desplazado” como una importante consecuencia de lo que un importante sector de la doctrina alemana da en llamar “naturaleza personal del concurso”.²⁵⁰

A juicio de PEÑARANDA, la relación existente entre los delitos contra la vida en sentido estricto del CP español anterior consistía en que el delito de homicidio era el concepto *genérico* que abarcaba los delitos de asesinato y cooperación ejecutiva al suicidio, y los actualmente desaparecidos delitos de parricidio e infanticidio, que devenían para aquel autor meras especies de aquél. De acuerdo con la legislación penal derogada, el homicidio era para PEÑARANDA, por tanto, un delito genérico, y no, por el contrario, un mero tipo residual. Los restantes delitos contra la vida constituían, a su juicio, meras *especies* del homicidio. La relación en cuestión (*género-especie*) sería, pues, una relación de *inclusión*.²⁵¹

A esta conclusión no llega PEÑARANDA, sin embargo, a partir de una perspectiva lógico-formal. Desde una tal perspectiva, a este autor le parece igual de correcto afirmar que la relación existente entre un “*delictum sui generis*” y el delito básico paralelo es una relación de *inclusión* que decir que lo es de *exclusión*. Desde esta perspectiva lógico-formal serían viables, por tanto, ambas opciones. No obstante, no cabe obviar que, desde otros puntos de vista, las consecuencias de estas dos posibilidades son, sin embargo, diferentes. Uno de los ámbitos donde esta diferencia resulta más fácilmente perceptible es el de la solución de los problemas de concursos

²⁵⁰ Comparten en Alemania, así, esta percepción personal del *Concurso de leyes* STRATENWERTH, *Derecho penal, PG*, I, cit., p. 348; JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., 31/42.

²⁵¹ *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes ...*, cit., pp. 38 s., 72 y 148 ss.

en Derecho penal. La cuestión de si la referida relación es de inclusión o bien de exclusión no podría ser resuelta, pues, partiendo de un punto de vista lógico-formal, sino desde el ámbito de la elaboración dogmática. Para ello deberán ser tenidos en cuenta dos criterios: a) cuál es la alternativa que se adapta mejor a las exigencias del sistema; y b) cuál es la que sirve mejor para resolver los problemas de concursos en Derecho penal.²⁵²

GIMBERNAT se ha defendido de las críticas que contra su concepción dirigió PEÑARANDA en un trabajo dedicado exclusivamente a este objeto.²⁵³ En opinión de GIMBERNAT, la relación del delito de homicidio con los antiguos delitos de parricidio y de infanticidio no podía explicarse completamente desde una perspectiva estrictamente lógico-formal, sino que también tenía una dimensión *valorativa-normativa*. Desde un punto de vista lógico-formal, la relación entre los tipos en cuestión no era para GIMBERNAT la lógica de *género-especie (plus-minus)*, sino la de *aliud-aliud*. El homicidio no era un tipo *genérico* que incluyese el parricidio y el infanticidio como *especies* suyas, sino que, al contrario, era un tipo *residual* de éstos.²⁵⁴ GIMBERNAT reconoce que era correcto decir que quien quería cometer un parricidio, quería cometer también un homicidio. Pero la corrección de esta afirmación no se debía, según GIMBERNAT, a razones de orden *lógico-formal*, sino de tipo *valorativo*. La relación entre los delitos de referencia en el CP derogado no consistía —siempre en opinión de este autor— en una en cuya virtud pudiera afirmarse que “*quien quiere el género, quiere también la especie*”, sino en

²⁵² Vid. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes ...*, cit., pp. 45 ss.

²⁵³ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, “Concurso de leyes, error y participación en el delito. (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)”, ADPCP 1992, pp. 833-854.

²⁵⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 1992, pp. 849 ss.

una relación valorativa de *más grave-menos grave* (“*quien quiere lo más grave quiere lo menos grave*”). Para GIMBERNAT: “ (...) quien está dispuesto a lesionar el bien jurídico concurriendo elementos de agravación, también está implícitamente de acuerdo en hacerlo aunque dichos elementos no estuvieran presentes”.²⁵⁵

A juicio de GIMBERNAT, para afirmar que el homicidio *incluía lógico-formalmente* también los antiguos delitos de parricidio e infanticidio, habría sido necesario que la extensión del marco penal previsto para el primero de estos tres delitos hubiese comprendido, a su vez, los respectivos marcos penales de los otros dos. Es decir: que el marco penal previsto para el delito de homicidio hubiese tenido como límite mínimo el de la especie del homicidio más atenuada (infanticidio), y como límite máximo el de la especie de homicidio más agravada (asesinato). En el CP de 1973, sin embargo, este requisito no se cumplía, por lo que no era posible —siempre en opinión de GIMBERNAT— explicar la relación entre los delitos referidos como una relación de *inclusión*.²⁵⁶

Desde mi punto de vista, la réplica de GIMBERNAT a PEÑARANDA no convence. Es cierto que GIMBERNAT no rechaza de plano la idea de que es posible explicar la relación existente entre dos un delito especial impropio y su delito común paralelo desde una perspectiva lógico-formal y desde otra normativo-valorativa simultáneamente. No en vano, GIMBERNAT explica la relación existente en el CP de 1973 entre el homicidio con el parricidio y el infanticidio como una relación lógico-formal y también como una relación valorativa. Desde el primer punto de

²⁵⁵ *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 1992, p. 850.

²⁵⁶ *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 1992, pp. 837 ss.

vista, la relación es de *aliud-aliud*. Desde el segundo, de *más grave-menos grave*. Pero no es menos cierto que GIMBERNAT parece afirmar igualmente una incompatibilidad entre la existencia de una relación lógica de *plus-minus* y una relación normativo-valorativa de *más grave-menos grave*. Esta segunda afirmación no es correcta. Ésta es la relación que se produce, por ejemplo, entre todos los tipos básicos y sus respectivos subtipos agravados. Es posible que lo que pretende GIMBERNAT no sea sugerir esta incompatibilidad de un modo genérico, sino sólo en referencia a la relación de *delicta sui generis* con sus respectivos delitos básicos paralelos. Pero incluso en caso de que ello fuera así, lo cierto es que la concepción de GIMBERNAT sigue sin convencer. Es cierto que la relación en que se encuentran los delitos *sui generis* con sus tipos básicos paralelos es una relación de *aliud-aliud*. Pero esta relación no es de naturaleza *lógico-formal*, sino precisamente *valorativo-normativa*. No es correcto afirmar que la malversación de caudales públicos cometida por autoridad o funcionario público, por ejemplo, no pueda ser subsumida, desde un punto de vista lógico-formal, en el tipo del hurto. Lo que sucede es que, desde una perspectiva valorativo-normativa, es preferible afirmar que el primer delito es *otro* delito, es un delito *distinto* al segundo, porque su *tipo de injusto* es *cualitativamente distinto* al del delito común. El legislador no castigaba por homicidio doloso (en hipotético concurso ideal de delitos con una tentativa inidónea de parricidio) —como señala, de nuevo incorrectamente, GIMBERNAT— porque quien está dispuesto a matar a su padre, debe entenderse implícitamente que también está dispuesto a matar a un extraño. Al sujeto activo de una conducta constitutiva de delito no se le castiga por aquello a lo que implícitamente se supone “*que está dispuesto*”, sino por lo que *efectivamente* ha hecho. Así, al sujeto activo de la conducta antes descrito, no se le castigaba con la pena de un delito de homicidio por deducirse que estuviera dispuesto a cometerlo, sino porque en realidad lo

ha cometido. Y ello sería difícilmente posible si no puede afirmar que la conducta que realizaba el tipo objetivo del delito de parricidio, pero no el subjetivo por la presencia de un error vencible sobre el elemento cualificante de la autoría, era subsumible, al mismo tiempo, en el tipo objetivo y subjetivo del delito de homicidio.

Tampoco el argumento de GIMBERNAT de que no cabe la posibilidad de afirmar la existencia de una relación lógico-formal de inclusión de un tipo en otro si la consecuencia jurídica del tipo incluyente no incorpora ya la del tipo incluido merece correr mejor fortuna. Para afirmar la existencia de una relación de inclusión entre los antiguos delitos de parricidio e infanticidio y el de homicidio, no es en absoluto necesario que también los marcos penales de los dos primeros delitos se encuentre en el marco penal previsto por el tercero. Basta para ello que lo estén sus *supuestos de hecho*. El concurso de leyes se caracteriza precisamente por la posibilidad de que un hecho se subsuma en los respectivos supuestos de hecho de varios preceptos penales. Nada tiene que ver con sus consecuencias jurídicas. El hecho de que la pena imponible en su momento al infanticida o al parricida no se encontrase incluida también en el antiguo art.407 CP de 1973 (actual art.138 CP de 1995) no determina la inexistencia de una relación de inclusión con el delito de homicidio, sino que, en realidad, no es más que la consecuencia lógica de que, entre todos los preceptos concurrentes, al final sólo se aplique *uno* de ellos. Como sucede con el resto de su planteamiento, este último argumento de GIMBERNAT descansa, en definitiva, sobre la idea de que el *único* precepto aplicable es aquél en cuyo supuesto de hecho es posible subsumir la conducta enjuiciada. En el caso de que en el marco penal del tipo *genérico* —en la terminología de PEÑARANDA— estuvieran efectivamente comprendidos los marcos penales de sus tipos *específicos*,

habría que concluirse que, para GIMBERNAT, el precepto aplicable sería el tipo del delito de homicidio, e incluso que los otros dos tipos (el de parricidio y el de infanticidio) dejarían de tener razón de ser y podrían desaparecer. GIMBERNAT confunde de nuevo dos aspectos que son, sin embargo, de naturaleza distinta: la posibilidad de subsumir la conducta en los supuestos de hecho de las distintas normas concurrentes y la posibilidad de aplicar conjuntamente los preceptos concurrentes. Lo que caracteriza al concurso de leyes es precisamente que la posibilidad de subsumir la conducta en los supuestos de hecho de las distintas normas concurrentes es *real*, produciéndose efectivamente dicha subsunción. Lo que es *aparente* es, sin embargo, la posibilidad de aplicar conjuntamente los preceptos concurrentes, ya que basta la aplicación de uno de ellos para aprehender el contenido completo de injusto del hecho.²⁵⁷

En opinión de GIMBERNAT, la posición de PEÑARANDA trae causa de su adhesión a la concepción de la congruencia entre tipo objetivo y tipo subjetivo defendida por la doctrina dominante. A juicio de GIMBERNAT, esta concepción es, sin embargo, insostenible, porque representa una visión del dolo que lo convierte en una suerte de construcción meramente lógica, y no formal. El dolo no puede referirse — siempre según GIMBERNAT— a “*conceptos lógicos genéricos*”, sino que debe hacerlo “*a hechos desvalorados concretos*”.²⁵⁸

Sin embargo, tampoco aquí asiste la razón a GIMBERNAT. No existe motivo alguno, en efecto, para afirmar que el concepto de dolo defendido por PEÑARANDA conduce a concebirlo como el mero

²⁵⁷ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes ...*, cit., pp. 52 ss.

²⁵⁸ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 1992, p. 850.

conocimiento de conceptos lógicos genéricos. En efecto, el sujeto que mataba a un extraño confundiénolo con su padre realizaba el tipo objetivo y subjetivo del delito de homicidio doloso, ya que no podía negarse su conocimiento *del hecho desvalorado concreto* consistente en *matar a otra persona*.

La afirmación de que el delito de homicidio no puede ser cometido por cualquiera apunta a concebirlo prácticamente como una suerte de delito especial, lo cual se presenta como absolutamente discutible. La limitación del círculo de autores del delito de homicidio operada por GIMBERNAT no puede ser compartida, porque no hay razón alguna para entender que el tenor literal posible de los términos “el que” (sujeto activo del homicidio) y “otro” (su sujeto pasivo) no incluye también a aquellas personas que se encuentran en una determinada relación de parentesco. La interpretación de GIMBERNAT constituye, por tanto, una restricción teleológica de los referidos elementos del tipo contraria al plan del legislador.

Por lo que respecta a las objeciones prácticas contra la teoría del concurso aparente de leyes, debe indicarse que dos son los principales inconvenientes prácticos de la teoría del concurso aparente de leyes. El primero consiste en que la teoría del concurso aparente de leyes hace imposible tener en cuenta el precepto o preceptos desplazados, en combinación con el precepto desplazante, a determinados efectos. El segundo es que la teoría aquí criticada impide la aplicación del precepto desplazado en caso de que deje de ser aplicable el precepto preferente, pero no el desplazado.²⁵⁹ En cuanto a la primera objeción, la doctrina dominante en Alemania estima preferible reservarse la posibilidad de aplicar el precepto desplazado a efectos básicamente relativos a la *determinación de la pena* y a la teoría del *error*. En relación con la *determinación de la pena*, en los casos en que el límite mínimo del marco penal previsto para el precepto desplazante es inferior que el del marco penal del precepto

²⁵⁹ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 27/65.

desplazado, se considera preferible *combinar* ambos preceptos elaborando un marco penal conjunto cuyo límite máximo sería el del precepto desplazante, pero que contaría, en cambio, con el límite mínimo del marco penal del precepto desplazado. Ello tiene por objeto evitar la posibilidad de castigar con una pena inferior al límite mínimo del precepto penal desplazado, ya que ello constituiría la contradicción valorativa consistente en acabar castigando con una pena incluso inferior a la imponible de acuerdo con el precepto teóricamente menos grave.²⁶⁰

Por lo que se refiere a la teoría del *error*, la posibilidad de seguir aplicando el precepto desplazado permitiría castigar como dolosas aquellas conductas que, en caso contrario, deberían quedar impunes o ser castigadas, a lo sumo, por imprudencia. Así, por ejemplo, parece que la calificación jurídica correcta para el sujeto que —de acuerdo con la regulación prevista en el CP español anterior— mataba a su padre sin saberlo debía ser la de homicidio doloso. Esta calificación tan solo puede explicarse partiendo de la idea de que la conducta en cuestión era subsumible tanto en el tipo objetivo del delito de homicidio como en el tipo objetivo del delito de parricidio.²⁶¹ Debido a que la conducta tan solo realiza el tipo subjetivo del primero de estos dos delitos, al sujeto sólo se le podrá castigar, en suma, por un delito de homicidio.²⁶²

²⁶⁰ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 27/66; 6ª ed., cit., 27/67.

²⁶¹ Por este motivo PEÑARANDA considera contradictorio, o bien cuanto menos un indicio de que el principio de la concurrencia real del delito como hecho empírico defendida por GIMBERNAT, que este mismo autor defiende sugiera castigar por homicidio al sujeto que induce a otro a matar a su padre sin saber que no es, ya que parece difícil negar que, desde su perspectiva, debe afirmarse la concurrencia de un “hecho” constitutivo del tipo (objetivo) del delito de parricidio. Vid. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes ...*, cit., pp. 190 s.

²⁶² Vid. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes ...*, cit., pp. 141 ss.

De acuerdo con la solución propuesta por PEÑARANDA, pero en contra de su fundamentación, se muestra GIMBERNAT.²⁶³ Este autor considera que, puesto que el CP de 1973 no permitía castigar por parricidio doloso al sujeto que mataba a su padre sin saber que lo era, al sujeto activo de la referida conducta sólo se le podía castigar, ciertamente, por homicidio consumado. Pero esta calificación jurídica no traía causa, en opinión de GIMBERNAT, de una supuesta posible subsunción simultánea de la conducta en los tipos de parricidio y homicidio, sino que debía explicarse de otro modo. En efecto, según el antiguo art. 6 bis) CP de 1973 “el error invencible sobre un elemento (...) que agrave la pena (...) excluye la agravación (...)”. De acuerdo con esta regla, presente también en la actualidad en el art. 14.2 CP de 1995, un error sobre un elemento accidental típico cualificante conducía necesariamente a la inobservancia de este elemento. Esto es lo que sucedía para GIMBERNAT en los casos de parricidio con error sobre la cualificación del propio sujeto activo.

Dos son las observaciones que cabe formular contra la opinión expresada por este autor. Es preciso señalar, en primer lugar, que GIMBERNAT tiene que reconocer que la solución del homicidio doloso por él defendida exige afirmar que el tipo finalmente aplicado es el del delito de homicidio. Pues bien: habrá que convenir que esta idea resulta difícilmente compatible con la de que la conducta del parricida no realizaba, en realidad, el tipo del homicidio. ¿Cómo es posible castigar a un sujeto por un tipo cuya conducta no es subsumible en el supuesto de hecho de la norma correspondiente?

En segundo lugar —y ello constituye en realidad una observación también extensible a PEÑARANDA—, la solución del homicidio doloso para el supuesto planteado no resultaba completamente pacífica. En efecto, uno de los problemas suscitados por los delitos especiales y los tipos cualificados por razón del sujeto activo que ha generado un más arduo debate doctrinal ha sido precisamente la cuestión relativa al tratamiento de los casos de error sobre el elemento cualificante del sujeto activo. Las posiciones doctrinales defendidas en torno a este tema son, esencialmente, dos: a) la solución de la tentativa inidónea del delito especial o cualificado; y b) la solución del delito especial o cualificado putativo.

Considero que es necesario distinguir —tanto a la luz de la regulación prevista en el CP de 1973 como de la actual— entre los elementos cualificantes del sujeto activo en los delitos especiales impropios, por una parte, y los elementos cualificantes del sujeto activo en los subtipos agravados por razón del sujeto activo, por otra. En el primer caso, la solución correcta pasa por castigar al sujeto que incurre en un error sobre el elemento referido por tentativa inidónea del delito especial en concurso ideal con el delito común paralelo consumado. En el segundo, la solución más adecuada pasará por castigar al sujeto sólo por el delito común consumado. La diferencia de tratamiento de ambos supuestos obedece a la diferente naturaleza jurídica de ambas clase de elementos. La tesis que aquí se defiende es que la siguiente: mientras que en la primera clase de delitos (delitos

²⁶³ *Vid.* GIMBERNAT, ADPCP 1992, pp. 840 ss.

especiales impropios), los elementos cualificantes del sujeto activo fundamentan la pena, dando lugar a un tipo de injusto cualitativamente distinto al de los delitos comunes paralelos, en la segunda clase de delitos (subtipos agravados por razón del sujeto activo), los elementos que nos ocupan se limitan a agravar la pena. Por este motivo, mientras que los supuestos de error sobre los primeros merecen recibir el tratamiento propio de los casos de error que recae sobre elementos esenciales del delito, los supuestos de error sobre elementos meramente agravantes deben ser tratados de modo análogo a los casos de error sobre circunstancias genéricas agravantes; es decir, que el error actuará excluyendo (art.6 bis a CP de 1973) o impidiendo la apreciación de (art.14.2 CP de 1995) la agravación.²⁶⁴

El supuesto contrario al planteado, esto es, aquél en que el sujeto mata por error a su padre al confundirlo con el extraño al que quería matar en realidad, vuelve a poner de manifiesto hasta qué punto era incorrecta la tesis que concebía el homicidio como la “muerte de un extraño por un extraño”. Desde esta perspectiva, en efecto, la única solución que podía sugerirse para este supuesto era la de concurso ideal de delitos entre tentativa inidónea de homicidio y parricidio imprudente. Esta solución era, sin embargo, sencillamente inaceptable. En primer lugar, cabe señalar que no deja de ser paradójico que una conducta productora de un resultado de muerte objetiva y subjetivamente imputable al sujeto activo no sólo pueda ser castigada únicamente con la pena de un delito intentado, sino que, además, la tentativa sea considerada incluso inidónea. En segundo lugar, a la luz del sistema de “*numerus clausus*” vigente en el CP de 1973, no era en absoluto pacífica en la doctrina española la cuestión de si debía ser objeto de castigo la conducta consistente en un parricidio imprudente. Y en tercer lugar, cabía poner de manifiesto que la calificación jurídica propuesta suponía, en realidad, una disminución de la pena en relación con

²⁶⁴ De acuerdo con la solución de la tentativa inidónea se pronuncia en España MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 13/81, y en Alemania, un sector doctrinal formado, entre otros, por JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., cit., pp. 535 s. y LANGER, “Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale»”, *FS-Lange*, 1976, p. 244, nota 16.

los supuestos de *error in persona* irrelevantes político-criminalmente injustificada.²⁶⁵

PEÑARANDA considera que la idea de que la relación existente entre el *objeto material* de un delito especial impropio y el de su delito común paralelo es una relación de exclusión mutua, de *alteridad*, es una premisa de la que parten en realidad muchos de los autores que defienden la solución del concurso ideal de delitos en los casos de error sobre el elemento del parentesco. De acuerdo con esta premisa, del mismo modo que no puede pretenderse que el objeto material de un delito de daños incluya el del delito de homicidio y viceversa, tampoco ocurriría lo propio con los respectivos objetos materiales de los delitos de homicidio, parricidio e infanticidio. Según este razonamiento, el tratamiento que deberían recibir el caso en que un sujeto destruye un maniquí o una estatua con forma humana en el convencimiento de estar acabando con la vida de una persona sería equivalente al que merecía en el CP de 1973 el supuesto en que un sujeto mata a un extraño con la convicción de estar matando a su padre. En el primer caso, delito consumado de daños en concurso ideal de delitos con el de tentativa inidónea de homicidio. En el segundo caso, delito consumado de homicidio en concurso ideal de delitos con el de tentativa inidónea de parricidio. Parece evidente que la idea de que los objetos materiales de los delitos de homicidio, parricidio e infanticidio se encontraban en una relación de exclusión debe ser rechazada. Porque, en puridad de conceptos, no sólo no podía decirse que *los* objetos materiales en juego se excluyesen entre sí, sino que ni siquiera era correcto afirmar la existencia de una *pluralidad* de objetos materiales. El objeto material de los delitos de homicidio, parricidio e infanticidio era, en realidad, el mismo: *la vida humana independiente del sujeto pasivo del delito*. Parece precipitado,

²⁶⁵ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes ...*, cit., p. 142.

sin embargo, —en contra de lo afirmado por PEÑARANDA— afirmar que sólo desde la defensa de la idea de la disparidad de objetos materiales cabe alcanzar la solución del concurso ideal de delitos. El razonamiento de PEÑARANDA descansa, en mi opinión, sobre un prejuicio: los delitos de parricidio y de infanticidio no eran delitos distintos al delito de homicidio, sino *modalidades* —agravada y atenuada, respectivamente— de este último. Los elementos de parentesco condicionantes de la autoría no eran para PEÑARANDA, por tanto, elementos esenciales, sino elementos accidentales del tipo objetivo. El error vencible sobre los mismos no era para PEÑARANDA, por tanto, un error vencible sobre un elemento esencial excluyente del tipo de injusto del delito doloso de parricidio, pero no del imprudente, sino que debía ser contemplado, al contrario, como un error que recaía sobre elementos accidentales.²⁶⁶

El prejuicio del que parece partir PEÑARANDA queda revelado con especial claridad en la circunstancia de que el autor de referencia crea ver en las concepciones defendidas por OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO²⁶⁷ y MUÑOZ CONDE²⁶⁸ un claro ejemplo de que la solución del concurso ideal de delitos en los casos de error sobre el elemento de parentesco tan solo puede ser defendida con coherencia a partir de la idea de la disparidad de los respectivos objetos materiales de los delitos de homicidio, parricidio e infanticidio.²⁶⁹ En efecto, ni OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO ni MUÑOZ CONDE defienden expresamente que los objetos materiales en juego en los referidos delitos sean distintos, sino que se limitan a expresar la condición de elemento esencial de la relación de parentesco en los antiguos delitos de parricidio e infanticidio como delitos distintos del delito de homicidio.

OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO señalan que el elemento parentesco del antiguo delito de parricidio se encuadraba en un tipo cuyo

²⁶⁶ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO *Derecho penal, PG, Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid 1996, p. 141.

²⁶⁷ OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., p. 141.

²⁶⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia 1989, p. 67.

²⁶⁹ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes ...*, cit., pp. 143 s., nota 182.

núcleo —matar a otra persona— coincide con el tipo de otro delito —el de homicidio—, pero engendra, a su vez, una figura delictiva “*sui generis*”, y no un mero delito cualificado. Para OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO, en suma, el parentesco no originaba en el CP anterior un “homicidio agravado por la circunstancia de parentesco”, sino un delito independiente de éste.

MUÑOZ CONDE, por su parte, proponía el mismo tratamiento para los supuestos de *error in objecto* en que un sujeto quería matar a un extraño y acababa matando a su padre que para los casos de *error in objecto* con disparidad entre objetos materiales —por ejemplo, los casos en que un sujeto dispara contra un perro y alcanza a su dueño—. La única explicación que para PEÑARANDA tenía la equiparación operada por MUÑOZ CONDE era la de que, para este autor, los objetos materiales de los delitos de homicidio y parricidio eran también heterogéneos. Al margen de que la referida equiparación puede producir un cierto grado de perplejidad por el hecho de representar la puesta en un mismo plano de dos clases de error diferentes —*error in objecto / in persona y aberratio ictus*—, merecedores, a su vez, de un tratamiento distinto, lo cierto es que la misma no tenía por qué hacer suponer la premisa atribuida por PEÑARANDA, ya que, de hecho, la solución del concurso de delitos en la *aberratio ictus* tampoco se fundamenta en la existencia de objetos materiales distintos (piénsese en los casos de *aberratio ictus* en el delito de homicidio con dos objetos materiales que reciban el mismo tratamiento jurídico-penal).

Frente a la opinión de PEÑARANDA, era preferible partir, sin embargo, de la idea opuesta de que el referido elemento de parentesco constituía un elemento *esencial* del delito de parricidio. Ello convertía al parricidio en un delito sin elementos accidentales, en un delito con esencia propia, distinto del delito de homicidio. La afirmación del parricidio como delito *sui generis* no es incompatible con la idea de que entre este delito y el de homicidio existía una relación de concurso de leyes, y, más concretamente, una relación de *inclusión* del último delito en el primero. ¿Cómo es posible compadecer ambos aspectos? ¿Cómo era posible afirmar que el delito de parricidio estaba incluido en el delito de homicidio, y que el de homicidio lo estaba en el parricidio, y, afirmar, al mismo tiempo, que el delito de parricidio era un delito distinto, *sui generis* con respecto al de homicidio? La respuesta se encuentra en un aspecto al que no es la primera vez que se alude en esta investigación: la combinación de dos planos, el

lógico-formal y el *normativo-valorativo*. Desde un punto de vista lógico-formal, la relación entre un delito especial impropio y el delito común paralelo es una relación de *plus-minus*, de *género-especie*. En este sentido formal, la relación de un delito especial impropio no se distingue en nada de la existente entre un subtipo agravado o atenuado por razón del sujeto activo y su correspondiente tipo básico. Esta relación lógica de *inclusión* permite afirmar en todos estos supuestos la existencia de una relación de *concurso de leyes* entre el delito incluyente y el delito incluido. El principio de acuerdo con el cual debe ser resuelto este concurso es el principio de especialidad. No en vano, el principio de especialidad es, en realidad, el único principio de solución de las situaciones de concurso de leyes que tiene naturaleza *lógico-formal*. Es cierto que el principio de especialidad no es el único principio de resolución de concursos de leyes existente. Existen otros principios, tales como el de subsidiariedad, el de consunción y el de alternatividad, que tienen, además, naturaleza valorativa. Pero no es menos cierto que la relación existente entre los antiguos delitos de parricidio e infanticidio y el delito de homicidio era una relación de especialidad. En efecto, tanto el delito de parricidio como el de infanticidio, contaban con todos los elementos del tipo objetivo del delito de homicidio y, además, con otros elementos que no se encontraban en aquél: los elementos relativos a la especial cualidad del sujeto activo. Esta circunstancia es extensiva, en realidad, a todos los delitos especiales impropios y los subtipos agravados o atenuados por razón del sujeto activo. Todo lo anterior no obsta, sin embargo, —y con ello hacemos referencia ya al segundo de los planos antes referidos— que, desde un punto de vista *valorativo-normativo*, pueda seguir afirmándose que la relación existente entre un delito especial impropio y su delito común paralelo es una relación de *aliud-aliud*, que el *tipo de injusto* del delito especial es *cualitativamente distinto* al del delito común.

En opinión de PEÑARANDA,²⁷⁰ también desde un punto de vista valorativo debe afirmarse que la relación existente entre los delitos de homicidio, parricidio e infanticidio es una relación de inclusión del primero en los otros dos. Así, por ejemplo, la valoración jurídica que se encontraba en la base del delito de parricidio o de infanticidio contenía implícitamente también la valoración jurídica presente en el delito de homicidio. No es que castigando la conducta del que mataba a su padre sólo como un delito de parricidio se estuviera dejando impune el delito de homicidio, sino que, al contrario, la valoración jurídica de la conducta realizada para calificarla como un delito de parricidio incorporaba tácitamente la valoración de la conducta como un delito de homicidio. La conducta consistente en matar a otra persona no debe ser castigada en su condición de conducta típica del delito de homicidio, sino que, en la medida en que es parte integrante del hecho en que consisten los delitos de parricidio e infanticidio, constituye, en realidad, un acto copenado en el parricidio. La idea de PEÑARANDA no es incorrecta, pero tampoco resulta, sin embargo, enteramente satisfactoria. No es incorrecto señalar que la valoración jurídica que subyace a un delito especial impropio incorpora de forma implícita aquella sobre la que descansa su delito común paralelo. Pero no es menos cierto que el delito especial lo es precisamente porque en él se encuentra la plasmación de una conducta que, al ser cometida por un determinado círculo de sujetos, realiza un tipo de injusto cualitativamente distinto al que cabe atribuirle a la conducta cuando es realizada por un sujeto común. La valoración que el legislador hace en los delitos especiales no es una mera suma de la valoración contenida en el delito común paralelo y la relativa al sujeto especial, sino que, al contrario, al tener por objeto un hecho típico y antijurídico cualitativamente distinto al del delito común, la valoración misma deviene, en suma, también una cualitativamente distinta que se encuentra materialmente en una relación de aliud-aliud con la presupuesta por el delito común paralelo.

Por ello, admitida la existencia de una relación concursal entre el delito especial y el común paralelo, al cumplir simultáneamente el *hecho* o *hechos* que integran el delito *distinto* todos los requisitos típicos de dos o más tipos penales, de tal modo que basta con la aplicación de uno de estos preceptos para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes,²⁷¹ y desestimada la solución mixta de GIMBERNAT fundamentada en la teoría del concurso aparente de leyes, considero también correcta la tesis defendida por MIR PUIG de cuya conformidad el

²⁷⁰ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes* ..., cit. p. 186.

²⁷¹ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 27/63; 6ª ed., cit., 27/64.

principio aplicable en los casos de concurso de leyes puede ser también el principio de alternatividad. Según MIR, cuando, por ejemplo, un particular participa en una falsedad de documento público cometida por un funcionario público (art. 390.1 CP), la conducta del particular realiza dos tipos distintos: el de participación en las falsedades especiales (art. 390.1 CP en relación con el art. 28 / 29 CP) y el de participación en las falsedades comunes (art. 392 CP en relación con el art. 28 /29 CP). De estos dos preceptos, resulta de aplicación preferente el primero, por ser más grave.²⁷²

La doctrina dominante en España cree que el principio de acuerdo con el cual debe ser resuelto aquel concurso de leyes es el principio de *especialidad*. La relación existente entre el delito “*sui generis*” y el delito básico de referencia es, en suma, una relación de especialidad. El principio de especialidad consiste en un criterio lógico-formal de acuerdo con el cual existe entre los preceptos en juego una relación lógica de inclusión o subordinación de uno respecto del otro. Esta relación se produce cuando el ámbito de aplicación de uno de los preceptos, la ley general, abarca por completo el ámbito de aplicación del otro precepto, la ley especial, abarcando, además, algún otro elemento no comprendido por la ley especial²⁷³. El tipo del delito distinto es, en definitiva, el tipo que finalmente debe aplicarse, por ser *especial* con respecto al tipo del delito básico. Así, por ejemplo, la doctrina de los citados países se refería precisamente a la relación existente entre los antiguos delitos de parricidio (previsto en el art.405 CP español de 1973 y en el § 215 del StGB alemán anterior) y de infanticidio (previsto en el art.410 CP español de 1973 y en el § 217 del StGB alemán anterior) con el delito de homicidio como una relación de concurso de leyes y concretamente de especialidad.

Favorable a la tesis del concurso de leyes, pero contrario a que dicha relación concursal se resuelva de acuerdo con el principio de especialidad se pronunciaba entre nosotros RODRÍGUEZ DEVESA. En opinión de este autor, el antiguo delito de parricidio, por ejemplo, era un delito *sui generis* con respecto al delito de homicidio. La relación entre ambos delitos no podía ser, sin embargo, una relación de especialidad, sino una relación de *subsidiariedad tácita*. El motivo se encontraba, a juicio de RODRÍGUEZ DEVESA, en que tal relación no es, en realidad, una relación de *plus-minus* (*especialidad*), sino una relación de *aliud-aliud* (*subsidiariedad tácita*). Ello se debería, a su vez, a que el delito *sui generis* no podría ser considerado una

²⁷² Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 15/46.

²⁷³ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 27/69; 6ª ed., cit., 27/70; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes ...*, cit., pp. 35 s.

mera *especie* o *subclase* del tipo básico, sino que ambas son, en realidad, *clases diferentes de delitos*.²⁷⁴

Frente a la opinión expresada por RODRÍGUEZ DEVESA debe decirse que no es contradictorio afirmar que entre un delito *sui generis* que constituya un delito especial y su delito común de referencia existe tanto una relación de *plus-minus* como una relación de *aliud-aliud*. Pese a la apariencia contraria, ambas clases de relación no se excluyen mutuamente. Así, en primer lugar, entre el antiguo delito de parricidio —por seguir con el ejemplo del que parte la tesis de RODRÍGUEZ DEVESA— y el delito de homicidio existía, en un plano estrictamente *lógico-formal*, una relación de *más-menos*. Ciertamente, no cabe negar que, en este sentido *lógico-formal*, el tipo objetivo del delito de parricidio estaba formado por *todos* los elementos que integraban el tipo objetivo del delito de homicidio y, *además*, por el elemento consistente en la existencia de una concreta *relación de parentesco* existente entre el sujeto activo y el pasivo. Este plano *lógico-formal* es, en realidad, el único plano en que se mueve el principio de especialidad. Pero no es menos cierto, por otra parte, que cuando el legislador tipifica por separado una conducta cometida por un determinado círculo limitado de sujetos que ya se encuentra prevista en otro tipo como delito común, quepa plantearse si el *sentido de la ley* no consiste, acaso, en dotar de sustantividad propia al delito cualificado. En sentar el principio, en suma, de que los respectivos *tipos de injusto* de los delitos en juego son, por tanto, *distintos*. Si esto fuera así, la relación entre uno y otro delito sería, pues, desde este punto de vista *teleológico-valorativo*, de *aliud-aliud*.

Sin embargo, el intento de RODRÍGUEZ DEVESA de contemplar el principio de subsidiariedad tácita como una suerte de dimensión trascendente a los planos *lógico-formal* y *teleológico-valorativo* en la que sea posible hallar un denominador común que aúne ambas perspectivas no puede ser compartido. Según el principio de subsidiariedad tácita, aunque la ley no lo dice expresamente, deberá deducirse que un determinado precepto sólo se aplicará cuando no rija otro precepto penal. Será de aplicación subsidiaria, por ejemplo, un precepto que tipifique una forma de ataque menos acabada o menos grave a un *mismo* bien jurídico respecto de otro que tipifique una forma de ataque más acabada o más grave.²⁷⁵ De acuerdo con este planteamiento, salta ya a la vista la inidoneidad del principio de subsidiariedad para resolver los concursos de leyes planteados entre delitos especiales impropios y sus respectivos delitos comunes paralelos. En efecto, uno de los argumentos que de un modo más reiterado —y con más acierto— ha venido siendo defendido por la doctrina en favor de la posibilidad de afirmar que el *tipo de injusto* de los delitos especiales impropios es *distinto* al

²⁷⁴ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG, 14ª ed. (revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ), Madrid 1991, pp. 198 s.

²⁷⁵ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 27/71; 6ª ed., 27/72.

de sus respectivos delitos comunes paralelos es el de que —al menos en algunos delitos— la conducta típica atenta contra un *bien jurídico distinto*.²⁷⁶

El segundo inconveniente (la teoría del concurso aparente de delitos impide la aplicación del precepto desplazado en caso de que deje de ser aplicable el precepto preferente, pero no el desplazado) guarda relación con el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras contrarias a reo. En efecto, es teóricamente imaginable que, como consecuencia de una reforma legislativa, el precepto desplazante quede derogado. En caso de que ello ocurra, la hipotética imposibilidad de aplicar el precepto desplazado conduciría a la existencia de una laguna de punibilidad sencillamente inadmisibles.

Baste para evidenciarlo un ejemplo de derecho positivo. El delito de parricidio estaba previsto en el art. 405 CP español de 1973. Al padre que mataba a su hijo debía castigársele con la pena prevista para aquel delito, porque en los casos de parricidio se daba un concurso de leyes con el delito de homicidio que debía ser resuelto en favor del primer delito en juego por virtud del principio de especialidad. El parricidio era un delito especial respecto del homicidio. Con la entrada en vigor del CP español de 1995 vigente, el delito de parricidio ha quedado, en cambio, derogado. Pero ello no significa que al padre que mata a un hijo no se le pueda castigar. Al contrario: esta conducta debe ser castigada como un delito de *homicidio* (art.138 CP) con la agravación de la circunstancia genérica mixta de parentesco (art.23 CP). La impunidad del referido comportamiento resulta simplemente inimaginable. Pero nótese que la posibilidad de castigar por homicidio con la circunstancia agravante genérica de parentesco pasa

²⁷⁶ También en contra de la tesis de RODRÍGUEZ DEVESA se pronuncia PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes ...*, cit., p. 37, nota 6.

necesariamente por afirmar que el concurso de leyes entre parricidio y homicidio suscitado por la legislación penal ya derogada era *real* y no meramente *aparente*. Tampoco cabe alegar que la derogación del parricidio habría supuesto una ampliación del tipo del delito de homicidio a los casos antes subsumibles en el parricidio. Y no cabe alegarlo porque, tal y como correctamente ha puesto de manifiesto MIR PUIG, ello supondría aplicar retroactivamente —ya que dicha ampliación típica se produce *con posterioridad* al hecho— una ley penal *contraria al reo*.²⁷⁷

Recuerda PEÑARANDA RAMOS que la doctrina alemana exige para que se produzca el desplazamiento de un precepto penal por otro de preferente aplicación que en el delito de este último precepto se hayan cumplido todos los requisitos materiales y formales de su punibilidad. En caso de que alguno de estos requisitos no se cumpla, entonces se aplicará el delito que debería quedar desplazado. Ello ocurrirá, por ejemplo, en aquellos casos en que concurra una causa personal de exclusión o levantamiento de la pena, en que el haya prescrito el delito, o en que no se haya cumplido la condición objetiva de perseguibilidad a la que pueda encontrarse sujeto el delito.²⁷⁸

²⁷⁷ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., pp. 676 s., refiriéndose a ulteriores argumentos.

²⁷⁸ Vid. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes* ..., cit., p. 33.

CAPÍTULO TERCERO

EL FUNDAMENTO DE LOS DELITOS ESPECIALES Y LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA PARTICIPACIÓN DE EXTRAÑOS EN DELITOS ESPECIALES EN ALEMANIA

I. PLANTEAMIENTO

1. Introducción

En Alemania, la presencia en el StGB del § 28 StGB, relativo a los “elementos personales especiales” (“*besondere persönliche Merkmale*”), deja escaso margen a la doctrina y la jurisprudencia en relación con las cuestiones de cuál es la naturaleza jurídica de los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales y cuál el tratamiento que debe recibir la problemática de la punibilidad de la intervención del “*extraneus*” en los delitos especiales propios e impropios.¹

¹ El tema de los “elementos personales especiales” fue objeto de análisis con motivo de la elaboración de un gran número de tesis doctorales y artículos a finales del siglo XIX y, sobre todo, durante la primera mitad del siglo XX. Además de los trabajos que sirven de base al desarrollo del presente Apartado 2º, merecen ser citadas las siguientes aportaciones doctrinales a la materia que ahora nos ocupa: SONANINI, *Die Teilnahme von Civilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen* (tesis doctoral de Düren), 1897; KRUG, *Die besonderen Umstände der Teilnehmer* (tesis doctoral de Breslau), 1899; KOPPMANN, *Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten unter besonderer Berücksichtigung der Teilnahme von Nichtebeamten an reinen Amtsdelikten* (tesis doctoral de Munich), 1903; KOHLER, “Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen”, GA 1904, pp. 169-175; DOERR, “Der Einfluß persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnahme”, *Blätter für Rechtsanwendung*, 1906, pp. 342-354; REDSLOB, *Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, nachgestellt nach deutschen und französischen Recht* (tesis doctoral de Breslau), 1909; SUCKEL, *Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer* (tesis de Breslau), 1910; JANKOVITSCH, *Der Einfluss besonderer Umstände auf Täterschaft und Teilnahme. Kritische Studie zur Behandlung dieser Frage in der deutschen Literatur und Gesetzgebung* (tesis doctoral de Munich), 1911;

El primer antecedente del precepto de referencia viene representado por el § 50.1 StGB de 1871. Según este precepto, que puede ser contemplado como el primer antecedente legislativo del actual § 28.2 StGB, “cuando la ley incrementa o disminuye la punibilidad de una acción de acuerdo con las cualidades o relaciones personales de aquél que la ha cometido, estas especiales circunstancias del hecho deben ser imputadas al autor o a aquel interviniente (coautor, inductor, cómplice) en quien concurren”. Con la introducción en 1943 de la accesoriedad limitada en el StGB, el legislador alemán introdujo el § 50.1 StGB, correspondiente al actual § 29 StGB (“cada interviniente será castigado de acuerdo con su propia culpabilidad sin consideración a la culpabilidad de los demás”), modificándose en su tenor literal y ampliándose el precepto hasta entonces existente como § 50.2 StGB mediante la introducción de las cualidades y relaciones personales que excluyen la pena. Puesto que el § 14 (originalmente el § 9) de la OWiG (Ley de Contravenciones al Orden) adoptó una regulación exhaustiva y propia sobre la intervención y reguló ampliamente así la cuestión relativa a la responsabilidad de intervinientes en supuestos de especiales elementos personales, al legislador le pareció un sin sentido crear un precepto para los elementos personales que fundamentan la pena tan solo en el Derecho de contravenciones al orden y conformarse en el Derecho penal con el Estado jurídico hasta entonces existente, a pesar de que la ausencia de un precepto que permitiese disminuir la pena del partícipe “*extraneus*” venía siendo criticada en la doctrina desde hacía tiempo. Por este motivo, el legislador penal elaboró el § 50.2 StGB, que corresponde al actual § 28.1 StGB, y transformó el apartado 2 en un apartado 3. Al mismo tiempo las “especiales cualidades o relaciones personales” fueron ampliadas a “especiales cualidades, relaciones o circunstancias personales” y enmarcadas en el supraconcepto de los “elementos personales especiales”. La segunda Ley de reforma penal de 4 de julio de 1969, que creó derecho vigente desde el 1 de enero de 1975, se basó en lo sustancial en la regulación acometida por el Proyecto de Ley de la Ley de contravenciones al orden (EGOWiG), aunque recurre en el texto y en la estructura a los §§ 33, 34 del Proyecto de StGB de 1962. Según aquella ley de reforma, los anteriores §§ 50.2 y 3 pasaron a ser los nuevos §§ 28.1 y 2, mientras que el hasta entonces vigente § 50.1 fue individualizado en el § 29 y colocado detrás de la regulación de los especiales elementos personales.²

SCHREIBER, *Täterschaft und Teilnahme bei Straftaten, die aus physischen Gründen nur von bestimmten Personen begangen werden können* (tesis doctoral de Breslau), 1913; COHN, “Strafschärfungs- und Strafminderungsgründe”, GS 1920, pp. 343-374; KIRCH, *Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe* (tesis doctoral de Colonia), 1927; OESTERHELT, *Findet die Vorschrift des § 50 Abs. 2 StGB auch auf das eigenständige Delikt (delictum sui generis) Anwendung?* (tesis doctoral de Munich), 1959; BÖRKER, “Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat”, *Juristische Rundschau*, 1953, pp. 166-172; STEINKE, “Welche persönlichen Merkmalen des Haupttäters muß sich der Teilnehmer zurechnen lassen?”, MDR 1977, pp. 365-367.

² Una detallada evolución histórica del § 28 StGB se encuentra en ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28, pp. 2 s. También muy ampliamente SCHWERDTFEGGER, *Besondere Persönliche*

La doctrina absolutamente dominante en Alemania considera que todas estas cuestiones están resueltas expresamente en el mencionado § 28 StGB. Así, en primer lugar, respecto de la naturaleza jurídica de los elementos de la autoría, el párrafo que ahora nos ocupa vendría a declarar que se trata de “elementos personales especiales”. En relación con la punibilidad del “*extraneus*” en los delitos especiales propios, esto es, aquéllos en que los elementos limitadores de la autoría *fundamentan* la pena, el § 28.1 StGB dispondría —según este razonamiento— que el “*extraneus*” debe ser castigado por el único título de imputación concurrente, esto es, el delito especial, aunque con una pena reducida en relación con la que le corresponde al “*intraneus*”. Y por lo que se refiere, por último, al problema de la responsabilidad del “*extraneus*” en los llamados delitos especiales impropios, el § 28.2 StGB lo soluciona castigando al “*intraneus*” por el delito especial y al “*extraneus*” por el delito común paralelo.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en España, donde todos los autores y las sentencias que defienden que el antiguo art. 60 CP 1973 o el actual art. 65 CP 1995 es aplicable a los delitos especiales consideran que la ley obliga en los delitos especiales impropios a hacer responder a “*intraneus*” y “*extraneus*” por dos títulos de imputación diferenciados (el primero por el delito especial, el segundo por el delito común), entre los autores alemanes que consideran que el § 28 StGB es directamente aplicable para resolver los problemas de autoría y participación de *todos* los delitos especiales, porque en todos los delitos

Unrechtsmerkmale, Frankfurt am Main-Berlín-Berna-Nueva York-París-Viena 1992, pp. 31 ss.; HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit und «besondere persönliche Merkmale»*. *Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB*, Berlín 1994, pp. 14 ss.; LANGER, “Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale»”, *FS-Lange*, Berlín-Nueva York 1976, pp. 242 y nota 9; SAMSON, *SK*, 5ª ed., cit., § 28/6.

especiales los elementos limitadores de la autoría consisten en “elementos personales especiales”, cabe distinguir entre aquéllos que, en relación con los problemas de autoría y participación en los delitos especiales impropios, se pronuncian a favor de una solución diferenciadora, que constituyen la amplia mayoría, y los partidarios de una solución unitaria.

No obstante, según algunos autores alemanes existen motivos para creer que el § 28 StGB no consigue aprehender completamente la esencia de los delitos especiales. El § 28 StGB, señalan estos autores, dispone, en su apartado 2º una regla de imputación de la responsabilidad, consistente en imputar el elemento personal especial que agrava, atenúa o excluye la pena solo a aquéllos sujetos en quienes concurra. En los casos en que dicho elemento consista en un elemento del injusto, esta regla representará una excepción a la accesoriedad limitada de la participación, que en Alemania constituye, además, derecho positivo desde la reforma del StGB operada en 1943.

2. Concepto de “elementos personales especiales”

De acuerdo con la línea de pensamiento que ahora se expone, no todos los elementos que el legislador utiliza en los delitos especiales para limitar el círculo de posibles autores son elementos personales especiales. Por este motivo, la excepción a la accesoriedad limitada prevista en el § 28.2 StGB no sería extensible a todos los delitos especiales, sino solo a aquéllos en los que los elementos que limitan la esfera de autores constituyen “elementos personales especiales”. En relación con el resto, sigue siendo plenamente operativo el principio de accesoriedad de la participación en su modalidad de accesoriedad limitada. Se trata, entonces, de conocer cuáles de estos elementos pueden ser calificados como

“elementos personales especiales” a los efectos de la aplicación del § 28 StGB, y cuáles, en cambio, siguen estando sujetos al principio de accesoriedad de la participación.

II. CRITERIOS PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES EN LA DOCTRINA ALEMANA

1. Introducción

Los defensores alemanes de la concepción legalista mixta no han abordado la cuestión acabada de plantear, esto es, el análisis del concepto de “elemento personal especial” del § 28 StGB acudiendo a un criterio unitario, sino que lo han hecho a partir de muy diversas clasificaciones de elementos del delito. En la presente investigación cabe destacar diez de estas clasificaciones:

1) “Elementos referidos al autor” (“*täterbezogene Merkmale*”) o “de autoría” versus “elementos referidos al hecho” (“*tatbezogene Merkmale*”) o “del hecho”

2) “Elementos objetivos” o “pertenecientes al injusto objetivo” versus “elementos personales” o “pertenecientes al injusto personal”

3) “Elementos referidos al autor” (“*täterbezogene Merkmale*”) versus “elementos referidos al bien jurídico” (“*rechtsgutbezogene Merkmale*”)

4) Elementos personales “referidos a valores” (“*wertbezogene Merkmale*”) y elementos personales “valorativamente neutrales” (“*wertneutrale Merkmale*”)

5) “Elementos personales funcionalmente objetivos” (*“funktionell sachliche persönliche Merkmale”*), “elementos meramente tipificadores” (*“rein Typisierende Merkmale”*) y “elementos relevantes para el desvalor del hecho”. Tercera formulación de la tesis de HERZBERG

6) “Elementos de injusto común” versus “elementos de injusto especial”

7) Elementos “referidos a la dañosidad social del hecho” versus “elementos referidos al desvalor “ético-personal” del hecho”

8) Elementos pertenecientes a la culpabilidad versus elementos pertenecientes al injusto

9) Elementos “de naturaleza física” versus elementos “de naturaleza jurídico-social”; y

10) Elementos respecto de los que no cabe autoría mediata versus elementos realizables en autoría mediata

2. “Elementos referidos al autor” (*“täterbezogene Merkmale”*) o “de autoría” versus “elementos referidos al hecho” (*“tatbezogene Merkmale”*) o “del hecho”

2.1. *Exposición*

2.1.1. *Elementos “referidos al autor /de autoría” versus “elementos referidos al hecho / del hecho” bajo la vigencia del § 50.2 StGB 1943. Las tesis de GALLAS y LANGE*

a) *La tesis de GALLAS*

Uno de los primeros autores en defender el criterio de la referencia al hecho o al autor bajo la vigencia del § 50 StGB fue GALLAS. A juicio de este autor, para conocer qué debe entenderse por los “especiales cualidades o relaciones personales” que “agravan, atenúan o excluyen la pena” que contempla el § 50.2 StGB es preciso distinguir entre aquellos elementos personales que, por estar referidos al hecho, se presentan como modificaciones típicas de un delito básico y aquellos que, por el contrario, por encontrarse referidos exclusivamente al autor, dejan intacto el tipo de delito, de tal modo que las modificaciones del marco penal a ellos vinculadas pertenecen, desde un punto de vista sistemático, a la categoría de las meras reglas de determinación de la pena. De la esencia misma de las cosas se desprende para GALLAS que la participación como forma de intervención en el delito accesoria del hecho ajeno principal se extiende a la primera clase de elementos, pero no, en cambio, a la segunda.³

b) *La tesis de LANGE*

Con motivo de la ponencia que Richard LANGE pronunció en el marco de la 16ª sesión de la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal del Ministerio de Justicia alemán, celebrada el 3 de febrero de 1955, este autor se mostró partidario de entender los elementos que caracterizan a los delitos de propia mano y los delitos especiales como elementos altamente personales y propios de la autoría (“*Täterschaftsmäßiges*”). Según

³ Vid. GALLAS, “Die moderne Entwicklung der Begriffe *Täterschaft und Teilnahme* im Strafrecht. Gutachten für den VIII Internationalen Strafrechtskongreß in Athen”, en el mismo, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín 1968 (= *Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. September bis 2. Oktober 1957*, Berlín 1957, pp. 3-44), p. 156.

LANGE, dichos elementos solo son imputables al autor, y no, en cambio, al partícipe, quien solo deberá ser castigado haber contribuido a la lesión del bien jurídico.⁴ Advierte LANGE que desde que en 1943 el StGB convirtió en Derecho positivo la accesoriedad limitada carece de apoyo legal la fundamentación de la pena de la participación en el delito sugerida por la teoría de la corrupción de la culpabilidad, ya que aquélla solo puede residir en la causación de un comportamiento antijurídico. Así, por ejemplo, en el delito de prevaricación podría defenderse el punto de vista de que en este delito se presupone la existencia de una acción del juez contraria al deber. En opinión de LANGE, la diferencia esencial entre autoría y participación reside en realidad únicamente en este punto. A la autoría pertenece el carácter de autoría de la infracción del deber, mientras que a la participación no pertenece más que la producción objetiva de la lesión del bien jurídico.⁵

2.1.2. *“Elementos relativos al autor” versus “elementos referidos al hecho” bajo la vigencia del § 28.2 StGB 1969*

En la actual doctrina alemana, el criterio empleado de forma dominante para la aplicabilidad o no aplicabilidad del § 28 StGB es el de la diferenciación entre “elementos referidos al autor” y “elementos referidos al hecho”.⁶ Según este punto de vista, puesto que los elementos que limitan

⁴ Vid. LANGE, *Niederschriften* ..., cit., p. 96.

⁵ Vid. LANGE, *Niederschriften* ..., cit., p. 97.

⁶ Señala SCHWERDTFEGGER que, en ocasiones, la doctrina no se expresa exactamente en estos términos, sino que emplea otros conceptos parecidos, o bien expresiones que tienen por finalidad precisar en mayor medida el contenido de aquellos términos. Así las cosas, los elementos personales especiales son descritos, por ejemplo, como “elementos del autor” (KOHLRAUSCH / LANGE), elementos “caracterizadores del autor” (BOCKELMANN, LANGE, PREISENDANZ, SAMSON, SCHÖNKE / SCHRÖDER / CRAMER) o elementos “residentes en la persona del autor” (KOFFKA). Los elementos

el círculo de posibles autores en los delitos especiales impropios pueden consistir tanto en elementos referidos al hecho como en elementos referidos al autor, en el primer caso no resultará aplicable el § 28.2 StGB para determinar la responsabilidad del partícipe “*extraneus*”, ya que el elemento que cualifica el tipo como un delito especial no podrá ser calificado como “personal especial”. Se trata de elementos referidos al devenir objetivo del hecho. Uno de ellos es, según este planteamiento, el elemento “medios generalmente peligrosos” del § 211 StGB, que transforma el delito de homicidio en uno de asesinato. Los elementos objetivos se caracterizan por que, aunque solo concurren en el autor, se comunican a todo partícipe en el hecho que los conozca.⁷ Por su parte, los elementos “referidos al autor” son aquéllos que se encuentran referidos inmediatamente a la persona del autor. En este caso, el correspondiente elemento personal solo podrá ser imputado

legales a los que, por el contrario, no se les puede aplicar el § 28, son descritos, por su parte, del siguiente modo: “elementos del hecho” (*Tatelemente* –KOHLRAUSCH / LANGE- o *Merkmale der Tat* –DREHER / TRÖNDLE), “elementos vinculados al hecho” (MAURACH), elementos “caracterizadores del hecho” (LACKNER, PREISENDAZ, DREHER), elementos “dirigidos a un resultado en el mundo exterior” (DREHER, DREHER / TRÖNDLE) o elementos “que determinan la imagen externa del hecho” (MARTIN). *Vid.* SCHWERDTFEGER, *Besondere persönliche Unrechtsmerkmale...*, cit., p. 104, nota 3. Señala SCHWERDTFEGER, por lo demás, que no es del todo infrecuente observar en los autores que realizan la delimitación de los elementos personales especiales con ayuda de criterios descritos fenomenológicamente una fuerte orientación al tenor literal del § 28. La mayor parte de los autores determinados por esta tendencia se aferra al término “personales”, pretendiéndose describir este concepto en especial desde el punto de vista de la consecuencia jurídica prevista en el § 28.2 –esto es, la imputación individual- de un modo tan concretando que la imposición de esta consecuencia jurídica se presente como plausible ya desde un punto de vista incluso en un sentido semántico. Ello explica, por ejemplo, que no resulte extraño encontrar en la doctrina las expresiones “altamente personal” y “vinculado a las personas” (cursiva añadida), empleadas, entre otros, por GALLAS, ROXIN, JESCHECK, o SCHÖNKE / SCHRÖDER / CRAMER. Otra parte de este sector doctrinal otorga prioridad, por el contrario, al concepto “especiales”, y se esfuerzan en legitimar la norma de imputación del § 28, que se desvía de la regla general, a partir de la contraposición de lo especial (*das Besondere*) y lo general (*das Allgemeine*). *Vid.* SCHWERDTFEGER, *op.cit.*, p. 109.

⁷ *Vid.* HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, Munich 1977, p. 123.

a aquellos sujetos en quien concurra el elemento, por lo que el partícipe “*extraneus*” en el delito especial no responderá por este título de imputación, sino por el delito común paralelo. Suelen ser considerados como tales, por ejemplo, los elementos de la Parte Especial “con codicia” del § 211 StGB,⁸ “hombre” del § 183 StGB, “funcionario público” del § 344 StGB, “extranjero” del § 296 a StGB, “viajero” del § 297 StGB, “prestamista” del § 290 StGB, “posición de deudor en ejecución forzosa” del § 288 StGB, “depositario” del § 246 StGB, “maternidad extramatrimonial” del § 217 StGB, o los elementos de motivo, intención y actitud interna, tales como “con crueldad”, “descuidadamente”, “por codicia”, “móviles bajos” o “con el fin de engañar en el tráfico jurídico”. Se suele calificar como elementos personales de la Parte General la minoría de edad penal, las alteraciones psíquicas, la condición de parlamentario y la reincidencia.⁹

Defienden este punto de vista en la doctrina alemana, entre otros, TRONDLE,¹⁰ TRONDLE / FISCHER,¹¹ LENCKNER / ESER / CRAMER / STREE,¹² JESCHECK / WEIGEND,¹³ SCHONKE / SCHRÖDER / CRAMER,¹⁴ SAMSON,¹⁵ HOYER,¹⁶ WESSELS / BEULKE,¹⁷ y LACKNER / KÜHL.¹⁸

⁸ Vid. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 123.

⁹ Vid. HERZBERG, JuS 1975, p. 647; el mismo, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 124.

¹⁰ Vid. TRONDLE, StGB, 48ª ed., cit. § 28/3.

¹¹ Vid. TRONDLE / FISCHER, StGB, 49ª ed., § 28/2 ss.

¹² Vid. LENCKNER / ESER / CRAMER / STREE, StGB, 25ª ed., cit., § 28/15.

¹³ Vid. JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5ª ed., cit., p. 658.

¹⁴ Vid. SCHONKE / SCHRÖDER / CRAMER, StGB, 25ª ed., cit., § 28/15.

2.2. *Valoración crítica*

Como acaba de comprobarse, el criterio que distingue entre los elementos referidos al hecho y aquéllos que se refieren al autor constituye doctrina ampliamente dominante en Alemania. No obstante, creo poder afirmar que resulta atendible la crítica que un sector minoritario de la doctrina dirige contra dicho criterio, en cuya virtud debería ser abandonado a los efectos que persigue. Varios son los fundamentos en que la línea crítica que acaba de mencionarse encuentra apoyo.

Se dice, en primer lugar, que la distinción entre “elementos del autor” y “elementos del hecho” resulta completamente artificiosa. Y ello no solo en el ámbito del Derecho penal, sino que se trata de algo que se desprende ya del sentido mismo de las palabras “autor” y “hecho”. En efecto, carece de sentido distinguir entre elementos del hecho y elementos del autor porque todos los elementos del hecho también sirven para caracterizar el hecho como un hecho del correspondiente autor, de modo que la cualificación como referido al hecho o referido al autor deviene finalmente arbitraria. SCHÜNEMANN ilustra esta circunstancia con varios ejemplos. La cualificación de funcionario, calificada en Alemania, de acuerdo con esta línea de pensamiento, como un elemento referido al autor, sirve, ciertamente, para describir al autor, pero, también describe, al mismo tiempo, al hecho que como falsificación documental en la función pública, o como puesta en libertad de presos, se fundamenta en las posibilidades

¹⁵ *Vid.* SAMSON, *SK*, 5ª ed. (15ª actualización), cit., § 28/5.

¹⁶ *Vid.* HOYER, *SK*, 5ª ed. (36ª actualización), cit., § 28/21.

¹⁷ *Vid.* WESSELS / BEULKE, *Strafrecht, AT*, 28ª ed., cit., § 13/558.

¹⁸ *Vid.* LACKNER / KÜHL, *StGB*, 23ª ed., § 28/3.

objetivas típicas de la posición del autor. Lo mismo rige, en su opinión, con el elemento que limita la autoría en el delito de secreto profesional.¹⁹

En segundo lugar, el criterio que distingue entre elementos referidos al hecho y elementos referidos al autor es poco preciso y su interpretación y aplicación han dado lugar en la doctrina, además, a numerosas discusiones doctrinales.²⁰

A juicio de GRÜNWALD, la contraposición de elementos del hecho y elementos del autor es, desde un punto de vista terminológico, poco afortunada, porque conduce a malentendidos. De acuerdo con este criterio, por ejemplo, los elementos del asesinato, por ejemplo, se dividen en elementos referidos al hecho y elementos referidos al autor. Sin embargo, no se trata de una distinción *dentro* de los elementos personales, sino de la cuestión de cuáles de los elementos del tipo de asesinato son en realidad personales.²¹

Como ejemplo de estas discrepancias cita GRÜNWALD la existente entre SAMSON y el resto de defensores de la concepción dominante en relación con el ánimo de enriquecimiento de los tipos de los §§ 253 StGB (extorsión), 259 StGB (receptación) y 263 StGB (estafa) así como la el ánimo de apropiación del § 242 StGB (hurto). SAMSON contempla todas estas modalidades de ánimo como especiales elementos personales.²²

3. “Elementos objetivos” o “pertenecientes al injusto objetivo” versus “elementos personales” o “pertenecientes al injusto personal”.

Las tesis de WELZEL, HARDWIG, MAIHOFER y PIOTET

3.1. Exposición

¹⁹ Vid. SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 143; el mismo, Jura 1980, p. 360.

²⁰ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 559.

²¹ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 559, nota 23.

²² Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 559, nota 23.

Un sector de la doctrina alemana entiende que los elementos personales especiales no comunicables a los partícipes en quienes éstos no concurren son aquéllos que no caracterizan el contenido *objetivo* de injusto del hecho, esto es, aquéllos que no contengan el resultado típico, los medios empleados por el autor para cometer el hecho o la forma de comisión del delito. Este punto de vista, que descansa sobre la base de la idea de que los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales no integran la parte “objetiva” del injusto del delito, esto es, el llamado injusto “objetivo”, sino la parte “personal” del injusto, es decir, el “injusto personal”,²³ es defendido, entre otros autores, por WELZEL,²⁴ HARDWIG,²⁵ PIOTET,²⁶ MAIHOFER²⁷ y WESSELS / BEULKE.²⁸ A continuación serán expuestas las cuatro concepciones que, según mi parecer, mejor representan el punto de vista de este sector doctrinal: las tesis de Hans WELZEL, Werner HARDWIG, Werner MAIHOFER y Paul PIOTET.

3.1.1. *La tesis de WELZEL*

²³ Sobre el concepto de injusto especial *vid.* RUDOLPHI, “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, en *FS-Maurach* 1972, pp. 51-73.

²⁴ *Vid.* WELZEL, “Zur Systematik der Tötungsdelikte”, *JZ* 1952.

²⁵ *Vid.* HARDWIG, “§ 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches”, *GA* 1954, pp. 65-77: el mismo, “Über die unterschiedlichen Unrechtsgehalte und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld”, *JZ* 1969, pp. 459-462.

²⁶ *Vid.* PIOTET, “Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre”, *ZStW* 1957 (59), pp. 14-42.

²⁷ *Vid.* MAIHOFER, “Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre”, *FS-Rittler*, Aalen, 1957, p. 145.

²⁸ *Vid.* WESSELS / BEULKE, *Strafrecht, AT*, 28ª ed., § 13/558.

En un trabajo dedicado al análisis de la relación existente entre los delitos de homicidio y asesinato, WELZEL llegó a la conclusión de que el § 50.2 StGB 1943, al señalar que “si la ley determina que especiales cualidades o relaciones personales agravan, atenúan o excluyen la pena, esto rige tan solo para el autor o partícipe en que concurran”, presuponía que el contenido de injusto de un delito se componía de dos clases de elementos: los elementos objetivos (“*tatmäßige / sachliche Merkmale*”) y los elementos personales del injusto. Según WELZEL, en el delito de apropiación indebida de funcionario, la cualidad de funcionario del sujeto activo constituye un elemento integrante del injusto personal del delito. De acuerdo con la regla del § 50.2 StGB 1943, el elemento personal de la cualidad de funcionario solo puede servir para agravar la pena del sujeto en quien dicho elemento concurre, esto es, la pena del funcionario. Por el contrario, el sujeto no funcionario no podrá ser castigado por el delito especial, sino que deberá responder como partícipe en el correspondiente delito común, es decir, como partícipe en la apropiación común.²⁹

3.1.2. *La tesis de HARDWIG*

HARDWIG considera que la distinción entre “injusto objetivo” (“*sachliches Unrecht*”) e “injusto personal” (“*personales Unrecht*”) sugerida por WELZEL en “Zur Systematik der Tötungsdelikte” (1952) constituye un punto de partida válido. Sin embargo, HARDWIG no comparte el parecer de WELZEL cuando este segundo autor considera que el partícipe no cualificado no participa en el injusto personal —que solo afectaría, según WELZEL, al “*intra-neus*”—, sino solo en el injusto objetivo. Para HARDWIG, la cuestión relativa a la participación en el injusto del autor no es susceptible de ser graduada: o se participa, o no se

²⁹ *Vid.* WELZEL, “Zur Systematik der Tötungsdelikte”, JZ 1952, pp. 74 s.

participa, pero no cabe participar “en parte”. De este modo, en los delitos propios de funcionario, la cualidad de funcionario fundamenta el injusto personal del delito. En este injusto personal reside, en realidad, el fundamento de los delitos propios de funcionario. Así las cosas, si resulta que el partícipe “*extraneus*” no participa en el injusto personal del sujeto cualificado, entonces puede decirse, según HARDWIG, que la norma penal no le afecta y que debe quedar, por tanto, impune. Sin embargo, esta solución es rechazada de plano —en opinión de HARDWIG con razón— por la doctrina. Advierte HARDWIG, además, que los delitos propios de funcionario no son los únicos delitos en los que ello sucede. En efecto, WELZEL distingue en su Tratado entre los delitos que tienen por objeto un resultado antijurídico y los que tienen por objeto un injusto personal. En estos últimos debería ser de aplicación el principio de WELZEL de acuerdo con el cual es imposible la participación en el delito cuando no concurre en el partícipe el momento personal del injusto. Pero si ello fuera realmente así, entonces la consecuencia sería que no cabría la participación en delitos tales como el de incesto o el de falso juramento, ya que WELZEL considera que estos dos delitos tienen por objeto un injusto personal. Esta consecuencia es, sin embargo, insostenible. De hecho, ni el propio WELZEL la compartió. Para evitarla, WELZEL recurrió a la distinción entre las cualidades personales que fundamentan la pena y las cualidades personales que la agravan. No obstante esta salvedad, lo cierto es, sin embargo, que WELZEL incurre, en opinión de HARDWIG, en una contradicción: no es posible predicar con pretensión de generalidad el principio “el partícipe no toma parte en el injusto personal” y decir, seguidamente, que “el partícipe sí que toma parte en el injusto personal fundamentador de la pena”³⁰.

³⁰ *Vid.* HARDWIG, GA 1954, p. 66.

En contraposición con el injusto objetivo, el injusto personal es, para HARDWIG, aquel injusto cuyo contenido de injusto resulta de la personalidad del autor como momento de referencia. No todos los momentos personales tienen por qué afectar al contenido de injusto de un hecho. Ello sucede, por ejemplo, con la condición de funcionario del sujeto. Pero los momentos personales también pueden afectar a la culpabilidad o la punibilidad (necesidad de pena). Así, por ejemplo, la impunidad del hurto entre cónyuges no se debe a que el contenido de injusto de esta clase de hurto sea inferior al del hurto ordinario. El fundamento de la no intervención penal en el núcleo familiar debe verse, antes bien, en la preferencia del mantenimiento de la paz familiar al castigo del injusto penal (afectación a la punibilidad o merecimiento de pena). La culpabilidad, por su parte, se ve afectada por los elementos personales relativos a la capacidad y poderes personales del autor que deben ser tenidos en consideración en el ámbito de la imputabilidad (afectación a la culpabilidad) ³¹.

Señala HARDWIG que el injusto puede ser analizado de acuerdo con la cantidad y la calidad, y según momento objetivos y momentos personales. Según HARDWIG, la antijuricidad tiene distintos grados, de modo que el injusto puede ser mayor o menor. Pero el injusto también puede ser cualitativamente diverso en atención a su calidad. Así, por ejemplo, resulta innegable que el injusto del hurto es cualitativamente distinto al de los delitos contra la moral. En el injusto de un delito resulta difícil distinguir, por último, entre momentos objetivos y momentos personales. Estas dos clases de elementos, sin embargo, no siempre pueden ser separados. Ello sucede, por ejemplo, con el elemento del asesinato

³¹ *Vid.* HARDWIG, GA 1954, p. 67.

“crueldad” (“*Grausamkeit*”). En este elemento se dan cita, en efecto, momentos objetivos y momentos personales. La conjugación de ambos resulta en el elemento “crueldad”. Puesto que el contenido de injusto personal de un delito pueden no decidirlo exclusivamente los momentos personales del mismo, es preciso buscar algún criterio que permita determinar cuándo puede decirse que esos momentos constituyen contenido de injusto personal. A este respecto, afirma HARDWIG como punto de partida: aquellos elementos personales que condicionan el contenido total de injusto (*Gesamtunrechtsgehalt*) en atención a la cantidad y la calidad (o en atención a ambas) deben ser definidos como contenido del injusto personal del hecho. Todos los momentos de un hecho son reconducibles, en realidad, a tres categorías: injusto, culpabilidad y merecimiento (necesidad) de pena ³².

El contenido total de injusto se divide, por tanto —siempre en opinión de HARDWIG— en el contenido de injusto objetivo y el contenido de injusto personal. Al contenido de injusto objetivo de un delito pertenecen la actividad (o inactividad) en relación con un objeto, el significado social y jurídico del objeto, la forma externa en que tiene lugar la ejecución del hecho, en especial también los medios de la ejecución del hecho, las circunstancias temporales, espaciales y sociales del hecho. Al contenido personal del injusto del hecho pertenecen las cualidades jurídicas o sociales del hecho, en especial las relaciones de deber del autor, quizá sus motivaciones y su representación interna del hecho. A la culpabilidad pertenecen todos los elementos mencionados, además de las representaciones internas y las motivaciones, en la medida en que no pertenezcan al contenido del injusto personal, y las capacidades y poderes

³² *Vid.* HARDWIG, GA 1954, p. 67.

que afectan a la capacidad de culpabilidad. A la necesidad de pena pertenecen todos los momentos mencionados, además de aquellos momentos que se refieren exclusivamente a la cuestión de la punición, tales como las relaciones personales o formas de comportamiento posteriores al hecho (reincidencia, buen comportamiento después del hecho, etc.), la especial peligrosidad del autor (no del hecho: ésta afecta a las circunstancias sociales del hecho) o su capacidad de ser estimulado por la pena. Injusto, culpabilidad y merecimiento o necesidad de pena constituyen tres categorías del delito recíprocamente interrelacionadas en mayor o menor medida. En el marco de estas tres categorías específicas, los elementos personales influyen en cada una de ellas de una forma específica. Una parte de ellos puede influir en la pena, y no en la culpabilidad o el contenido de injusto; otra en la culpabilidad (y, con ello, en la pena) y no en el contenido de injusto; y, por último, otra parte de los momentos personales del delito pueden afectar tanto al contenido de injusto, como a la culpabilidad y a la pena. No es posible explicar todos los momentos personales del delito por medio de un esquema único. Por el contrario, es preciso analizar cada elemento personal del delito individualmente. Así, por ejemplo, las relaciones objetivas del autor pueden determinar o bien el contenido de injusto del hecho, o bien la culpabilidad del autor, o bien, por último, solamente la pena. La relación especial de deber del funcionario determinará, por ejemplo, el contenido de injusto del hecho (y con ello también la culpabilidad y la pena). La relación de parentesco puede incidir en el contenido de injusto del hecho, aumentándolo o atenuándolo. Pero el legislador también puede tomar en consideración la relación de parentesco para dejar al autor impune. En estos casos, lo único que resulta afectada es la punibilidad del hecho, porque en ellos, el legislador no toma decisión alguna sobre el contenido de injusto o la culpabilidad. Tampoco la reincidencia o la habitualidad afecta al

contenido de injusto objetivo del hecho. La agravación de la pena atiende, en ambos casos, a la personalidad del autor. La reincidencia constituye, por una parte, un síntoma de una mayor peligrosidad del autor, y, por otra, de una mayor falta de sensibilidad penal. Los dos constituyen momentos personales. Pero es fácil advertir que ni la reincidencia ni la habitualidad afectan al contenido de injusto. La cantidad y calidad del hecho concreto no cambia en nada por la razón de que el autor sea reincidente o un delincuente habitual.³³ La reincidencia y la habitualidad tampoco afectan a la culpabilidad.³⁴ El legislador castiga más al reincidente y al delincuente habitual porque un tal delincuente necesita una pena más elevada. En efecto, en el reincidente y al delincuente habitual se demuestra que las penas anteriores no han sido suficientes. El momento personal del autor consistente en la condición de delincuente reincidente o habitual no podrá comunicársele al partícipe que no lo sea, aunque sepa que el autor sí lo es.³⁵

La ley vincula —prosigue HARDWIG— no solo a determinadas representaciones internas y motivaciones, sino también a relaciones personales del autor, o bien una pena, o bien una pena superior, o bien una pena inferior, o bien la exclusión misma de la pena. En la medida en que estos momentos personales afecten solo a la culpabilidad o a la pena, es posible aplicar de modo plenamente satisfactorio el principio general según el cual “cada interviniente en el hecho responderá de acuerdo con su responsabilidad”. Pero todavía no se ha explicado cómo se comporta ese principio cuando el momento personal afecta al contenido de injusto del hecho. Que existen momentos personales que afectan al contenido de

³³ *Vid.* HARDWIG, GA 1954, p. 68.

³⁴ *Vid.* HARDWIG, GA 1954, p. 69.

³⁵ *Vid.* HARDWIG, GA 1954, p. 69.

injusto es algo que no puede ser puesto en tela de juicio. En un trabajo publicado en 1969 —en el que el autor se ocupa ampliamente de la teoría del injusto personal de LAMPE y de la delimitación de este concepto con el de culpabilidad—,³⁶ HARDWIG afirma que el concepto mismo de derecho conlleva, en todo caso, la existencia de una relación interna entre el sujeto de derecho y el ordenamiento jurídico, la existencia de un deber de fidelidad que recae sobre el sujeto de derecho. En el caso del Derecho penal, la infracción de este deber de fidelidad da lugar a la aparición del injusto personal. Existen algunos sujetos sobre los cuales recaen especiales deberes de fidelidad, de modo que todo aquel comportamiento que represente la infracción de dichos deberes especiales tendrá, en opinión de HARDWIG, un contenido de injusto personal superior al de las conductas cometidas por los restantes sujetos de derechos.³⁷

Así, por ejemplo, resulta indiscutible, en opinión de HARDWIG, que la apropiación indebida simple tiene un contenido de injusto distinto al de la apropiación indebida cometida por un funcionario en el ejercicio de la función pública. HARDWIG se pregunta cuál es el tratamiento que debe recibir el sujeto no funcionario que participa en un delito cometido en la función pública. A juicio de HARDWIG, la cuestión planteada no puede ser resuelta por medio de la mera aplicación del antiguo § 50.2 StGB, ya que este precepto debe ser objeto de la crítica más enérgica. El problema obliga a plantearse la situación jurídica desde el principio.³⁸

³⁶ *Vid.* HARDWIG, “Über die unterschiedlichen Unrechtsgehalte und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld”, JZ 1969, pp. 459-462.

³⁷ *Vid.* HARDWIG, JZ 1969, p. 462.

³⁸ *Vid.* HARDWIG, GA 1954, p. 71.

El particular que induce a un funcionario a cometer una apropiación indebida en el ejercicio de la función pública conoce que el funcionario se encuentra en un círculo de deberes especiales. El inductor sabe, en definitiva, que el funcionario no se limita a atacar el patrimonio ajeno, sino que infringe, además, deberes especiales. Desde la perspectiva del inductor, el supuesto de la inducción a un funcionario es más grave que si indujera a un particular a la comisión de una apropiación indebida sencilla. En efecto, la conducta del particular es menos grave que la del funcionario, porque él mismo no lo es; no se encuentra dentro del círculo de deberes superiores. El inductor toma parte, ciertamente, en el contenido de injusto personal del hecho del autor. Lo que sucede, sin embargo, es que este contenido de injusto tiene para el inductor “*extraneus*” un significado distinto al que tiene para el autor “*intraneus*”. Según HARDWIG, no es de recibo, por tanto, el antes referido principio de WELZEL según el cual “el partícipe no participa en el contenido personal del injusto del hecho”. En cualquier caso, queda claro para HARDWIG que el marco penal previsto para el autor “*intraneus*” no se adapta bien a la responsabilidad del partícipe. En sentido estricto, el marco penal del partícipe debería encontrarse en un punto intermedio entre el correspondiente a la inducción a la apropiación indebida simple y la inducción a la apropiación indebida de funcionario. En aplicación del principio de accesoriedad de la participación, sin embargo, la responsabilidad del partícipe deberá determinarse, por principio, a partir del marco penal del autor. En caso de estimarse que el resultado alcanzado por esta vía no es del todo justo, entonces debería crearse —sugiere HARDWIG— una regulación específica de cuya conformidad fuera posible atenuar la pena más allá del marco penal previsto para el autor del hecho ³⁹.

³⁹ *Vid.* HARDWIG, GA 1954, p. 71.

La distinción entre circunstancias fundamentadoras y circunstancias cualificantes de la pena carece para HARDWIG de todo sentido. La situación jurídica de los delitos de funcionario propios es exactamente la misma que la correspondiente a los delitos de funcionario impropios. La apropiación indebida de funcionario es un delito de funcionario impropio. Pero no está justificado castigar al partícipe en este delito como a quien participa en una apropiación indebida de particular. También en el delito propio de funcionario toma parte en el contenido de injusto personal del hecho. Y también aquí juega en su favor la circunstancia de no ser él mismo funcionario público. No existe, en realidad, ningún motivo razonable para tratar de un modo diferente al partícipe “*extraneus*” en un delito especial dependiendo de si se trata de un delito especial propio o impropio. Si debe hacerse esta distinción, ello se debe exclusivamente a que el § 50.2 StGB obliga a ello.⁴⁰

En conclusión: HARDWIG propuso “*de lege ferenda*” que el antiguo § 50.2 StGB fuera dividido en dos apartados (§ 50.2 y § 50.3 StGB), a fin de poder comprender tanto las circunstancias que incrementan el contenido de injusto del hecho del autor como las que lo atenúan. La redacción propuesta por HARDWIG para los apartados en cuestión fue la siguiente: “Si el contenido de injusto de un hecho se ve incrementado por propiedades, relaciones o por razón de la representación o motivación del autor, entonces el partícipe deberá ser castigado de acuerdo con el marco penal determinado para el autor, a no ser que el comportamiento del partícipe se opusiera a la representación o motivación del autor. No obstante ello, en lugar de una pena de cadena perpetua podrá ser apreciada una pena de prisión si la culpabilidad del partícipe es sensiblemente inferior

⁴⁰ *Vid.* HARDWIG, GA 1954, p. 72.

a la del autor. Si el contenido de injusto de un hecho se ve reducido por idénticas circunstancias, entonces al partícipe se le castigará de acuerdo con el marco penal normal. Pero si el contenido de injusto del hecho debe ser tenido en cuenta atenuando la pena, entonces también podrá apreciarse, en lugar de una pena de cadena perpetua, una pena de prisión con una atenuación legal, a no ser que el partícipe no tome parte en el contenido de injusto atenuado a causa de su comportamiento opuesto a la representación o motivación del hecho del autor”. HARDWIG reconoce que la formulación propuesta es compleja y poco elegante, así como que sería de agradecer una formulación más sencilla, corta y plástica. No obstante ello, también señala que de nada serviría una formulación más fácilmente inteligible si fuera equivocada en sus principios y contradictoria. Una tal formulación nunca podría ser una norma utilizable para resoluciones correctas.⁴¹

3.1.3. *La tesis de MAIHOFER*

MAIHOFER se pregunta desde qué punto de vista debe ser analizado el autor de un delito: desde un punto de vista interno-psicológico o desde un punto de vista externo como ser social.⁴² Según MAIHOFER, la primera obra en dar una respuesta satisfactoria a esta pregunta fue la monografía de Erik WOLF “*Das Wesen des Täters*”. En opinión de WOLF, “autor” en el sentido de las leyes penales no lo es el autor “natural”, esto es, el autor considerado en su constitución psico-física desde el punto de vista de las ciencias naturales de la “Escuela Moderna”. Como toda realidad en el mundo del derecho, también el autor puede ser reconocido en el Derecho

⁴¹ *Vid.* HARDWIG, GA 1954, p. 77.

⁴² *Vid.* MAIHOFER, *FS-Rittler*, p. 147.

desde el punto de vista de una “teoría científica del ser” (“*wesenswissenschaftliche Theorie*”) para lo esencial al ser humano. Esta referencia científico-cultural a la esencia del autor conduce a WOLF a la tesis de que en la ley no se hace referencia al autor como individuo, sino como sujeto de derecho, esto es, como sujeto social, como persona. En su condición de persona social determinada, el autor es, en opinión de WOLF, el receptor / destinatario de las normas penales como normas de determinación y también el objeto de las mismas como normas de valoración. A juicio de WOLF, el autor del hecho no es, por tanto, la persona, en su actitud interna, sino la persona en su posición objetiva en el mundo del derecho. El hecho antijurídico no debe ser desvalorado, según WOLF —seguido por MAIHOFER—, por el desvalor real del hecho, sino por el desvalor personal que el autor carga sobre sus espaldas con su hecho como infracción del deber social determinado.⁴³

En opinión de MAIHOFER, el concepto de injusto se compone de “supuesto de hecho del injusto” (“*Unrechtssachverhalt*”) y “reproche del injusto” (“*Unrechtsvorwurf*”). El supuesto de hecho injusto se compone, a su vez, de elementos del tipo de injusto y de causas de exclusión del injusto, mientras que el reproche del injusto consta, por su parte, de infracción del deber social y de infracción del poder social. La culpabilidad se compone igualmente de supuesto de hecho culpable y reproche de culpabilidad. El supuesto de hecho culpable consta de elementos del tipo de culpabilidad y de causas de exclusión de la culpabilidad, mientras que el reproche de la culpabilidad se compone de la infracción del deber individual y de la infracción del poder individual. Un tal sistema del delito fundamenta, a diferencia de la teoría clásica de MEZGER (y también de la

⁴³ Vid. MAIHOFER, *FS-Rittler*, p. 148.

de MAURACH) el núcleo del injusto no tan solo en el elemento “real” del hecho, sino, al mismo tiempo, en el elemento personal del autor. Pero MAIHOFER no entiende este elemento personal del modo en que lo hace WELZEL, esto es, como intencionalidad subjetiva, sino como personalidad objetiva. De este modo, las consecuencias de la teoría de los elementos subjetivos del injusto se extraen en una dirección distinta a la hasta ahora mantenida. MAIHOFER no cree que todo lo “personal” deba entenderse como “subjetivo” e “individual”, así como que precisamente el núcleo personal del injusto no se constituye por medio de elementos subjetivos, sino por medio de elementos objetivos, concretamente por medio de elementos social-personales.⁴⁴

En su concepción, MAIHOFER distingue entre reproche personal del injusto y reproche personal de la culpabilidad. La diferencia entre una y otra clase de reproche reside, a juicio de MAIHOFER, en que el primero consiste en un reproche contra la persona como persona social, esto es, como persona con esencia comparable a otras personas, mientras que el segundo constituye un reproche contra la persona en su condición de persona individual, esto es, en la esencia que le es propia. Para MAIHOFER, la norma penal como norma de determinación y como norma de valoración tienen un destinatario doble caracterizado por la doble dimensión de la persona como ser social e individual. Toda determinación a un comportamiento es un mandato, o una llamada a un determinado comportamiento. En el momento del injusto personal, destinatario de la norma de comportamiento puede serlo cualquier persona —“*Jedermann*”—, o cualquier en quien concurra la cualidad exigida por algunos tipos

⁴⁴ Vid. MAIHOFER, *FS-Rittler*, p. 163.

penales, como, por ejemplo, la cualidad de conductor, médico, salvaagujas o abogado.⁴⁵

Desde el punto de vista adoptado por MAIHOFER, para que una conducta sea merecedora del juicio de reproche representado por el injusto personal es necesario que se dé el reproche del injusto cuando, también desde el baremo personal de la infracción del deber, debe afirmarse que la conducta del sujeto constituye una infracción del deber y el poder social del sujeto. La conducta del sujeto debe ser reprochada, porque no ha actuado como debería y podría haberlo hecho. En el juicio de reproche que representa el injusto personal del comportamiento como infracción del deber, el deber encuentra su límite —señala MAIHOFER— en el poder.⁴⁶

Por lo que respecta a la infracción del deber social, MAIHOFER se pregunta si el juicio de reproche en que consiste el injusto personal tiene por objeto, exclusivamente, la lesión del bien jurídico protegido o incluye también la infracción de los deberes especiales que alcanzan al autor de acuerdo con la concreta posición (“*Stellung*”) y situación (“*Lage*”) social en que el individuo se encuentra. MAIHOFER cree que la respuesta correcta a esta pregunta es la segunda. Para la constatación de la posición social de deber del autor en el hecho MAIHOFER considera necesario referirse a todos los deberes objetivos de cuidado para la evitación del resultado y para la desviación del resultado, así como a todos los elementos de deber jurídico propios que alcanzan al autor en atención a su posición social o rol (“*Rolle*”). Acto seguido debe comprobarse si al autor se le

⁴⁵ *Vid.* MAIHOFER, *FS-Rittler*, p. 154.

⁴⁶ *Vid.* MAIHOFER, *FS-Rittler*, p. 157.

puede reprochar una infracción de lo que se debería haber hecho como “persona racional” teniendo en cuenta su posición y situación social.⁴⁷

Según MAIHOFER, para calificar una conducta como personalmente reprochable en un sentido social, es necesario que el comportamiento del sujeto se adecue a lo que podría haber hecho una persona racional en la posición y situación social del autor. También aquí se refiere MAIHOFER al poder personal sobre la base del baremo de un hombre cualquiera o el de un sujeto determinado (por ejemplo, un médico, un juez, un conductor o un guardagujas), en cuya posición y situación se encuentra al autor en su hecho.⁴⁸

3.1.4. *La tesis de PIOTET*

En opinión de PIOTET, todos los elementos del delito, sean del tipo, sean de la culpabilidad, deben ser divididos en dos grandes grupos: elementos *objetivos* y elementos *personales*. Los elementos *objetivos* del tipo son aquéllos cuyo desarrollo lesiona o pone en peligro ciertos bienes jurídicos. Se trata de elementos objetivos porque modifican la gravedad objetiva del hecho y, con ello, la punibilidad de todos los intervinientes en el hecho que conozcan esos elementos (delitos dolosos), o bien que deban conocerlos (delitos imprudentes).⁴⁹ Los elementos *personales* del tipo, por el contrario, son aquéllos cuya realización solo condiciona el merecimiento de pena de los intervinientes en el hecho en los que concurren. No se refieren a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es decir, al

⁴⁷ Vid. MAIHOFER, *FS-Rittler*, p. 158.

⁴⁸ Vid. MAIHOFER, *FS-Rittler*, p. 158.

⁴⁹ Vid. PIOTET, *ZStW* 1957 (59), pp. 17 s.

merecimiento de pena de los partícipes que los conocen, pero no los realizan ellos mismos. Por eso los denomina PIOTET elementos personales.⁵⁰

Según PIOTET, los elementos personales del tipo pueden ser, a su vez, de dos clases: a) elementos personales *generales* del tipo; y b) elementos personales *especiales* del tipo. Los primeros son aquellos elementos personales que concurren en todos los tipos. Se trata de los elementos de la reprochabilidad: capacidad de imputación, conocimiento o desconocimiento reprochable de la antijuricidad, y culpabilidad. Los elementos personales especiales son, en cambio, aquellos elementos propios únicamente de ciertos delitos. PIOTET divide los elementos personales especiales del tipo, a su vez, en dos grupos: a) elementos personales especiales *subjetivos*; y b) elementos personales especiales *objetivos*. Los primeros son los elementos psíquicos, internos. Entre ellos se cuentan el dolo, la imprudencia, las intenciones, las tendencias de la acción y los momentos de actitud interna. Los elementos personales especiales *objetivos* son los elementos externos, no meramente psíquicos.

El ejemplo más característico de elemento personal especial objetivo del antiguo StGB era, en opinión de PIOTET, la circunstancia (objetiva) de que una madre mate a su hijo extramatrimonial durante o después del parto (antiguo § 217 StGB). Esta circunstancia no cambia nada en la lesión del bien jurídico, pero atenúa el merecimiento de pena de la mujer (no el merecimiento de pena de los partícipes, que deben ser

⁵⁰ Vid. PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 18.

castigados de acuerdo con los §§ 211 —asesinato— y 212 —homicidio— StGB.⁵¹

A PIOTET no le parece lógico que el tratamiento de la participación en los elementos personales especiales reciba un tratamiento distinto dependiendo de si se trata de elementos fundadores (§ 50.1 StGB) o modificadores (§ 50.2 StGB) de la pena. En su opinión, los elementos personales especiales deben ser tratados de forma unitaria. Para PIOTET, al partícipe “*extraneus*” solo le serán imputables elementos personales especiales concurrentes en su propia persona. Esta solución no es más que una consecuencia del principio de culpabilidad. Según este principio, cada interviniente en el hecho deberá responder de acuerdo con su propia culpabilidad. Este principio se encontraba recogido en el § 50.1 StGB, actual § 29 StGB. Según este precepto, “todo interviniente será castigado de acuerdo con su culpabilidad sin atender a la culpabilidad del otro”. El § 50.1 StGB recogía, por tanto, el principio general de que cada interviniente en el hecho debe responder por lo suyo. Este principio general resultaba aplicable en distintos supuestos. Uno de estos supuestos era el recogido por el § 50.2 StGB (actual § 28.2 StGB). Los §§ 50.1 y 2 StGB se encontraban para PIOTET, por tanto, en una relación de “principio general-supuesto especial de aplicación del principio general”. No obstante ello, PIOTET llamó la atención sobre el hecho de que el § 50.2 StGB solo se refería a los elementos personales que “agravan, atenúan o excluyen” la pena; no, por tanto, a los elementos personales que la *fundamentan*. En opinión de PIOTET, el § 50.2 StGB debe ser interpretado en sentido analógico al § 50.1 StGB. En efecto, interpretar el § 50.2 StGB *contrario sensu* (si el legislador, pudiendo hacerlo, lo se ha referido expresamente a

⁵¹ *Vid.* PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 18.

los elementos personales fundamentadores de la pena es porque no ha querido extender el tratamiento previsto para los elementos personales modificadores o excluyentes de la pena) carecía para PIOTET de toda lógica. La analogía propuesta por PIOTET resulta, en su opinión, plenamente admisible, porque no representa la aparición de un nuevo tipo, sino solo la exención de responsabilidad penal del partícipe en quien no concurre el elemento fundamentador de la pena.⁵²

A diferencia de los elementos *subjetivos* especiales, que siempre son personales, los elementos *objetivos* especiales pueden ser, desde el punto de vista de PIOTET, objetivos o personales. Un ejemplo de elemento personal objetivo son, normalmente, los elementos propios de los delitos de funcionario. En opinión de PIOTET, estos elementos consisten en elementos objetivos agravantes o fundamentadores de la pena que afectan a la lesión del bien jurídico protegido y que, por ello, perjudican a todos los intervinientes en el hecho que los conocen, incluso aunque no los realicen ellos mismos. La acción punible parece proceder del Estado mismo, y por eso es más peligrosa que la de cualquier tercero. Pero lo que sobretodo caracteriza a los delitos de funcionario es que lesionan bienes jurídicos que solo pueden ser lesionados en el ejercicio de una función pública; esto es, en el marco de la confianza especial depositada por el particular en los poderes públicos y del interés del Estado en un aparato administrativo que funcione correctamente.⁵³

Según PIOTET, también resulta posible imaginar la existencia de elementos especiales *mixtos*; es decir, elementos en parte objetivos, en

⁵² *Vid.* PIOTET, ZStW 1957 (59), pp. 20 ss.

⁵³ *Vid.* PIOTET, ZStW 1957 (59), pp. 30 s.

parte personales. En pura hipótesis podría admitirse, por ejemplo, que al funcionario que comete un delito de funcionario se le castiga, por una parte, por haber lesionado un determinado bien jurídico, y, por otra, por ser merecedor de pena en su condición de funcionario. Se trataría de circunstancias con un elemento objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo vendría a tipificar la circunstancia de que la acción sería cometida en el ejercicio de las competencias de la función pública. El elemento subjetivo tipificaría la circunstancia de que el funcionario ha infringido sus deberes derivados de la función pública sin lesionar, con ello, un bien jurídico puesto bajo protección por el legislador.

En caso de que la tesis de PIOTET fuera cierta, la consecuencia lógica sería imponer al partícipe no funcionario la parte de la pena correspondiente a la realización de los elementos objetivos del delito. Pero, ¿es esta hipótesis correcta? En opinión de PIOTET, la realización de la acción típica en el ejercicio de la función pública en los delitos de funcionario constituye un elemento de naturaleza puramente objetiva. No se trata, por tanto, ni de un elemento personal, ni de un elemento mixto objetivo-personal.⁵⁴ Si fuera un elemento mixto objetivo-personal, el legislador debería haberse pronunciado expresamente sobre si el partícipe “*extraneus*” debe ser castigado —y en este caso decidir cuál es la pena que le corresponde— o no. Puesto que en el caso de los delitos de función pública ello no sucede, PIOTET concluye que la realización de la acción típica en el ejercicio de la función pública no consiste en un elemento de naturaleza mixta, sino puramente objetiva.⁵⁵ Tanto en los delitos de

⁵⁴ *Vid.* PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 33.

⁵⁵ *Vid.* PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 34.

funcionario propios como en los impropios, el partícipe “*extraneus*” debería responder con la pena del delito de funcionario, aunque atenuada.⁵⁶

Las anteriores reflexiones de PIOTET no encuentran su único ámbito de aplicación en los delitos de funcionario. PIOTET las extiende también, por ejemplo, al delito de bigamia del § 172 StGB. Según este precepto “quien contraiga matrimonio a pesar de estar casado, o quien contraiga matrimonio con una persona casada, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o con pena de multa”. Del tenor literal de este precepto se deduce que al “*extraneus*” (persona no casada) que contrae matrimonio con el “*intraneus*” (persona ya casada) se le impone la misma pena que a este último. De esta circunstancia se deduce, en opinión de PIOTET, que la circunstancia consistente en encontrarse ya casado al tiempo de celebrarse la segunda boda no constituye para el legislador un elemento personal. Si el legislador hubiese previsto para el sujeto no casado una pena no tan grave como la del ya casado, entonces podría argumentarse que el elemento en cuestión consistiría en un elemento especial de naturaleza mixta. Y si la ley hubiera decidido no castigar en absoluto al partícipe “*extraneus*”, ello podría significar, por último, o bien que el elemento que nos ocupa tendría naturaleza exclusivamente personal, o bien que se trataría de un elemento especial mixto en el que el elemento objetivo no justificaría por sí solo castigo alguno.⁵⁷

⁵⁶ Vid. PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 33.

⁵⁷ Vid. PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 34. En derecho español, el art. 217 CP sólo se refiere expresamente al sujeto que ya estuviera casado al tiempo de contraer segundo matrimonio. Según este precepto “el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”. A la luz del tenor literal de este precepto, puede afirmarse, sin ningún género de dudas, que el delito de bigamia constituye un delito especial propio. En efecto, este delito sólo puede ser cometido a título de autoría por un sujeto que ya se encuentra casado en el momento en que tiene lugar la celebración del segundo matrimonio. De esta opinión son, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, PE*, III, 2ª ed., cit., p. 323; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, PE*, 11ª ed., cit., p. 255; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, PE*, 4ª ed., cit., p. 224. Así las cosas, si el otro contrayente no se encuentra, a su vez, casado al tiempo de la celebración del matrimonio, entonces no podrá ser considerado sujeto activo del delito. Es evidente que ello no significa, sin embargo, que el sujeto soltero que contrae matrimonio con un sujeto ya casado con conocimiento de este estado civil quede exento de responsabilidad penal. Antes al contrario: dicho sujeto deberá responder como cooperador necesario, o incluso como inductor, con la misma pena que la prevista para el autor del delito. En este sentido se expresa MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, PE*, 11ª ed., cit., pp. 255 s. Muestra sus dudas —en mi opinión de forma completamente injustificada— sobre si el contrayente soltero debe ser castigado como autor o bien como cooperador necesario BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, PE*, II, 2ª ed., cit. p. 323.

En cuanto a los delitos caracterizados por que la circunstancia personal es de naturaleza especial, PIOTET opina, en contra de la doctrina dominante, que en estos delitos el interviniente en el hecho en quien no concurre la circunstancia especial no podrá ser castigado ni como autor, ni como inductor, ni, por último, como cooperador. El “*extraneus*” que interviene en uno de estos delitos queda en todo caso, por tanto, impune.⁵⁸

En conclusión: como consecuencia de todas las observaciones formuladas con anterioridad, PIOTET propuso la introducción en el StGB de un precepto que establezca el siguiente principio básico: “(...) la pena de un delito afectará a todo aquél que de un modo antijurídico y reprochable contribuya a la realización de los elementos objetivos de ese delito, [...], y concurren en esa persona los elementos personales especiales. Las circunstancias personales que fundamenten, agraven, atenúen y excluyan la pena operan únicamente con respecto a los intervinientes en el hecho en quienes concurren”.⁵⁹

3.2. *Valoración crítica*

Desde mi punto de vista, la teoría que explica los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales como elementos pertenecientes al injusto personal tiene la virtud de reconocer a los elementos de la autoría de los delitos especiales la ubicación sistemática que, según creo, les corresponde en la teoría jurídica del delito: se trata de elementos pertenecientes al injusto. Los elementos de referencia distinguen a los delitos especiales de los restantes delitos por su contenido de injusto. Se

⁵⁸ *Vid.* PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 38.

⁵⁹ *Vid.* PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 42.

trata de elementos que confieren a los delitos especiales que los contienen un contenido de injusto distinto al del resto de delitos.

Sin embargo, la teoría del injusto personal tampoco consigue presentarse como una respuesta definitiva a los problemas que los delitos especiales plantean en relación tanto con la naturaleza jurídica de los elementos que limitan el círculo de posibles autores como con los problemas de participación de “*extranei*” en esta clase de delitos. Desde mi punto de vista, los planteamientos defendidos por WELZEL, HARDWIG, MAIHOFER y PIOTET sobre esta última cuestión adolecen del defecto de tratar de hallar el fundamento de los delitos especiales y la participación de extraños en dichos delitos a partir de la regulación prevista en el antiguo § 50 StGB. Cuando estos cuatro autores formularon su teoría sobre los elementos personales especiales a partir de la idea del injusto personal, los únicos supuestos de participación de extraños en delitos especiales regulados por el derecho positivo eran los supuestos de participación en delitos especiales con elementos agravantes o atenuantes de la pena. Según WELZEL, HARDWIG, MAIHOFER y PIOTET, el antiguo § 50 StGB venía a declarar una ruptura de la accesoriedad de la participación del “*extraneus*” en los delitos especiales en que el elemento personal *modificaba* —no fundamentaba— la pena. Según dichos autores, si el fundamento de la pena de la participación en el delito reside en que el partícipe ayuda al autor a cometer un hecho antijurídico, esto es, en el favorecimiento del injusto del autor, la referida ruptura de la accesoriedad significaba que existía una parte del injusto de la conducta del autor en la que el partícipe “*extraneus*” no participaría. Los defensores de la teoría del injusto especial creyeron ver la explicación de esta circunstancia en la existencia de una parte del injusto del autor exclusivamente personal y, por ello, no comunicable al extraño que participa en el delito.

En mi opinión, esta explicación de la aparente ruptura de la accesoriedad de la participación prevista en el antiguo § 50.2 StGB, más que solucionar el problema de su fundamentación, se limitaba a plantearlo. En efecto, de lo que se trata no es de saber si los elementos del antiguo § 50.2 StGB o del actual § 28 StGB son, o no, de naturaleza personal, esto es, no comunicables accesoriamente, puesto que este extremo ya lo declaraba expresamente el antiguo § 50.2 StGB como ahora lo hace el § 28 StGB. Se trata, antes bien, de contestar satisfactoriamente a la pregunta de por qué ello es así. Y esto es, precisamente, lo que la concepción que ahora se analiza deja pendiente de respuesta.

Que la teoría del injusto personal difícilmente puede constituir un instrumento válido, por sí solo, para resolver los problemas de participación de extraños en delitos especiales lo demuestra la disparidad de soluciones a las que llegaron sus distintos representantes a partir de la misma idea. Así, mientras que WELZEL y PIOTET consideran que en los delitos impropios de funcionarios el no funcionario no debe ser castigado como partícipe en el delito especial, sino en el delito común paralelo, HARDWIG apostó “*de lege ferenda*” por hacer responder al extraño por el delito especial con una pena intermedia entre la pena del delito especial y la del delito común paralelo. En relación con la participación de extraños en delitos especiales propios, dicha disparidad fue, incluso, superior. Así, mientras que WELZEL defendió que el partícipe no cualificado debía ser castigado con la misma pena que el funcionario, mientras que PIOTET y HARDWIG optaron “*de lege ferenda*” por una vía intermedia consistente en castigarle con la pena prevista para el funcionario con una atenuación, al estilo de lo que el propio HARDWIG propuso en relación con la participación de “*extranei*” en delitos especiales impropios.

Según creo poder afirmar, las discrepancias entre WELZEL, HARDWIG y PIOTET obedecieron, sobre todo, a que estos tres autores no acabaron de ponerse de acuerdo en uno de los puntos de partida de la teoría del injusto personal: la existencia de una parte del injusto del comportamiento del autor cualificado de la que el partícipe no cualificado no puede tomar parte. Así, por ejemplo, WELZEL es de la opinión de que en los delitos especiales impropios dicha parte personal no comunicable existe, mientras que en los delitos especiales propios, el partícipe extraño toma parte en todo el contenido de injusto de la conducta del autor; y HARDWIG considera, en cambio, que ni en los delitos especiales propios ni en los impropios existe parte alguna del contenido de injusto de la conducta que no sea comunicable, por principio, al partícipe, por lo que califica la posición “dualista” defendida por WELZEL de “contradictoria”.

Desde mi punto de vista, y sin perjuicio de poner nuevamente de manifiesto que esta importante discrepancia existente entre WELZEL y HARDWIG sobre uno de los puntos centrales de la teoría del injusto personal constituye una clara muestra de la amplitud y ambigüedad de la solución del injusto personal que ahora se somete a análisis, considero que la valoración negativa que HARDWIG hace del razonamiento de WELZEL probablemente puede ser calificada de exagerada. Es cierto que las expresiones “el partícipe no toma parte en el injusto personal” y “en el injusto personal fundamentador de la pena, el partícipe sí que toma parte” son, desde un punto de vista formal, contradictorias entre sí. Sin embargo, este argumento oculta, en realidad, dos extremos. En primer lugar, es posible que WELZEL partiera del principio general “el partícipe no toma parte en el injusto personal”, aplicable a la mayor parte de los delitos con injusto personal, esto es, a aquéllos que contienen elementos personales que agravan, atenúan o excluyen la pena, y que este principio general se encontrase sujeto, no obstante, a alguna excepción. Una de estas excepciones podría ser, por ejemplo, que “en el injusto personal fundamentador de la pena, el partícipe sí que toma parte”. En efecto, la idea de un principio general con excepciones no constituye, en sí misma, una contradicción en sus propios términos, sino, antes al contrario, algo no solo perfectamente asumible desde un punto de vista lógico, sino, incluso, habitual. No en vano, podría decirse que de la referida supuesta contradicción entre “principio general” y “excepción” surge, a modo de síntesis, un segundo principio general, de cuya conformidad “el partícipe no toma parte en el injusto personal excepto cuando éste fundamenta la pena”. En segundo lugar, la contradicción en que —según HARDWIG— incurre WELZEL no debería restar un ápice de validez a la idea del “injusto

personal” como fundamento de la responsabilidad del partícipe por el delito común paralelo en aquellos delitos en que el elemento limitador de la autoría fundamenta la pena. Esto es, en los delitos especiales impropios.

La imprecisión que caracterizó a la teoría de los elementos personales como elementos del injusto especial condujo a alguno de sus principales representantes, además, a la defensa de soluciones difícilmente compartibles. En mi opinión, la concepción en que ello sucedió de un modo más evidente fue, sin duda, la concepción defendida por el penalista suizo Paul PIOTET. En lo sucesivo será sometida a valoración crítica su planteamiento como muestra de las insatisfactorias consecuencias a que podrían conducir los postulados de la teoría del injusto objetivo en la materia que nos ocupa.

PIOTET defendió su concepción cuando en los Códigos penales suizo y alemán solo se encontraban expresamente regulados los supuestos de participación de extraños en delitos agravados o atenuados por elementos personales especiales (art. 26 Código Penal suizo y § 50 StGB). La construcción de PIOTET, que, apoyándose en la idea del injusto especial, le llevó a defender la impunidad del “*extraneus*” en supuestos de elementos personales fundadores de la pena, tuvo la virtud de erigirse en un criterio coherente que conseguía armonizar todos los casos de participación de extraños en delitos con elementos personales concurrentes en el autor. En efecto, si cuando tales elementos agravaban o atenuaban la pena éstos no podían ser imputados al sujeto en quien no concurrían, y los elementos personales que la excluían solo eran imputables al sujeto en quien concurrían, no se entiende por qué razón en los casos de elementos personales fundadores de la pena ello debía ser diferente. La solución propuesta por PIOTET tuvo, por tanto, la ventaja de evitar la referida contradicción valorativa. La concepción de PIOTET destaca, con razón,

que, en relación con los elementos personales que excluyen o fundamentan la pena, la cuestión de si los límites entre la punibilidad y la impunidad se describen por medio de una causa de exclusión de la pena o mediante un elemento personal fundamentador de la pena que cubra todo el ámbito de la punibilidad no excluida resulta completamente irrelevante, porque se trata de una mera cuestión de técnica legislativa.⁶⁰

Sin embargo, a pesar de que la solución de PIOTET consistente en la aplicación analógica a los elementos personales fundadores de la pena de los preceptos del Código penal suizo y el StGB alemán que establecen la incomunicabilidad de las causas que excluyen la pena aparece como formalmente irreprochable, lo cierto es que la concepción que ahora se analiza no satisface desde una perspectiva material. Un análisis detenido de los elementos personales que fundamentan y excluyen la pena tanto en la Parte General como en la Parte Especial de cualquier Código Penal de nuestro entorno cultural permite poner de manifiesto que no se trata de dos clases de elementos libremente intercambiables. Desde un punto de vista material, exigir legalmente que un delito solo pueda ser cometido como autor por un determinado círculo de personas no es exactamente lo contrario que excluir la responsabilidad penal de aquéllos en quienes concurra un elemento personal que excluya la pena. Ello se debe a que unos y otros elementos consisten en elementos que participan de una naturaleza jurídica y cumplen funciones político-criminales completamente distintas.⁶¹

⁶⁰ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 139.

⁶¹ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 140.

Las causas de exclusión de la culpabilidad suelen tener su fundamento en la desaparición o, al menos, en una radical disminución del reproche de culpabilidad (ello sucede, por ejemplo, en la falta de capacidad de culpabilidad y en el desistimiento voluntario de la tentativa), o en ponderaciones extrapenales, esto es, político-jurídicas en general (como ocurre, por ejemplo, con la indemnidad parlamentaria).⁶² Los elementos fundadores de la pena suelen consistir, en cambio, en una cualificación objetiva del autor (como, por ejemplo, la administración desleal de un negocio por parte de quien está obligado a la misma) o en una tendencia interna que trasciende al tipo objetivo. Con la utilización de los elementos fundadores de la pena, el legislador penal puede pretender, entre otras finalidades, proteger en mayor medida algunos bienes jurídicos que se encuentra especialmente expuestos a riesgos procedentes de determinados ámbitos sociales o círculos de sujetos. Lo que inspira al legislador penal cuando tipifica conductas delictivas mediante la utilización de elementos personales fundadores de la pena no son razones vinculadas a la culpabilidad del sujeto o a consideraciones extrapenales sobre la conveniencia o inconveniencia de la sanción penal, sino, sobre todo, la eficacia preventivo-general del Derecho penal en constelaciones de bienes jurídicos especialmente precarias desde un punto de vista político-criminal. Desde esta última perspectiva, resulta de todo punto necesario — como ya se puso de relieve en otra parte de la presente investigación— amenazar con pena no solo a quienes, por tratarse de sujetos cualificados, pueden cometer como autores un delito especial, sino también a los partícipes no cualificados. Porque, aunque ello no es así en relación con todos los delitos especiales, en algunos de estos delitos puede afirmarse que el mayor peligro para el bien jurídico que representa la realización de la

⁶² *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 139.

conducta típica por el sujeto cualificado, y con ello, la necesidad político-criminal de pena de la conducta, pueden verse incrementados como consecuencia de la intervención en el hecho de partícipes no cualificados. Por todo ello, falta la base misma para una solución analógica que conduzca a la impunidad del partícipe no cualificado en delitos con elementos personales fundadores de la pena.⁶³

Como con razón ha señalado SCHÜNEMANN, la solución analógica de PIOTET conducía a un segundo resultado insatisfactorio: puesto que también los elementos personales fundadores de la pena deberían ser imputados —siempre según PIOTET— solo a aquellos sujetos en quienes concurran, sin distinguir entre autores y partícipes, cuando el elemento personal concurra en la persona del partícipe, entonces éste debería responder como partícipe en un delito especial.

Con buen criterio, SCHÜNEMANN ha advertido que esta solución no solo es ilógica, sino que choca, incluso, con la garantía criminal (“*nullum crimen sine lege*”) del principio de legalidad, ya que la redacción de los tipos penales exige que el elemento fundador de la pena de los delitos especiales propios concurra, en todo caso, en el autor. Se trataría, por tanto, de un supuesto de analogía “*in malam partem*”, no admitida en Derecho penal.⁶⁴

La equiparación de los elementos personales especiales que agravan o atenúan la pena de un delito con aquéllos que la fundamentan que se encuentra en la concepción de PIOTET da lugar a una segunda

⁶³ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 140.

⁶⁴ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 140.

consecuencia: según PIOTET, tanto en los casos de elementos personales que agravan o atenúan la pena como en los supuestos de elementos que la fundamentan, debe rechazarse el castigo por autoría mediata del “*intraneus*” que comete el delito utilizando a un “*extraneus*” que actúa sin dolo. Esto es, el castigo de la autoría mediata con instrumento doloso no cualificado. En efecto, PIOTET rechaza de la tesis del instrumento doloso no cualificado para los supuestos donde se produce la concurrencia de elementos personales especiales *fundamentadores* de la pena a partir del generalizado rechazo doctrinal de aquella tesis para los supuestos donde tales elementos solo servían para *agravar* la pena. Desde mi punto de vista, el planteamiento de PIOTET no puede ser aceptado. A mi entender, es conveniente seguir distinguiendo claramente entre los delitos especiales, donde los elementos personales especiales *fundamentan* la punibilidad, y los subtipos cualificados por razón del sujeto activo, donde los elementos personales especiales *agravan* o *atenúan* la punibilidad. Así, en la primera clase de delitos, la concurrencia del elemento personal en el autor determina la aparición de un delito nuevo, distinto; en la segunda, aquel elemento da lugar, en cambio, a la mera modificación (agravación o atenuación) de un mismo tipo. Esta decisiva diferencia entre una y otra clase de delitos justifica sobradamente la conveniencia de su tratamiento diferenciado. En efecto, en el caso de los delitos especiales, es decir, aquellos delitos en que los elementos personales especiales fundamentan la pena, es indiscutible que el hecho principal del sujeto de delante no constituye un hecho *típico*. En el sujeto que actúa directamente no concurren los requisitos exigidos por el *tipo* para el sujeto activo del delito. Falta en el sujeto de delante, por tanto, un hecho principal al que pueda *acceder* como participe el sujeto de detrás. Este último sujeto no podrá responder, por tanto, como participe de un delito.

¿Quiere ello decir que tanto el hombre de delante como el de detrás deben quedar sin castigo? En mi opinión, aceptar esta solución no es en absoluto obligado. Es cierto que el hombre de detrás no puede ser castigado como partícipe de un hecho principal de autor que no existe; y que esto último impide, igualmente, que el hombre de delante pueda ser castigado como autor de un hecho típico. Pero ello no significa que el hombre de detrás no pueda ser autor y el delante partícipe en el hecho cometido mediatamente por aquél. Si se admite, como considero preferible, la comisión mediata de un delito especial a través de un sujeto no cualificado, tanto el hombre de atrás como el de delante responderán —a título de autoría el primero, de participación, en cambio, el segundo— por el mismo título de imputación.

Distinto es el caso de los subtipos agravados por razón del sujeto activo. En estos delitos, cuando el sujeto cualificado induce a, o coopera con un sujeto no cualificado, la punibilidad de uno y otro no depende de que el primero pueda ser castigado como autor mediato, y el segundo como partícipe. En efecto, puesto que el elemento cualificante no determina un cambio de tipo de injusto, sino una agravación del único tipo de injusto concurrente, lo cierto es que ambos intervinientes en el hecho responderán, en todo caso, por dicho tipo de injusto. Lo lógico será, entonces, castigar al sujeto de delante como autor directo y al de detrás como inductor o cooperador. En este contexto, el elemento cualificante devendrá un elemento de naturaleza meramente personal que solo podrá ser imputado al sujeto en quien concurra. Y puesto que en el ejemplo que nos ocupa el elemento en cuestión concurre en el sujeto de detrás, este interviniente en el hecho deberá ser castigado como partícipe (inductor o cooperador) en el subtipo agravado. El sujeto de delante responderá, en cambio, como autor del tipo básico. Que el sujeto de atrás sea castigado por el tipo cualificado y

el de delante por el básico no representa, en modo alguno, un atentado contra la idea de la unidad del título de imputación del principio de accesoriedad de la participación, defendida en este trabajo. En efecto: ambos sujetos responden, en realidad, por virtud del mismo tipo de injusto, del mismo título de imputación.

Por este motivo, no me parece justificada la crítica que PIOTET formula contra WELZEL cuando este último autor defiende en su Tratado la solución también aquí sugerida. En opinión de PIOTET, no es correcto hacer depender la decisión sobre si la aportación de un interviniente en el hecho debe ser reconocida como una conducta de autoría o bien de participación de la cuestión relativa si el elemento personal especial presente en el tipo fundamenta la pena o bien únicamente la modifica.⁶⁵ Bajo mi punto de vista, el planteamiento de PIOTET obvia por completo un aspecto que desde la perspectiva aquí adoptada resulta de la máxima importancia a efectos de la determinación del título de imputación por el que todos los intervinientes en el hecho deben responder: los elementos fundadores de la pena dan lugar a la aparición de un nuevo título de imputación, mientras que los que se limitan a modificarla, en cambio, representan únicamente una transformación dentro del mismo tipo de injusto. El rechazo del planteamiento de WELZEL mostrado por PIOTET se encuentra orientado, con todo, a la consecución de un objetivo que también desde aquí debe ser respaldado: la puesta de manifiesto de que la autoría no puede consistir en un concepto meramente *negativo*, que se defina por exclusión de la participación, sino en un concepto de naturaleza *positiva*.⁶⁶

⁶⁵ Vid. PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 24, nota 21.

⁶⁶ Vid. PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 24 y nota 21. Sobre la crítica de PIOTET a los conceptos extensivos de autor defendidos por ZIMMERL (quien, no en vano, propuso

En relación con la posición defendida por PIOTET sobre la naturaleza jurídica del antiguo delito de infanticidio como tipo agravado del delito de homicidio, debe señalarse que PIOTET no fundamenta positivamente su afirmación, sino que solo lo hace por vía negativa. Según PIOTET, el infanticidio no es un delito especial distinto del homicidio, sino un homicidio atenuado por razones distintas a una supuesta atenuación de la pena del injusto objetivo propio del delito de homicidio. La argumentación de PIOTET consiste, por tanto, en una argumentación de naturaleza meramente *negativa* que nada positivo dice sobre cuál es el fundamento del tipo en cuestión.

Además de la acabada de formular, dos son las observaciones que deben ser realizadas en torno a la posición de PIOTET. En primer lugar, de la argumentación de este autor parece desprenderse que el fundamento de la atenuación del infanticidio nada tiene que ver con el injusto del hecho, sino que se trataría de una cuestión relativa a la culpabilidad del autor. Sin embargo, creo poder afirmar que ello no es así. En efecto, de acuerdo con la posición doctrinal en mi opinión más coherente, la atenuación de la pena prevista para el antiguo delito de infanticidio en comparación con la correspondiente al homicidio o el asesinato se debe a la presencia en la conducta típica de un inferior contenido de injusto objetivo y subjetivo. En efecto, el sujeto activo del infanticidio realizaba la conducta típica con el ánimo de evitar la aparición de una situación altamente deshonrosa para su

la siguiente redacción para el § 32 del Proyecto de 1927: “Las circunstancias que guarden relación con la gravedad del menoscabo de bienes jurídicos (el injusto), cuando concurren en el autor, deben ser imputadas a todos los partícipes. Las circunstancias que se refieran a la gravedad de la culpabilidad o a la medida de la peligrosidad tan solo deben tenerse en cuenta en la persona de aquél en quien concurren”: *vid.* ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, p. 143) y MEZGER, así como a la solución a que conduce el concepto de autor defendido por estos autores en los casos de instrumento doloso no cualificado, *vid.* PIOTET, *ZStW* 1957 (59), p. 25.

persona. Esta circunstancia resultaba todavía más evidente a la vista del antiguo § 217 StGB. En efecto, este precepto exigía que la madre acabase con la vida de su hijo *extramatrimonial*.⁶⁷

En segundo lugar, considero que el argumento de PIOTET según el cual no es posible afirmar que la producción por parte de la madre de la muerte de su hijo *durante el parto o inmediatamente después del mismo* carece de un contenido de injusto inferior a la producción de su muerte en un momento posterior, esto es, el valor de la vida humana posee el mismo valor durante el parto, inmediatamente después del parto, y en cualquier momento posterior a este primer momento posparto,⁶⁸ tampoco se encuentra, sin embargo, exento de toda objeción. En efecto, la comprobación de si ello es así se encuentra supeditada a la resolución de la cuestión relativa a la determinación del límite mínimo del objeto material del delito de homicidio; esto es, del momento a partir del cual puede decirse que éste concurre. Uno de los más convincentes argumentos empleados por la doctrina española para explicar por qué la pena prevista para el aborto es inferior a la del homicidio es el siguiente: el bien jurídico “vida humana dependiente” (aborto) tiene una entidad inferior a la del bien jurídico “vida humana independiente” (homicidio), al constituir el primero una mera “expectativa de vida” frente a la “vida cierta” representada por el segundo. Si ello es así, se tratará de analizar a partir de qué momento puede afirmarse que la causación de la muerte es más merecedora de pena por representar la lesión de un bien jurídico de mayor entidad. Aunque la cuestión no es en absoluto pacífica, según la mejor doctrina puede decirse

⁶⁷ Defendieron en España la tesis aquí considerada preferible, entre otros, MIR PUIG, ADPCP 1973, pp. 334 s.; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, PE*, I, cit., pp. 103 s.

⁶⁸ *Vid.* PIOTET, ZStW 1957 (59), p. 18, nota 7.

que la producción de la muerte de un ser humano *nacido vivo* ya constituye un delito de homicidio, y no ya de aborto. El criterio del *nacimiento con vida* se erige, por tanto, en el factor que determina el paso del delito de aborto al delito de homicidio. Se considera que el ser humano alcanza el estadio del *nacimiento* con la consecución de un cierto grado de autonomía funcional con respecto a la madre. Esta autonomía se alcanza con el desprendimiento total del ser humano claustro materno mediante el corte del cordón umbilical, sin ulteriores exigencias médicas. Para que el nacimiento se produzca *con vida*, en segundo lugar, suele exigirse que el ser humano tenga una cierta viabilidad. Ésta se consigue a través de la respiración pulmonar autónoma.⁶⁹ Pues bien: dicho todo lo anterior, la cuestión que aquí interesa es la relativa a si el antiguo infanticidio consistía en la producción de la muerte de un ser humano que se encontraba en un estadio anterior al del “nacimiento con vida”, o bien en un estadio posterior a éste. Esto es: si el objeto material de la muerte constitutiva del antiguo delito de infanticidio revestía idéntica entidad que la ostentada por el objeto material del delito de aborto. La cuestión planteada no puede ser resuelta de un modo unitario en relación con los antiguos Código penal español y StGB alemán.

Por lo que respecta al CP español, el antiguo art. 410 CP, al referirse al “recién nacido”, no cabe duda de que tipificaba una conducta cuyo objeto material no era de entidad inferior a la del objeto material del

⁶⁹ Defienden el nacimiento con vida como criterio determinante del límite mínimo del objeto material del homicidio BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, PE*, I, 3ª ed., cit., pp. 21 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, PE*, 18ª ed., cit., p. 22; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, PE*, 11ª ed., cit., pp. 28 ss.; GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS / GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código penal, PE*, I, pp. 38 ss.; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dctor.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, cit., p. 27. Partidario, en apariencia, de un mayor grado de exigencia en términos de viabilidad se muestra, en cambio, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, PE*, 4ª ed., cit., p. 6.

delito de homicidio. El antiguo § 417 StGB, en cambio, se refería a la “madre que en el parto o justo después del parto mata dolosamente a su hijo extramatrimonial ...”. De acuerdo con esta regulación, el punto de partida del objeto material de los delitos contra la vida humana independiente no era ya el momento del “nacimiento con vida”, sino el momento (anterior) del “parto”.⁷⁰ En el StGB, el objeto material del antiguo delito de infanticidio se presentaba, por tanto, bajo dos distintas formas: a) hijo en la fase de parto; y b) hijo que acaba de salir del parto. La segunda de estas dos formas podía considerarse sinónima de la causación de la muerte del “recién nacido” prevista en el antiguo art. 410 CP. Por lo que respecta a la primera, lo cierto era, sin embargo, que no siempre era posible afirmar que el hijo que todavía no había salido del parto podía ser calificado, en todo caso, como “nacido vivo”. Todo dependía, en efecto, de la fase del parto en que se encontrase en el momento de producirse la producción de su muerte. Cuanto más cerca estuviera el objeto material del momento de la separación del claustro materno con un cierto grado de viabilidad, esto es, del momento de la finalización del parto, mayor sería su entidad y de mayor gravedad, en suma, la lesión del bien jurídico.

4. “Elementos referidos al autor” (*“täterbezogene Merkmale”*) versus “elementos referidos al bien jurídico” (*“rechtsgutbezogene Merkmale”*)

4.1. Exposición

⁷⁰ Regla compartida, por lo demás, por el Código penal de otros países, entre los que se encuentran Austria, Suiza, Polonia, Noruega, Dinamarca, Italia, Bélgica, Portugal, Argentina, Brasil, Guatemala o Perú: *vid.* RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, PE*, 18ª ed., cit., p. 22. notas 7.

En la actualidad, está ampliamente extendida en la doctrina la idea de que la excepción al principio de la accesoriedad de la participación que contempla el § 28 StGB debe operar exclusivamente en relación con aquellos elementos que no afectan a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Los elementos en que ello no sucede, esto es, aquéllos que sí guardan relación con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico lesionado o puesto en peligro deben ser comunicados, en cambio, al partícipe. En este sentido se pronuncian expresamente GRÜNWALD,⁷¹ JÄHRIG,⁷² DOWLAD⁷³ y PIOTET.⁷⁴

De estas concepciones, considero especialmente interesantes las defendidas por los dos autores enumerados en primer lugar: Gerald GRÜNWALD y Wolf Axel JÄHRIG. Estas dos aportaciones serán expuestas resumidamente en las líneas que siguen a continuación.

4.1.1. *La tesis de GRÜNWALD*

Según GRÜNWALD, tras la incorporación al StGB de la actual regulación de los “especiales elementos personales”, la discusión dogmática se centró en tres círculos de problemas conectados entre sí: 1) el concepto de “especiales elementos personales”; 2) la interpretación del precepto del § 28.2 StGB sobre los elementos especiales que aumentan la

⁷¹ Vid. GRÜNWALD, “Zu den besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB)”, *GD-Armin Kaufmann*, pp. 555-571.

⁷² Vid. JÄHRIG, *Die persönlichen Umstände des § 50 StGB*, Colonia 1974, *passim*.

⁷³ Vid. DOWLAD, *Die Strafbarkeit der aktiven Beteiligung an gebotswidrig unterlassener Hilfstätigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Stellung der Garantienpflicht innerhalb der Akzessorietätsregelung (§ 28 StGB)*, Bielefeld 1981, p. 92.

⁷⁴ Vid. PIOTET, *ZStW* 1957 (59), pp. 17 s. y, en relación con los delitos de funcionarios, pp. 30 ss.

pena en relación con los delitos especiales impropios; y 3) la cuestión de un posible desplazamiento de especiales elementos de la culpabilidad del ámbito de regulación del § 28 StGB al del § 29 StGB.

Apunta GRÜNWALD que, a la vista del actual § 28 StGB, es innegable que dicho precepto es aplicable únicamente respecto de aquellos elementos calificables como “personales”. Así, en todos los supuestos de elementos que describen una “propiedad” (“*Eigenschaft*”) del autor, como, por ejemplo, la de funcionario público o una “relación” (“*Verhältnis*”) con otras personas o con un objeto, como, por ejemplo, la relación de parentesco en el ya derogado delito de “parricidio” (“*Aszendententotschlag*”, antiguo § 215 StGB) o la entrega en custodia de la cosa en la apropiación indebida, la doctrina ha venido conviniendo de forma unánime el tratamiento no accesorio de tales elementos, debido a su carácter altamente personal.⁷⁵

Sin embargo, GRÜNWALD entiende que entre los elementos fundadores de la pena hay algunos que comprenden cualidades, relaciones o circunstancias personales respecto de los que la aplicación del § 28.1 StGB resulta, en su opinión, incorrecta. GRÜNWALD pone como ejemplo de esta clase de elementos la relación de confianza existente del delito de apropiación indebida. La custodia de la cosa, que es presupuesto para la punición del autor de la apropiación indebida, se corresponde con los elementos del concepto de la relación personal del mismo modo que la relación de custodia que agrava la pena. Pero para el contenido de desvalor de la participación en la apropiación indebida carece de importancia el hecho de si el partícipe también custodia la cosa. Aunque no sea éste el

⁷⁵ Vid. GRÜNWALD, “Zu den besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB)”, *GD-Armin Kaufmann*, p. 557 y notas 11 y 13.

caso, el partícipe debe ser castigado, según GRÜNWALD, con la misma pena que el autor.⁷⁶

GRÜNWALD alude a un segundo ejemplo, esta vez de derecho actualmente derogado, de cualidad personal para la que no resulta adecuada la aplicación del § 28.1 StGB: la pertenencia al género masculino como presupuesto de autoría en el antiguo tipo de acciones homosexuales a jóvenes (antiguo § 175 StGB). En opinión de GRÜNWALD, la ausencia de esta cualidad en el partícipe no puede fundamentar una disminución de la pena, ya que castigar a la inductora o la cómplice con una pena inferior a la del inductor o el cómplice no sería razonable.⁷⁷

Para GRÜNWALD es necesario, pues, distinguir dentro de las cualidades y relaciones personales entre los elementos que deben ser tratados accesoriamente sin restricciones y aquellos a los que debe aplicarse la regulación del § 28.1 StGB. Estos últimos constituyen para GRÜNWALD el grupo de los “especiales” elementos personales, donde el término “especial” adquiere, en su opinión, una importancia definitoria autónoma.⁷⁸ Según GRÜNWALD, el criterio rector para la distinguir entre los elementos personales que deben ser tratados de modo no accesorio de los que deben recibir un tratamiento ilimitadamente accesorio debe ser el siguiente: en caso de que la no concurrencia en el partícipe del elemento personal no influya en el contenido de injusto de su conducta de participación, de modo que éste sea el mismo que el de la conducta del autor (al margen de los distintos niveles correspondientes a las diversas

⁷⁶ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 558.

⁷⁷ *Vid.* GRUNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 558.

⁷⁸ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 559.

formas de intervención en el hecho), el elemento deberá ser imputado accesoriamente también al partícipe en quien no concurra. En caso contrario, esto es, si la concurrencia del elemento personal en la conducta del partícipe determina que el contenido de injusto de ésta sea menor que el correspondiente a la conducta del autor, entonces no podrá ser imputado de modo ilimitadamente accesoriamente.⁷⁹

Señala GRÜNWALD que los criterios de la doctrina dominante resultan especialmente inadecuados para los delitos de funcionario. GRÜNWALD no discute el carácter “personal especial” del elemento “funcionario público” en esta clase de delitos. Los delitos impropios de funcionarios pertenecen al ámbito tradicional del § 28.2 StGB, y en la regulación del § 28.1 StGB el legislador ya tuvo presente precisamente los delitos propios de funcionarios y la antigua discrepancia entre el tratamiento de los propios y de los impropios.⁸⁰ Sin embargo, la cualidad de funcionario constituye, en contra de lo que afirma la doctrina dominante, tanto en los delitos propios de funcionarios como en los impropios, un aspecto que afecta a la lesión del bien jurídico. Así, por ejemplo, cuando un “*extraneus*” ayuda a un funcionario a cometer prevaricación, el “*extraneus*” también está lesionando el bien jurídico. El sujeto no cualificado solo puede contribuir a la lesión del bien jurídico mediante una conducta de participación en el hecho cometido por el sujeto cualificado. El “*extraneus*” toma parte en todo lo que da lugar a la lesión del bien jurídico. También en los delitos impropios de funcionario, como, por ejemplo, la lesión corporal cometida por funcionario público, el partícipe “*extraneus*”

⁷⁹ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 559.

⁸⁰ GRÜNWALD deduce este extremo de la fundamentación del § 33 del Proyecto de 1962, p. 152: *vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 561, nota 33.

toma parte de todos los aspectos de la lesión del bien jurídico; no solo, por tanto, en la lesión corporal, sino también en la opresión (“*Bedrückung*”) del ciudadano por medio del abuso del poder del Estado y en el menoscabo de la confianza en la prestación de la función pública.⁸¹ Así las cosas, aunque todo parece indicar que la cualidad de funcionario de los delitos especiales de funcionario constituye un elemento referido al hecho, tampoco existen dudas en la doctrina de que la expresión “elemento personal especial” del § 28 StGB siempre ha tenido a aquella cualidad como punto de referencia.⁸²

Señala GRÜNWALD que una parte de la doctrina ha intentado salvar esta contradicción afirmando que se trata de un elemento referido al autor, debido a que en los delitos de función pública la vulneración personal del deber fundamenta o agrava el injusto. Sin embargo, en opinión de GRÜNWALD, esta argumentación solo sería concluyente si se pudiera fundamentar de algún modo que la vulneración del deber de funcionario fundamenta o agrava el injusto únicamente del comportamiento del obligado mismo, pero no de los partícipes no funcionario, que no vulneran aquel deber.⁸³ Sin embargo, esta separación entre la lesión del bien jurídico y la vulneración del deber de funcionario en los delitos de funcionario resulta, para GRÜNWALD, completamente artificiosa, ya que en esta clase de delitos, los dos aspectos mencionados son, en su opinión, completamente indisociables.⁸⁴ Es cierto que el “*extraneus*” no lesiona personalmente el deber de funcionario, sino que se limita a contribuir a su vulneración. Pero también lo es —recuerda GRÜNWALD— que tampoco

⁸¹ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 561, nota 34.

⁸² *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 561.

⁸³ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 561.

⁸⁴ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 561, nota 36.

lesiona el bien jurídico, sino que ayuda a que el “*intraneus*” lo haga, y de ello no se desprende, sin más, que el contenido de injusto de la conducta del partícipe sea distinto al de la conducta realizada por el autor.⁸⁵

Según GRÜNWALD, la idea de que el contenido de injusto del hecho cometido por el funcionario es mayor que el que corresponde a la conducta del “*extraneus*” gracias a la concurrencia en el primero de un elemento adicional altamente personal solo puede ser defendida coherentemente si se parte de la premisa de que los delitos de funcionario constituyen una muestra de Derecho penal especial para un determinado grupo de personas. Esto es, un “Derecho penal de clase” (“*Standesstrafrecht*”). Sin embargo, GRÜNWALD recuerda que esta concepción del Derecho penal se encuentra ya totalmente superada.⁸⁶ También se ha afirmado —prosigue GRÜNWALD— que, puesto que en términos de peligro de posibles vulneraciones del deber de funcionario o lesiones del bien jurídico futuras, el “*intraneus*” funcionario es más peligroso que el “*extraneus*”, ya que el primero puede actuar autónomamente mientras que el segundo solo puede hacerlo por medio de un funcionario, existe una mayor necesidad de pena con respecto al sujeto cualificado que en relación con el “*extraneus*”. Frente a este argumento, GRÜNWALD opone que la evitación del peligro específico que representa la posible intervención del “*intraneus*” no es misión del Derecho penal, sino del derecho disciplinario (“*Disziplinarrecht*”).⁸⁷

⁸⁵ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, pp. 561 s.

⁸⁶ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 562, nota 38.

⁸⁷ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 562.

A juicio de GRÜNWALD, el hecho de que el reconocimiento de la cualidad de funcionario no esté en consonancia con la definición de los “elementos personales especiales” del § 28 StGB como elementos que no afectan a la lesión del bien jurídico no constituye razón suficiente para abandonar esta definición, o para negarle toda relevancia. Del mismo modo, tampoco sería adecuado, desde el punto de vista del autor cuya tesis ahora se expone, excluir la cualidad de funcionario del ámbito de aplicación del § 28 StGB, puesto que, como el propio GRÜNWALD pone de manifiesto, dicha cualidad constituyó el principal punto de referencia del legislador alemán cuando incorporó el concepto de los “elementos personales especiales” al StGB.

Según GRÜNWALD, en todos los casos de delitos especiales en que los elementos que limitan la autoría la vinculan a la vulneración de un deber, esto es, por ejemplo, en los delitos de vulneración de secretos profesionales (§ 203 StGB), los delitos de declaración (§§ 153 ss. StGB) o el delito de administración desleal (§ 266 StGB), el elemento de autoría no solo debe ser imputado al sujeto en quien concurra personalmente, sino a todo interviniente que lo conozca. Ello se debe a que, en todos estos casos, el elemento en cuestión afecta a la lesión del bien jurídico. Por ello, GRÜNWALD cree que no es correcto calificar como elementos “especiales” del § 28 StGB cualidades personales como la de médico, abogado, testigo, perito o sujeto obligado a cuidar del patrimonio, ya que dichas cualidades son merecedoras de ser tratadas accesoriamente sin restricciones.⁸⁸

⁸⁸ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 563.

En el caso de la cualidad de funcionario público, GRÜNWALD hace una excepción, y le reconoce la condición de elemento personal del § 28 StGB, sometiéndola, por ello, al tratamiento no accesorio previsto en este precepto. Sin embargo, GRÜNWALD aclara que este tratamiento excepcional de la cualificación de funcionario público no obedece a que lo considere el tratamiento correcto para esta clase de elementos. Al contrario, GRÜNWALD cree que la cualidad de funcionario de los delitos especiales no *debería* ser tratada como uno de los elementos personales especiales no accesorios del § 28 StGB, sino que debería ser merecedora del mismo tratamiento accesorio que los restantes elementos de deber de los delitos especiales. Sin embargo, GRÜNWALD afirma esto “*de lege ferenda*”, porque, “*de lege lata*”, no le queda otro remedio que aceptar, por los argumentos históricos mencionados *supra*, que la cualidad de funcionario es uno de los elementos personales especiales del el § 28 StGB. GRÜNWALD califica el tratamiento excepcional que reconoce “*de lege lata*” a la cualidad de funcionario público como “especialidad históricamente condicionada” (“*historisch bedingte Besonderheit*”).⁸⁹

Señala GRÜNWALD que si se excluye del ámbito de aplicación del § 28 StGB los elementos personales constitutivos de la lesión del bien jurídico, a excepción de la cualidad de funcionario de los delitos de funcionario, así como los elementos “valorativamente neutrales”, el contenido que le queda a dicho precepto viene integrado por los elementos que afectan a la culpabilidad o se basan en ponderaciones de carácter preventivo-especial.⁹⁰ En relación con los elementos personales que agravan o atenúan la pena, la regulación del § 28.2 StGB es correcta,

⁸⁹ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 563.

⁹⁰ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 566.

porque al “*extraneus*” no puede serle aplicada la agravación o atenuación de la pena representada por el elemento personal que solo concurre en el autor. Sin embargo, mucho más criticable le parece a GRÜNWALD la regla prevista en el § 28.1 StGB para los elementos personales especiales que fundamentan la pena, según la cual también el “*extraneus*” debe ser castigado por su participación en el delito, a pesar de que no presenta el referido elemento personal que fundamenta la pena. En opinión de GRÜNWALD, sería preferible una regla de cuya conformidad la conducta del partícipe “*extraneus*” quedase impune.⁹¹

En conclusión: GRÜNWALD cree que las regulaciones contenidas en el § 28 StGB no pueden ser satisfactorias para ninguna de las categorías de elementos personales por él comprendidas. En opinión de GRÜNWALD para ningún elemento imputable al injusto está objetivamente justificado un relajamiento (§ 28.1 StGB) o una ruptura (§ 28.2 StGB) de la accesoriedad de la participación. Pese a ello, la ley obliga a tratar de conformidad con el § 28 StGB, de entre todos estos elementos, al menos la cualidad de funcionario. De acuerdo con la concepción defendida por GRÜNWALD, esta cualidad constituye el único “elemento personal especial” de esta clase, mientras que para la doctrina dominante, ello también sucede con respecto a las restantes posiciones de deber y, en parte, en relación a algunos otros elementos del injusto. Mientras que, por lo general, la atenuación de la pena en los supuestos de ausencia de la cualidad funcionario y de los restantes elementos contemplados comprendidos por el § 28 StGB de acuerdo con el § 28.1 StGB no encuentra críticas en la doctrina, GRÜNWALD advierte que la ruptura de

⁹¹ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 567 y nota 60.

la accesoriad operada por el § 28.2 StGB no suele ser contemplada con tan buenos ojos.⁹²

“*De lege ferenda*”, GRÜNWALD considera que por medio de una modificación legal podrían ser fácilmente corregidas las deficiencias que presenta el § 28 StGB. Según GRÜNWALD, la regulación legal del tratamiento de los elementos personales especiales deberá disponer tres consecuencias: a) que el partícipe en el que falten especiales elementos personales que fundamenten la pena no sea castigado; b) que los especiales elementos personales que agraven, atenúen o excluyan la pena tan solo puedan ser imputados al partícipe en el que concurran (equivalente a la actual redacción del § 28.2 StGB); y c) que los elementos que afectan a la lesión del bien jurídico no sean especiales elementos personales.⁹³

Señala GRÜNWALD que esta propuesta coincide notablemente con la regulación incluida en el § 14 del StGB austríaco, con las diferencias que se desprenden de la utilización del concepto unitario de autor el Derecho austríaco. En este precepto se dispone que las especiales cualidades o relaciones personales de las que dependa la punibilidad o la gravedad de la pena deben ser imputadas a todos los intervinientes cuando afecten al injusto del hecho, mientras que, por el contrario, cuando afecten exclusivamente a la culpabilidad tan solo se imputarán a aquél en quien concurran.

Quien, en contra de la tesis defendida por GRÜNWALD, contemple la disminución de la pena en los delitos propios de funcionario como un valor a mantener y pretenda tratar de modo correspondiente a los impropios, también podría calificar la cualidad de funcionario como elemento personal especial. En tal caso, debería disponerse, según GRÜNWALD, un precepto especial con el siguiente contenido: el

⁹² *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 570.

⁹³ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 571, nota 70.

interviniente que no presente este elemento será castigado por el delito de funcionario, pero con una pena inferior.⁹⁴

4.1.2. *La tesis de JÄHRIG*

Alguno de los autores citados *supra* fundamentan el carácter no personal y, por tanto, accesorio de los elementos descriptivos de aspectos relativos a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en el propio fundamento material de la pena de la participación en el delito. Según esta tesis, el actual § 28.2 StGB 1969 (o su antecedente inmediato, el antiguo § 50.2 StGB) no establece una excepción al principio de accesoriedad de la participación, sino que, al contrario, tendría por objeto, precisamente, la elaboración de un criterio de acuerdo con el cual la regulación legal de la participación no conduzca a una responsabilidad más extensa o reducida que la que impone el propio fundamento de la pena de la participación. El objetivo del referido precepto no sería otro, así, que lograr la armonización del principio formal de accesoriedad con el fundamento material del castigo de la participación. Según esta línea de pensamiento, el ámbito de aplicación del § 28.2 StGB quedaría reducido, así, a aquellos elementos del delito que quedan fuera del fundamento de la pena de la participación de la pena. Puesto que en Alemania la accesoriedad limitada de la participación, esto es, aquella variante del principio de accesoriedad de la participación en cuya virtud el partícipe no puede responder sin un hecho principal típico y antijurídico, es derecho positivo, los elementos personales del § 28 StGB no podrán pertenecer al injusto típico, ya que, si así fuera, dichos elementos

⁹⁴ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 571.

también deberían hacerse extensivos al partícipe. Este fue el planteamiento fue defendido por Wolf Axel JÄHRIG en su tesis doctoral.⁹⁵

Según JÄHRIG, la teoría que explica correctamente el fundamento material de la pena de la participación delictiva es la “teoría de la causación” (“*Verursachungstheorie*”), dominante en Alemania. De acuerdo con esta teoría, el fundamento del castigo de la participación reside en la “co-causación” (“*Mitverursachung*”) del delito, en la “la causación culpable de la lesión de un bien jurídico mediante la provocación o la promoción de acción ajena amenazada con pena”.⁹⁶ Partiendo de esta idea, JÄHRIG considera que al partícipe se le debe imputar completamente la parte del delito que describe el menoscabo del bien jurídico. Según este autor, los restantes elementos del delito deben quedar fuera, por tanto, del fundamento del castigo de la participación. La parte de la reacción penal que se base en estos elementos no podrá afectar, por tanto, al partícipe en la medida en que no los cumpla en su propia persona. Esto es, en la medida en que no constituyan, además, elementos “personales” en el sentido del § 28. 2 StGB.⁹⁷

4.2. *Valoración crítica*

Históricamente, el criterio doctrinal que opone los elementos personales especiales o referidos al autor a los elementos que afectan al bien jurídico protegido o, más concretamente, a su lesión, debe ser contemplado como un criterio continuador de aquél que distinguía entre los

⁹⁵ Vid. JÄHRIG, *Die persönlichen Umstände des § 50 StGB*, Colonia 1974.

⁹⁶ Vid. JÄHRIG, *Die persönlichen Umstände ...*, cit., pp. 27 ss.

⁹⁷ Vid. JÄHRIG, *Die persönlichen Umstände ...*, cit., pp. 37 ss.

elementos relativos al hecho y los elementos relativos al autor. La razón principal de la evolución del primer criterio hacia el segundo reside en las críticas que aquél recibió como consecuencia de su escasa precisión y claridad.

Frente al criterio de los elementos del hecho, el criterio de los elementos de la lesión del bien jurídico se presenta, sin duda, como un criterio más concreto, así como más vinculado a dos de las ideas fundamentales de la moderna teoría del delito: la concepción del injusto como lesión o puesta en peligro del bien jurídico sin la concurrencia de una causa de justificación y la accesoriad limitada de la participación.

En efecto, en los ordenamientos jurídico-penales en que la antijuricidad del delito sea entendida, esencialmente, como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sin la concurrencia de una causa de justificación, y la versión del principio de accesoriad que deba decidir sobre la punibilidad de la participación sea la correspondiente a la accesoriad limitada, el criterio que ahora se analiza parece presentarse como el más correcto para resolver la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los elementos que limitan la autoría. Así lo apuntó, entre otros, GRÜNWALD. Señala este autor que si lo esencial de la participación es la intervención en la lesión del bien jurídico producida por otro, entonces todo lo que constituya la lesión del bien jurídico también es relevante para el contenido de injusto de la conducta del partícipe.⁹⁸

Concebido de este modo, el criterio que ahora se expone vendría a representar la contraposición de elementos de la antijuricidad (los que

⁹⁸ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 559.

afectan a la lesión del bien jurídico) y elementos de la culpabilidad (los que afectan exclusivamente al autor del delito). Sin embargo, es evidente que un criterio según el cual el § 28.2 StGB solo resulte aplicable en relación con aquellos elementos que afecten a la culpabilidad está condenado al fracaso. Porque, una de dos: o convertiría el § 29 StGB (“*cada interviniente será castigado de acuerdo con su culpabilidad sin tener en cuenta la culpabilidad de los demás*”), aplicable literalmente a los elementos que afectan a la culpabilidad, en un precepto completamente superfluo; o vaciaría completamente de contenido el § 28.2 StGB. En suma: transformaría los §§ 28.2 y 29 StGB en dos preceptos con idéntico ámbito de aplicación.

El criterio que ahora se analiza puede ser sometido a una segunda crítica. Existen algunos elementos relativos a la lesión del bien jurídico, como la condición de funcionario de los autores de los delitos impropios de funcionario, que vienen siendo calificados por la doctrina absolutamente dominante, incluidos los representantes del criterio de los elementos relativos a la lesión del bien jurídico, como “elementos personales especiales” no comunicables del § 28 StGB. Como dice SCHÜNEMANN, el elemento “funcionario público” en los delitos impropios de funcionario no es un elemento personal, sino que se trata de un elemento relativo al bien jurídico protegido en un doble sentido. En primer lugar, en los delitos impropios de funcionario, el funcionario ocupa una posición especial en relación con el bien jurídico “común” (por ejemplo, la salud individual del preso en el delito del § 340 StGB), ya que éste se halla especialmente amenazado por aquél, habida cuenta de la especial facilidad de ejecución que al funcionario le permite la posición privilegiada que ocupa.⁹⁹ En

⁹⁹ Vid. SCHÜNEMANN, Jura 1980 (1), p. 362.

segundo lugar, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico “especial”, esto es, el correcto funcionamiento de la Administración, solo puede ser producida como autor por el funcionario público.¹⁰⁰

Una reciente muestra de este planteamiento lo constituye la construcción que se encuentra en uno de los últimos trabajos de MIR PUIG. En un artículo destinado a analizar el sentido de los distintos juicios de valor presentes en cada uno de los momentos del delito, este autor defiende un concepto de antijuricidad penal para el que carecen de relevancia, a los efectos de dicho concepto, “las condiciones de acceso a la norma que no condicionan previamente la imputación objetiva y subjetiva de la lesión del bien jurídico”.¹⁰¹ En cambio, para MIR “sí son evidentemente relevantes para la relación con lo injusto del hecho, porque influyen en el ataque al bien jurídico, las características que requieren en el autor los delitos especiales. El ejemplo paradigmático de los delitos de funcionarios pone de manifiesto que en ellos la lesión del bien jurídico requiere la condición de funcionario. El criterio que ofrece la relación con el bien jurídico permite, en definitiva, identificar qué es lo antijurídico del hecho concreto y, abstrayendo de él lo demás, conseguir la delimitación del hecho antijurídico y abstracto”.¹⁰²

La crítica del criterio de los elementos relativos a la lesión del bien jurídico a partir del elemento “funcionario” de los delitos de funcionario nos permite enlazar con el análisis de la concepción de uno de los

¹⁰⁰ *Vid.* SCHÜNEMANN, *Jura* 1980 (1), p. 362 y nota 58.

¹⁰¹ *Vid.* MIR PUIG, “Valoraciones, normas y antijuricidad material”, Texto ciclostilado presentado como contribución al *LH-Cerezo Mir*, p. 21.

¹⁰² *Vid.* MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, p. 21.

representantes del criterio que ahora nos ocupa en que mayor importancia argumental tuvo aquel elemento. Me estoy refiriendo a Gerald GRÜNWALD.

Desde mi punto de vista, existen muchos aspectos de la concepción de GRÜNWALD que la convierten en una construcción ampliamente atendible. A GRÜNWALD debe reconocérsele el mérito, en primer lugar, de admitir claramente, en contra de lo afirmado por la doctrina dominante, que todos los elementos de deber jurídico especial que limitan el círculo de autores de los delitos especiales consisten en elementos que afectan a la lesión del bien jurídico, y no, por tanto, en elementos personales especiales. Así, por ejemplo, son para GRÜNWALD elementos que afectan a la lesión del bien jurídico protegido en el sentido que acaba de ser aludido el elemento “funcionario” en los delitos de funcionario, el “médico” o el “abogado” del delito de vulneración de secretos profesionales (§ 203 StGB), el “testigo” o el “perito” en los delitos de declaración (§§ 153 ss. StGB) o el “obligado a cuidar el patrimonio” en el delito de administración desleal (§ 266 StGB). Se trata, según GRÜNWALD, de elementos comunicables accesoriamente a todos los intervinientes en el hecho. En mi opinión, GRÜNWALD tiene razón, porque, como también afirmó Armin KAUFMANN en la segunda formulación de su concepción —que será objeto de exposición y valoración crítica *infra*— en estos delitos la separación entre el elemento limitador de la autoría y la conducta típica resulta completamente artificiosa. Es cierto que tanto el funcionario como el abogado, el médico o el administrador infringen sus respectivos deberes disciplinarios o deontológicos. Sin embargo, si ello no tuviera como consecuencia la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, lo cierto es que dichas vulneraciones solo podrían ser

sancionadas de acuerdo con los correspondientes Códigos disciplinarios o deontológicos.¹⁰³

Por todo lo anterior, considero acertada la propuesta “*de lege ferenda*” sugerida por GRÜNWALD. Según esta propuesta, el concepto “elemento personal especial” debería quedar reservado para aquellos elementos típicos no comunicables a todos los intervinientes en el hecho, sino solo a aquéllos en quienes dichos elementos concurren personalmente, y debería declararse expresamente —al estilo de lo que sucede en el § 14 del ÖStGB— que los elementos que afectan a la lesión del bien jurídico no son elementos personales especiales.¹⁰⁴

Menos afortunadas son, a mi entender, las consideraciones que GRÜNWALD realiza “*de lege lata*”. Según GRÜNWALD, recuérdese, puesto que una interpretación histórica y teleológico-subjetiva pone de manifiesto que fue voluntad del legislador someter el elemento “funcionario” en los delitos impropios de funcionario público al tratamiento personal, no accesorio del § 28.2 StGB, aunque ello es incorrecto, no queda otro remedio que interpretar dicho precepto de este modo, considerando al elemento “funcionario” en estos delitos, por tanto, un “elemento personal especial”. Sin embargo, puesto que el legislador penal pensó en el elemento “funcionario”, y no en el resto de elementos de deber especial de los delitos especiales, GRÜNWALD considera que el tratamiento no accesorio de la cualidad de funcionario no puede hacerse extensivo al resto de elementos de deber que afectan a la lesión del bien jurídico, ya que aquel tratamiento no accesorio del elemento “funcionario”

¹⁰³ En términos similares se expresa HERZBERG, GA 1991, p. 166.

¹⁰⁴ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 571, nota 70.

constituye una “especialidad históricamente condicionada” (“*historisch bedingte Besonderheit*”).¹⁰⁵

Según GRÜNWALD, si se excluye del ámbito de aplicación del § 28 StGB los elementos personales constitutivos de la lesión del bien jurídico, a excepción de la cualidad de funcionario de los delitos de funcionario, así como los elementos “valorativamente neutrales”, el contenido que le queda a dicho precepto viene integrado por los elementos que afectan a la culpabilidad o se basan en ponderaciones de carácter preventivo-especial.¹⁰⁶ En relación con los elementos personales que agravan o atenúan la pena, la regulación del § 28.2 StGB es correcta, porque al “*extraneus*” no puede serle aplicada la agravación o atenuación de la pena representada por el elemento personal que solo concurre en el autor. Sin embargo, mucho más criticable le parece a GRÜNWALD la regla prevista en el § 28.1 StGB para los elementos personales especiales que fundamentan la pena, según la cual también el “*extraneus*” debe ser castigado por su participación en el delito, a pesar de que no presentar el referido elemento personal que fundamenta la pena. En opinión de GRÜNWALD, sería preferible una regla de cuya conformidad la conducta del partícipe “*extraneus*” quedase impune.¹⁰⁷

En mi opinión, la interpretación “históricamente condicionada” que GRÜNWALD hace del § 28.2 StGB no es correcta. Carece de lógica, según mi parecer, afirmar que la voluntad del legislador fue tomar un elemento de deber jurídico especial que afecta a la lesión del bien jurídico,

¹⁰⁵ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 563.

¹⁰⁶ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 566.

¹⁰⁷ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 567 y nota 60.

el elemento “funcionario” de los delitos impropios de funcionario, como punto de referencia para la regulación de los elementos personales especiales del § 28.2 StGB, y, seguidamente, excluir del ámbito de aplicación de este precepto otros elementos completamente análogos a dicho elemento, como, por ejemplo, el elemento “médico” o “abogado” del delito de revelación de secreto profesional, o el elemento “testigo o perito” de los delitos de declaración. Como dice ROXIN, si el legislador tomó el elemento “funcionario” como un modelo, un paradigma de “elemento personal especial”, este elemento debe sentar un criterio rector para los restantes elementos análogos, no siendo razonable, por ello, interpretar el § 28.2 StGB desmembrando estos últimos elementos del primero.¹⁰⁸ Con ello, GRÜNWALD somete a un tratamiento injustificadamente diferenciado elementos que, en términos de afectación de la lesión del bien jurídico (que constituye, recuérdese, el criterio defendido por GRÜNWALD), son completamente análogos entre sí, contradiciendo a buen seguro, además, la voluntad “histórica” del legislador.¹⁰⁹

Por último, como señala ROXIN, la solución de GRÜNWALD conduce a la siguiente consecuencia: al margen de la excepción de los delitos de función pública, los elementos del injusto del autor quedan completamente fuera del § 28 StGB, ya que todo elemento del injusto constituye una aportación a la determinación del bien jurídico. Puesto que los elementos de la culpabilidad también podrían ser tratados como no accesorios por razón del § 29 StGB, la concepción de GRÜNWALD prácticamente restringe el ámbito de aplicación del § 28.2 StGB, por tanto, al elemento “funcionario” de los delitos de funcionario. Sin embargo, si

¹⁰⁸ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/32, nota 61.

¹⁰⁹ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 166.

ello fuera realmente así, lo lógico sería que el legislador lo hubiera dicho expresamente, cosa que, como recuerda ROXIN, no sucede.¹¹⁰

5. Elementos personales “referidos a valores” (“wertbezogene Merkmale”) y elementos personales “valorativamente neutrales” (“wertneutrale Merkmale”). Primera y segunda formulación de la concepción de HERZBERG

5.1. Exposición

5.1.1. Primera formulación de la concepción de HERZBERG: elementos personales “referidos a valores” versus elementos personales “valorativamente neutrales”

En la primera formulación de su concepción sobre los “elementos personales especiales” del § 28 StGB, HERZBERG toma como punto de partida la idea de que la referencia del legislador penal en dicho precepto a aquellos elementos hace presuponer que no todos los elementos “personales” son “especiales”. Según HERZBERG, se trata, por tanto, no solo de conocer cuáles son los elementos “personales” del § 28 StGB, sino cuáles de ellos deben ser considerados “especiales” a los efectos del mencionado precepto. En opinión de HERZBERG, para la determinación de los “elementos personales especiales” no basta, en suma, con descartar los elementos “materiales”, “objetivos” o “no personales”, sino que es necesario seleccionar, de entre los personales, a los realmente “especiales” en el sentido en que este adjetivo es empleado por el legislador en el § 28 StGB. Esto es, como elementos no comunicables accesoriamente al

¹¹⁰ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/32.

partícipe “*extraneus*”. HERZBERG es del parecer de que uno de los ejemplos de elemento “personal” que no puede ser calificado, en cambio, como “especial”, esto es, como “no accesorio”, es el elemento “hombre” (“*Mann*”) del delito de exhibicionismo (§ 183.1 StGB). Para HERZBERG, no cabe duda de que este elemento consiste en un elemento personal del delito, ya que se refiere a su autor. Sin embargo, el elemento en cuestión no es, en cambio, un elemento personal “especial”, esto es, un elemento “no accesorio”, porque no sería justo que la mujer que participa (por ejemplo induciendo) en una acción de exhibicionismo masculino recibiera una pena inferior a la del hombre por el simple hecho de ser de sexo femenino. Si el legislador ha “seleccionado” al hombre como único autor típico posible del delito de exhibicionismo no es porque valore la conducta del hombre como un comportamiento más grave, más merecedor de pena que el comportamiento de la mujer. Pese a que esta fue la justificación oficial,¹¹¹ la razón que impulsó al legislador a referirse en el § 183.1 StGB solo al “hombre” no debía verse, en opinión de HERZBERG, en que la estadística criminal pusiera de manifiesto que el número de casos de exhibicionismo masculino era muy superior al de supuestos de exhibicionismo femenino. El fundamento de la referencia al “hombre” en el § 183.1 StGB tampoco consistía, a juicio de HERZBERG, en que la conducta exhibicionista fuera más grave cuando la realizaba un hombre que cuando la llevaba a cabo la mujer. Para HERZBERG, el § 183.1 StGB no contenía valoración alguna. La explicación de la referencia del § 183.1 StGB al “hombre” que dio HERZBERG fue la siguiente: en ocasiones, el legislador parte, de forma más o menos consciente, de imágenes o prototipos prejurídicos vivos en la conciencia social. Una de estas imágenes es el exhibicionismo de un hombre ante otra persona. A juicio de HERZBERG, el elemento “hombre”

¹¹¹ *Vid.* HERZBERG, “Die Problematik der «besonderen persönlichen merkmale» im Strafrecht”, ZStW 1976 (88), p. 82.

del delito de exhibicionismo no constituye el único ejemplo de elemento restrictivo del círculo de autores exento de toda valoración presente en el StGB.¹¹²

Otros ejemplos de esta técnica legislativa son, para HERZBERG, el “deudor en proceso de ejecución forzosa” del delito de alzamiento de bienes (§ 288 StGB), el “conductor que interviene en un accidente” del delito de alejamiento no permitido del lugar del accidente (§ 143 StGB) y, por último, el “depositario” del delito de apropiación indebida (§ 246 StGB).¹¹³ De acuerdo con la redacción típica de estos tres delitos, ni la conducta del amigo del deudor que, en ausencia de éste, se queda con su valiosa colección de sellos en perjuicio de los acreedores de aquél, ni la del copiloto que aparta a su mujer del volante y huye del lugar del accidente ocasionado por aquélla, ni, por último, la del sujeto que vende a un tercero de buena fe una cosa ajena no objeto de depósito realiza los respectivos tipos de los delitos de alzamiento de bienes, alejamiento no permitido del lugar del accidente y apropiación indebida.¹¹⁴

Según HERZBERG, la restricción del círculo de autores operada por el legislador en los §§ 183, 288, 142 y 246 StGB carece de todo fundamento. En términos de contenido de injusto o merecimiento de pena, estas restricciones del círculo de autores se encontraban ausentes de toda razón de ser. Las conductas de los autores típicos carecen de un mayor contenido de injusto o de un mayor merecimiento de pena que las conductas de otros sujetos no típicos (así, por ejemplos, los casos ya

¹¹² *Vid.* HERZBERG, “Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme”, (3), JuS 1975, pp. 647 ss.; el mismo, ZStW 1976 (88), pp. 82 s.

¹¹³ *Vid.* HERZBERG, ZStW 1976 (88), pp. 83 s.

mencionados del amigo del deudor, el copiloto o el tercero no depositario en la apropiación indebida). No obstante ello, lo cierto es, sin embargo, que solo las conductas de los primeros son típicas. Dada la prohibición de analogía “*in malam partem*” en Derecho penal, las conductas de los autores no cualificados referidos no pueden ser castigadas. HERZBERG considera que esta consecuencia constituye una inaceptable laguna de punibilidad. Las restricciones del círculo de autores previstas en los §§ 183, 288, 142 y 246 StGB no atenderían a un incremento del injusto de la conducta de los autores típicos frente a la de otros sujetos, sino a la representación por parte del legislador de imágenes sociales prejurídicas del tipo “quien se alza con los bienes en perjuicio del acreedor normalmente es el deudor”, “quien se encuentra en el lugar del accidente y huye de él es normalmente quien lo ha causado” o, en tercer lugar, “quien distrae bienes ajenos es normalmente quien los custodia”.¹¹⁵

El razonamiento de HERZBERG descansaba sobre la base de la idea de que los elementos personales del tipo que restringen el círculo de autores de un delito pueden ser de dos clases: elementos personales del tipo “*valorativamente neutrales*” o elementos personales del tipo “*referidos a valores*” o “*con relevancia valorativa*”. Pertenecen a la primera categoría todos aquellos elementos que sirven para dejar fuera de consideración lesiones del bien jurídico atípicas, sin que las típicamente seleccionadas expresen un desvalor especial o un merecimiento de pena incrementado. Los elementos personales del tipo valorativamente neutrales no son, para HERZBERG, elementos personales “especiales”, y nunca pueden acogerse al régimen no accesorio del § 28 StGB. Deben ser tratados accesoriamente,

¹¹⁴ *Vid.* HERZBERG, ZStW 1976 (88), pp. 83 s.

¹¹⁵ *Vid.* HERZBERG, ZStW 1976 (88), p. 84.

por el contrario, los elementos personales del tipo referidos a valores o con relevancia valorativa tienen, por el contrario, la “especialidad” de lo no accesorio.¹¹⁶

Según HERZBERG, en el supuesto del delito del § 288 StGB son imaginables dos variantes. La primera consiste en que el tercero no deudor (por ejemplo, un amigo de éste) distrae los bienes de este último en su ausencia. En la segunda variante, el tercero induce al deudor a distraer los bienes en perjuicio de los acreedores del segundo, cosa que acaba haciendo. En opinión de HERZBERG, en la primera variante, el amigo, puesto que no es “deudor”, no puede ser autor, y debe quedar impune. En la segunda variante, no existe inconveniente para castigar al amigo como inductor a un delito de alzamiento de bienes. Sin embargo, desde el punto de vista de HERZBERG, no existe ningún motivo para que la pena del inductor “*extraneus*” sea inferior a la del autor. Es más: en opinión de HERZBERG, una tal disminución de la pena sería contraria a un Derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad por el hecho, ya que todas las disminuciones de la pena previstas por el StGB deben obedecer, o bien a una disminución del injusto del hecho, o bien a una disminución de la culpabilidad; esto es, a un menor merecimiento de pena.¹¹⁷

La hipótesis de que la referencia valorativa de un elemento personal fundamenta su “especialidad” (§ 28 StGB) y su naturaleza no accesorio defendida por HERZBERG se apoya en dos argumentos: a) Todas las “propiedades” y “relaciones” que cualifican al autor fundamentadoras, modificativas o excluyentes de la pena cuyo tratamiento no accesorio no se discute en la doctrina, tienen como común denominador su referencia a valores; y b) entre las “circunstancias” personales, son “especiales” solo son “especiales” los motivos y las actitudes internas del autor.

¹¹⁶ Vid. HERZBERG, ZStW 1976 (88), pp. 84 s.; el mismo, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 126; el mismo, JuS 1983, p. 739.

¹¹⁷ Vid. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 127.

a) *Todas las “propiedades” y “relaciones” que cualifican al autor fundamentadoras, modificativas o excluyentes de la pena cuyo tratamiento no accesorio no se discute en la doctrina, tienen como común denominador su referencia a valores*

Todas las “propiedades” y “relaciones” que cualifican al autor fundamentadoras, modificativas o excluyentes de la pena cuyo tratamiento no accesorio no se discute en la doctrina, tienen como común denominador su referencia a valores. La mayor parte de estos elementos se refieren a los valores de la protección de bienes jurídicos y de la justicia. Se trata de elementos que sirven a la graduación del injusto y de la culpabilidad y, con ello, a la persecución del castigo político-criminalmente justo y orientado a fines. En opinión de HERZBERG, son elementos personales de esta clase, por ejemplo, los llamados “elementos de deber especial” (“*Sonderpflichtmerkmale*”), que se encuentran en delitos como el de administración desleal, apropiación indebida, vulneración de secretos privados, uso indebido de cosas pignoradas, o en los delitos impropios de funcionarios. En todos estos delitos, el sujeto cualificado tiene una responsabilidad social incrementada con respecto al bien jurídico afectado. Ello hace que la lesión del bien jurídico por parte del sujeto cualificado se presente como especialmente relevante, y que el hecho de que solo él resulte castigado, o de que lo sea con una pena más grave, se presenta como justo. Para los sujetos sin culpabilidad o con culpabilidad reducida, debe renunciarse a la imposición de una pena, o bien imponerse una pena menos grave. Ello sucede, por ejemplo, con los elementos personales no accesorios “niño”, “trastorno mental”, “mujer extramatrimonial” o “familiar”. Pero no todos los elementos personales referidos a valores se encuentran referidos a valores jurídicos. Existen elementos personales referidos a valores a los que la ley les da relevancia no por virtud de la

justicia, sino desde el punto de vista de los valores sociales o políticos, al margen, por tanto, de lo genuinamente jurídico. Ejemplos de esta clase de elementos es la condición de parlamentario en los delitos que caen en el ámbito de la indemnidad (por ejemplo, los relativos a la libertad de expresión en el parlamento), o la relación de parentesco en el hurto doméstico y familiar, donde el privilegio sirve al mantenimiento de la paz familiar.¹¹⁸

b) *Entre las “circunstancias” personales, solo son “especiales” los motivos y las actitudes internas del autor*

Por lo que respecta a las “circunstancias” personales, son “especiales”, en opinión de HERZBERG, los motivos y actitudes internas del autor. Entre ellos se cuentan el ánimo de lucro, el ensañamiento y los móviles bajos. Estos elementos afectan a la culpabilidad, y no son accesorios. Son elementos valorativamente neutros comunicables accesoriamente al partícipe que no los presenta, por el contrario, los llamados “elementos subjetivos del injusto”. HERZBERG considera elementos subjetivos del injusto elementos tales como el ánimo de enriquecimiento del delito de estafa, el de engañar en el tráfico jurídico de los delitos de falsedades, o el ánimo de defraudar el crédito del acreedor propio del delito de alzamiento de bienes.¹¹⁹ Por lo que respecta al dolo, también se trata de un elemento no accesorio en todas sus modalidades. Pese a ello, HERZBERG cree que es incorrecto considerarlo un “elemento personal especial” del § 28 StGB. El tratamiento no accesorio del dolo no se desprende, en efecto, de este precepto, sino de las reglas que la

¹¹⁸ *Vid.* HERZBERG, ZStW 1976 (88), p. 88.

¹¹⁹ *Vid.* HERZBERG, “Der agent provocateur und die «besonderen persönlichen Merkmale» (§ 28 StGB)”, JuS 1983, p. 738.

dogmática ha desarrollado para resolver los supuestos de participación en la tentativa, que rechazan de un modo todavía más radical la accesoriedad.¹²⁰

Por último, en relación con elementos como la “profesionalidad”, la “habitualidad” o la “pertenencia a una banda”, que suelen aparecer como circunstancias de algunos delitos, HERZBERG los considera, dado que se basan en exigencias político-criminales, preventivo-especiales, y se justifican con puntos de vista relativos a la idea de culpabilidad, elementos referidos a valores y a fines, y, por tanto, no comunicables accesoriamente.¹²¹

5.1.2. *Segunda formulación de la tesis de HERZBERG: elementos personales “referidos a valores”, elementos personales “valorativamente neutrales” y elementos personales “parcialmente referidos a valores” (“partiell wertbezogene persönliche Merkmale”)*

En 1983, HERZBERG matiza el planteamiento que se encontraba en la primera formulación de su tesis sobre los elementos personales especiales e incorpora a la clasificación de los elementos personales “referidos a valores” y “valorativamente neutrales” una tercera clase de elementos personales: los “parcialmente referidos a valores”. Según HERZBERG, el legislador, con la finalidad de aprehender un supuesto con carga de (especial) desvalor, realiza, en ocasiones, una calificación del autor “*valorativamente neutral*”. Ello puede deberse a que al legislador le ha resultado muy complicado redactar el tipo de un modo completamente

¹²⁰ *Vid.* HERZBERG, ZStW 1976 (88), p. 101; el mismo, JuS 1983, p. 738.

¹²¹ *Vid.* HERZBERG, ZStW 1976 (88), p. 101.

correcto sin incurrir en una redacción excesivamente compleja.¹²² A juicio de HERZBERG, existen al menos dos tipos donde el elemento personal que sirve para restringir el círculo de autores goza de naturaleza “parcialmente referida a valores”: a) el elemento “hombre” del delito de exhibicionismo (§ 183 StGB); y b) el elemento “interviniente en el accidente” del delito de alejamiento no autorizado del lugar del accidente (§ 142 StGB).

a) *El “hombre” como exhibicionista (§ 183 StGB)*

En la primera aproximación de HERZBERG al problema de los elementos personales especiales, plasmada en un trabajo ya citado, HERZBERG catalogó el elemento “hombre” del delito de exhibicionismo, recuérdese, como “elemento valorativamente neutral”, sin ulteriores matizaciones. A esta consideración opuso ROXIN que la impunidad de la mujer exhibicionista que resulta del § 183 StGB se fundamenta en “que únicamente el exhibicionismo masculino puede aparecer como merecedor de pena a causa de sus repercusiones psicológico-sociales”. En 1983, HERZBERG admite que la consideración político-criminal de ROXIN debe ser atendida. No obstante, HERZBERG sigue siendo de la opinión de que la restricción del círculo de posibles autores del delito de exhibicionismo resulta, pese a todo, insatisfactoria. Porque también la conducta de una mujer puede presentar, en algunas ocasiones, el grado de desvalor que la conducta exhibicionista del hombre. Tal es el caso, por ejemplo, de la mujer que mueve con dominio del hecho a un enfermo mental a realizar un acto exhibicionista. La especificidad del elemento “masculino” (“*menschlich*”) no debería aparecer en la descripción de la

¹²² Vid. HERZBERG, JuS 1983, p. 741.

persona del autor, sino en la descripción de la acción fáctica. De este modo, puede decirse —prosigue HERZBERG— que la referencia a valores del elemento “hombre” se agota en la exclusión de las exhibiciones de un cuerpo femenino. Que las mujeres no puedan ser sujeto activo del delito de exhibicionismo de acuerdo con el tenor literal del § 183 StGB tan solo puede ser entendido, en opinión de HERZBERG, o bien como una consecuencia de la exclusión valorativamente neutral de supuestos atípicos; o bien como insatisfactorio efecto colateral de una formulación que se aproxima a la comprensión únicamente de actos de exhibicionismo masculino.¹²³

b) *El interviniente en el accidente (§ 142 StGB)*

En opinión de HERZBERG, parece evidente que la circunstancia de que los sujetos que se encontraban en el lugar del accidente permanezcan allí después del mismo es importante para la protección del bien jurídico. En esta medida, el elemento “interviniente en el accidente” constituye un elemento personal referido a valores. Sin embargo, desde el punto de vista de HERZBERG, este elemento personal es, a la vez, un elemento de naturaleza “valorativamente neutral”. Porque el hecho de que el alejamiento del lugar de accidente deba ser obra de quien interviene en el mismo no es algo que lo imponga el injusto material del hecho del alejamiento. Así, por ejemplo, en el caso del copiloto que, tras el accidente ocasionado por su mujer, la aparta del volante desatendiendo su protesta, y, acto seguido, huye del lugar de los hechos, el copiloto (que no ha intervenido en el accidente), actúa con el mismo contenido de injusto que si hubiese actuado como conductor interviniente en el hecho. Para poder

¹²³ *Vid.* HERZBERG, JuS 1983, p. 741.

comprender este supuesto en el tipo, el legislador debería haberlo redactado del modo siguiente: “quien aleje a un interviniente en el accidente después de un accidente (...) del lugar del accidente, antes de que (...)”. Desde un punto de vista lingüístico, esta redacción sonaría extraña, máxime si se tiene en cuenta que el tipo debe ser entendido como la descripción del caso más habitual (esto es, que el interviniente en el hecho se aleje a sí mismo del lugar del accidente). A juicio de HERZBERG, la voluntad de evitar una redacción de difícil comprensión puede haber motivado inconscientemente la delimitación tipificante del círculo de autores.¹²⁴

5.2. *Valoración crítica*

5.2.1. *Introducción*

La distinción entre elementos personales referidos a valores y elementos personales valorativamente neutrales propuesta por HERZBERG en la primera y segunda formulación de su teoría sobre los elementos personales especiales ha tenido el mérito de convertirse, sin lugar a dudas, en una de las concepciones sobre la materia que nos ocupa que en mayor medida ha captado la atención de quienes se han ocupado del tema, hasta convertirse en un punto de referencia prácticamente ineludible.¹²⁵ No obstante, lo cierto es que las dos primeras formulaciones de la concepción de HERZBERG apenas han encontrado apoyo en el seno de la doctrina alemana, siendo ampliamente rechazadas.¹²⁶ Dos han sido las principales críticas que se han formulado contra dichas formulaciones: a) inexistencia

¹²⁴ *Vid.* HERZBERG, JuS 1983, p. 741.

¹²⁵ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/45 y nota 82.

¹²⁶ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/45 y nota 82.

de elementos del tipo “valorativamente neutrales”; y b) utilización de una terminología confusa.

A mayor abundamiento, puede señalarse también que para HERZBERG no siempre que un elemento da lugar a la aparición de un nuevo tipo de delito debe afirmarse su condición de elemento fundamentador de la pena. Ello sucede, por ejemplo, con el elemento “situación de la madre soltera” del antiguo delito de infanticidio (§ 217 antiguo StGB). En efecto, aunque el referido elemento no se hubiera encontrado previsto en un tipo específico del StGB, la conducta de la madre que mata a su hijo recién nacido no habría dejado de ser delito, ya que habría podido ser castigada como homicidio o incluso asesinato. En suma: para HERZBERG, un elemento solo puede ser considerado “fundamentador de la pena” cuando, sin su existencia, el hecho no podría ser castigado con pena alguna (empleo del término “pena” en sentido abstracto). Resulta cuando menos dudoso, sin embargo, que el razonamiento de HERZBERG sea correcto. En efecto, también resulta posible considerar a un elemento “fundamentador de la pena” cuando, sin su presencia, el hecho no podría ser castigado como hecho realizador de ese tipo. Entendido en este segundo sentido, el término “elemento fundamentador de la pena” vendría a identificarse con el de “elemento esencial (no accidental) del delito”. Esto es: aunque la abstracción mental del elemento en cuestión condujera a la posibilidad de castigar el hecho con una pena (en abstracto), ya no se trataría de la pena prevista para ese tipo en concreto, sino de la pena de otro tipo cualitativamente distinto.

5.2.2. Inexistencia de elementos del tipo valorativamente neutrales

Algunos autores, entre los que se cuentan GALLAS, ROXIN, GRÜNWALD, SAMSON y HAKE, han objetado a HERZBERG que su clasificación distintiva entre elementos personales valorativamente neutrales y elementos personales referidos a valores carece de todo sentido. La razón común esgrimida por estos autores como fundamento de dicho rechazo es la siguiente: la referencia de HERZBERG a elementos típicos valorativamente neutrales resulta contradictoria en los propios términos. Según esta crítica, la labor tipificadora del legislador siempre lleva consigo una decisión relativa al injusto penal, consistente en excluir del tipo, en declarar atípicas o penalmente irrelevantes, las restantes conductas imaginables. Según la crítica que ahora se expone, no existe elemento

típico alguno que carezca de “relevancia para el injusto” (GALLAS, ROXIN, STRATENWERTH), de “relevancia preventivo-general” (SAMSON) o de “necesidad / merecimiento de pena” (ROXIN). Según este sector crítico, las modalidades de comportamiento que queden fuera del tipo tendrán, en todo caso, un contenido de injusto o de merecimiento de pena inferior al que corresponde a las formas de comportamiento tipificadas, y ése constituye, precisamente, el fundamento de la selección operada en el tipo.

GALLAS está de acuerdo con HERZBERG en que la distinción entre elementos “referidos al hecho” y elementos “referidos al autor” es meramente formal y no representa un criterio adecuado para un análisis dogmático de los elementos personales especiales.¹²⁷ También es correcta, en opinión de GALLAS, la idea de HERZBERG de tomar como punto de partida el análisis del adjetivo “especial” previsto en el § 28 StGB. Lo que ya no le parece tan acertada es la concreta interpretación que HERZBERG realiza del mismo. La distinción entre elementos valorativamente neutrales y elementos valorativamente relevantes o referidos a valores no es convincente, porque el concepto “elementos referidos a valores” acuñado por HERZBERG es, según GALLAS, excesivamente formal. A HERZBERG no le interesa, advierte GALLAS, la clase o el contenido del valor al que se encuentre referido el elemento, llegándose con ello a la paradoja de que elementos exclusivamente referidos al bien jurídico, esto es, los elementos referidos a valores, nunca podrían ser, en la concepción de HERZBERG— elementos personales “especiales” del § 28 StGB.¹²⁸

Según ROXIN, difícilmente puede admitirse que haya elementos del tipo de injusto “valorativamente neutrales”. Porque si el legislador emplea determinados elementos para la tipificación del delito (como, por ejemplo, la cualidad del autor como deudor o como hombre), el legislador mismo da a entender, al mismo tiempo, que no considera merecedores de pena las clases de comportamiento que él mismo ha excluido conscientemente (así, por ejemplo, el abandono de los objetos de la ejecución por persona distinta a la del deudor o el exhibicionismo femenino). Pero si, en opinión del legislador, si la concurrencia o ausencia de estos elementos es decisiva para la necesidad o falta de necesidad de pena, entonces es que estos elementos constituyen, precisamente, criterios de merecimiento de pena referidos a valores que en modo alguno pueden ser “valorativamente neutrales”. A juicio de ROXIN, si

¹²⁷ *Vid.* GALLAS, en GREBING, ZStW 1976 (88), pp. 173 s.

¹²⁸ *Vid.* GALLAS, en GREBING, ZStW 1976 (88), p. 174.

HERZBERG llega a un resultado diferente es porque desconoce la existencia de un momento político-criminal de estos elementos que se encuentra por encima de la ley, por lo que considera su incorporación a la ley una exigencia dudosamente valorativa del legislador. ROXIN recuerda que a este argumento ha opuesto VOGLER la idea siguiente: por medio de la limitación a un determinado círculo de autores se ha tomado una decisión valorativa que no puede ser cuestionada por ponderaciones de merecimiento de pena sin atentar contra el principio “*nullum crimen sine lege*”.¹²⁹

Según SAMSON, el criterio de la neutralidad valorativa de HERZBERG fracasa, sobre todo, en los delitos especiales propios. Para SAMSON, si el elemento limitador de la autoría en un delito especial propio es calificado como “valorativamente neutral”, ello conducirá a la impunidad del “*extraneus*” si con su aportación ostenta el dominio del hecho, ya que, en este caso, ni podrá ser castigado como partícipe (su contribución es de autoría), ni podrá serlo como autor (no concurren en él las cualidades exigidas por el tipo). Sin embargo, si la contribución al hecho del sujeto fuera, por ejemplo, la propia de inductor, el partícipe debería ser castigado con la misma pena que el autor. Sin embargo, esta solución es, a juicio de SAMSON, valorativamente contradictoria. A juicio de SAMSON, un modo de salvar esta contradicción valorativa consistiría en aplicar a estos supuestos el § 28.1 StGB.¹³⁰

También GRÜNWALD recuerda que la concepción de HERZBERG ha sido rechazada en bloque por la doctrina alemana, habiéndosele opuesto la tesis de que elementos valorativamente neutros en realidad no los hay.¹³¹ GRÜNWALD opina que no puede discutirse, ciertamente, que en algunos tipos, el legislador ha trazado los contornos de la conducta típica destacando entre las lesiones del bien jurídico de idéntico valor las que se cometen con mayor frecuencia.¹³² GRÜNWALD considera que esta circunstancia, aunque es cierta, solo tiene una importancia secundaria. Desde su punto de vista, HERZBERG se equivoca cuando cree haber encontrado en la neutralidad valorativa el criterio que permite distinguir los elementos que deben ser tratados de modo ilimitadamente accesorio de los restantes elementos personales. Según GRÜNWALD, si la mayor parte de los elementos personales deben ser tratados de modo ilimitadamente accesorio, ello no se debe a que se trate de elementos valorativamente neutros, sino a que constituyen la lesión del bien jurídico. Según este criterio, si al elemento

¹²⁹ Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/45 y nota 82.

¹³⁰ Vid. SAMSON, *SK*, § 26/3 ss.

¹³¹ Defienden esta tesis alternativa a la de HERZBERG autores como GALLAS, JAKOBS, STRATENWERTH, ROXIN o SAMSON: vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 560, nota 28.

¹³² Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 560.

personal fundamentador de la pena “hombre” del tipo de las acciones exhibicionistas (§ 183 StGB) no le resulta aplicable el § 28.1 StGB, ello no es, como dice HERZBERG, porque sea irrelevante para el contenido de desvalor del hecho, sino por su referencia al bien jurídico. Así, por ejemplo, para el supuesto del delito de exhibicionismo, una mujer solo podría producir una molestia de la entidad del exhibicionismo tan solo “por medio” de un autor masculino. Pero en caso de que ello ocurra, la molestia causada mediatamente por la mujer tendrá —concluye GRÜNWALD— el mismo contenido de injusto que el comportamiento de un hombre.¹³³

HAKE critica la concepción de HERZBERG desde dos diferentes puntos de vista. En primer lugar, HAKE afirma que la delimitación operada por HERZBERG no resulta practicable, por lo que es dudoso que quepa admitir la existencia de elementos valorativamente neutrales.¹³⁴ Según HAKE, el criterio de HERZBERG nada puede aportar, en segundo lugar, a la cuestión relativa a cuándo se produce una disminución del injusto del partícipe en los casos en que faltan dichos elementos personales especiales. Para HAKE, la existencia de elementos que disminuyen el injusto realizado por el partícipe se presupone, pero no se fundamenta, si la distinción se formula —como sucede con la concepción de HERZBERG— dependiendo de si el elemento correspondiente ejerce influencia sobre el contenido del injusto o el contenido de la culpabilidad.¹³⁵

HERZBERG se defiende de las críticas de la doctrina dominante afirmando que no todos los elementos personales del tipo tienen relevancia para el injusto, cumplen una función preventivo-general o responden a criterios de necesidad o merecimiento de pena.

Según HERZBERG, que lo primero es cierto lo demuestra el hecho de que algunos elementos personales del tipo son completamente irrelevantes tanto para el injusto penal abstracto, esto es, para el carácter “penal” del injusto, como para el injusto penal específico, es decir, el alcance concreto de la lesión del bien jurídico, o la graduación del injusto específico del hecho. Ello sucede, por ejemplo, en el caso de los elementos “deudor en ejecución forzosa” del delito de frustración de proceso de

¹³³ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, pp. 560 s.

¹³⁴ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 96 y nota 232.

ejecución forzosa (§ 288 StGB) o “titular de la posesión o la custodia de la cosa” del delito de apropiación indebida (§ 246 StGB). Apunta HERZBERG que la propia exposición de motivos del Proyecto de Código penal de 1962 aconseja la desaparición de estos elementos, por no expresar un mayor desvalor material.¹³⁶

Tampoco todos los elementos personales del tipo cumplen para HERZBERG, en segundo lugar, una función preventivo-general. Desde su punto de vista, algunos elementos personales, tales como la “persona masculina” del antiguo delito de proxenetismo previsto en el ya derogado § 183 a StGB, el poseedor o depositario de la cosa del delito de apropiación indebida (§ 246 StGB) o el “deudor en ejecución forzosa” del delito de alzamiento de bienes (§ 288 StGB), podrían ser suprimidos sin que la función de evitación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos se viera menoscabada en lo más mínimo.¹³⁷

Por último, en lo que respecta al argumento de que no todos los elementos personales del tipo responden a criterios de necesidad o merecimiento de pena, apunta HERZBERG que aunque ROXIN rechaza formalmente la existencia de elementos personales valorativamente neutrales, lo cierto es, sin embargo, que, desde un punto de vista material, ROXIN acaba aceptándola. Según HERZBERG, ROXIN reconoce que algunos elementos delimitan el círculo de autores de un modo puramente fáctico a partir de ponderaciones de naturaleza fenomenológico-criminal. En estos elementos, la restricción del círculo de autores resulta de la

¹³⁵ *Vid.* HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 96.

¹³⁶ *Vid.* HERZBERG, *JuS* 1983, p. 739.

¹³⁷ *Vid.* HERZBERG, *JuS* 1983, p. 740.

expresión de un fragmento de la realidad desde la óptica del legislador mismo. En opinión de ROXIN, ello ocurre, por ejemplo, con los elementos “hombre” del delito de exhibicionismo (§ 183 StGB), “preso” del delito de motín carcelario (§ 121 StGB) y “titularidad del depósito” del delito de apropiación indebida (§ 246 StGB). Ninguno de estos elementos puede ser considerado, en opinión de ROXIN, “elementos personales especiales” del § 28.1 StGB. A la vista de todo lo anterior, HERZBERG advierte que la posición de ROXIN se encuentra, en realidad, muy próxima a la suya propia. Y ello no solo en relación a los resultados, sino también en lo tocante a la fundamentación. En efecto, la referencia de ROXIN a la existencia de elementos que representan una delimitación “puramente fáctica” del círculo de autores, o a que dicha delimitación se realizará en el caso de dichos elementos “a partir de ponderaciones de naturaleza fenomenológico-criminal” muestra bien a las claras —siempre en opinión de HERZBERG— que ROXIN acepta, de hecho, la categoría de los elementos “valorativamente neutrales” o “no referidos a valores”.¹³⁸

Frente a la crítica de SAMSON y ROXIN de que la construcción de HERZBERG conduce en los delitos caracterizados por la presencia de elementos personales especiales valorativamente neutrales a que el inductor responda con la pena del autor, mientras que al sujeto que actúa con dominio del hecho no se le impondría, en cambio, pena alguna, HERZBERG recuerda que dicha discrepancia puede tener lugar no exclusivamente en los delitos especiales propios, sino también en algunos delitos comunes, como, por ejemplo, el hurto. Así, por ejemplo, si A induce a B a un hurto sin ánimo de lucro, pero con conocimiento de que B actúa con aquel ánimo, a A se le castigará con la misma pena que a B; pero

¹³⁸ *Vid.* HERZBERG, JuS 1983, p. 741.

aunque actúe con dominio del hecho, B no podrá ser castigado, en cambio, como autor del delito que nos ocupa si su intervención en el hecho se produce sin ánimo de lucro.¹³⁹

Desde la perspectiva adoptada por HERZBERG, el argumento de la discrepancia valorativa referido por el sector doctrinal invocado por SAMSON y ROXIN carece de todo sentido por un segundo motivo. En su opinión, siempre que se produzca esa “discrepancia”, esto es, en todos los casos en que la pena del partícipe “*extraneus*” deba ser idéntica a la del autor “*intraneus*”, el elemento personal que le faltará al partícipe consistirá en un elemento “valorativamente neutral”. La pena del partícipe “*extraneus*” será en estos casos, por tanto, la misma que la que le correspondería a un autor al que no se le castiga, no porque su conducta carezca de contenido de injusto, o bien éste sea menor, sino únicamente por una laguna de punibilidad. Esta laguna de punibilidad no puede incidir, sin embargo, en aquellos hechos cuyo castigo permite claramente la ley en atención a su contenido de injusto y de culpabilidad. Ello sucede, por ejemplo, cuando el inductor no deudor provoca la distracción de los bienes embargados induciendo al deudor sujeto a la ejecución forzosa.¹⁴⁰

Frente a las críticas de que los elementos personales especiales nunca pueden ser valorativamente neutrales, HERZBERG ya opuso *supra* algunos argumentos. En este punto añade otro. Según HERZBERG, está claro que los elementos con *sentido* tipificador no son elementos *sin sentido*. Se trata de elementos normativamente relevantes, porque imprimen carácter jurídico-penal a un comportamiento socialmente

¹³⁹ *Vid.* HERZBERG, JuS 1983, p. 742.

¹⁴⁰ *Vid.* HERZBERG, JuS 1983, p. 742.

dañoso. Para HERZBERG, lo importante es que estos elementos se presentan, sin embargo, como neutrales en lo relativo a si el partícipe en el hecho debe presentar o no el elemento en su propia persona. Así, por ejemplo, para castigar por inducción a un delito de motín carcelario (§ 121 StGB), no es necesario, a juicio de HERZBERG, que el inductor presente en su propia persona la condición de presidiario. El inductor puede pertenecer al círculo de sujetos presidarios; pero también puede ser un sujeto ajeno al mismo, por ejemplo, un abogado. La Ley de ejecución penal impone al preso, ciertamente, la disciplina al cumplimiento de una serie de deberes. Pero ninguno de estos deberes constituye, sin embargo, — concluye HERZBERG— el fundamento de la restricción del círculo de autores previsto en el § 121 StGB.¹⁴¹

En mi opinión, la clasificación de los elementos personales en elementos personales “referidos a valores”, elementos personales “valorativamente neutrales”, y elementos personales “parcialmente referidos a valores” sugerida por HERZBERG en el presente artículo sobreestima exageradamente la racionalidad que cabe reconocer al legislador. En efecto, HERZBERG reconoce “neutralidad valorativa” a todo elemento personal cuya ausencia en un interviniente convierte su conducta en atípica, pese a que su aportación al hecho no reviste un menor contenido de injusto, ni es digna de un menor merecimiento de pena que la conducta realizada por el autor de la conducta típica. En lugar de concebir estos supuestos de insatisfactoria atipicidad de conductas merecedoras de pena como una exclusión del tipo valorativamente neutra deseada por el legislador, creo que resulta más lógico, en cambio, entenderlos como lagunas de punibilidad; esto es, como incompletudes de la ley contrarias al

¹⁴¹ *Vid.* HERZBERG, JuS 1983, p. 744.

plan del legislador. Según creo, los elementos “hombre” del delito del § 183 StGB, e “interviniente en el accidente” del § 142 StGB son, como no puede ser de otro modo, elementos con contenido valorativo. Y la exclusión de los supuestos de hecho no previstos en el tipo debe ser entendida como el resultado de un primer juicio igualmente valorativo, en cuya virtud se considera que las conductas excluidas carecen de la suficiente relevancia como para ser consideradas típicas. Si se considera, sin embargo, que ello no es así, entonces no queda otro remedio que llegar a la conclusión antes avanzada: nos encontramos ante una laguna de punibilidad. Se tratará de saber, entonces, si la integración de esta laguna conforme al plan del legislador resulta posible mediante el recurso al instrumento de la analogía “*in bonam partem*”.

5.2.3. Utilización de una terminológica confusa

Según ROXIN, gran parte de las críticas recibidas por las dos primeras formulaciones de la teoría de los elementos personales especiales de HERZBERG se deben, en realidad, a que este autor utiliza una terminología muy confusa que induce completamente a error. Muchas de las soluciones propuestas por HERZBERG en estas dos formulaciones son, a juicio de ROXIN, ampliamente compartibles, pero no, en cambio, la terminología empleada.¹⁴² La crítica terminológica de ROXIN fue asumida por HERZBERG, que reconoció, en 1991, haber dado lugar a un equívoco terminológico con los conceptos “referido a valores” y “valorativamente neutrales”.¹⁴³ Como consecuencia de ello, HERZBERG sustituyó estos dos conceptos por las expresiones “elementos personales materialmente

¹⁴² *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/46, nota 85.

¹⁴³ *Vid.* HERZBERG, *GA* 1991, pp. 145 y 173.

funcionales” (*“funktionell sachlichen persönlichen Merkmale”*) y “elementos meramente tipificadores” (*“rein typisierenden Merkmale”*).¹⁴⁴

6. “Elementos personales funcionalmente objetivos” (*“funktionell sachliche persönliche Merkmale”*), “elementos meramente tipificadores” (*“rein typisierende Merkmale”*) y “elementos relevantes para el desvalor del hecho”. Tercera formulación de la tesis de **HERZBERG**

6.1. *Exposición*

En 1991, con ocasión de la publicación de su trabajo “Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale” en el *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, HERZBERG considera que el punto de partida válido para el análisis de la cuestión relativa a cuáles son los elementos restrictivos del círculo de autores de los delitos especiales que deben ser sometidos al régimen “no accesorio” previsto en el § 28 StGB no consiste en si el elemento personal fundamenta el hecho y su específico injusto, sino, antes bien, si la *justicia penal* reclama la aplicación del § 28.1 StGB. Partiendo de esta premisa, HERZBERG revisa por segunda vez su clasificación de elementos personales en elementos “referidos a valores” y elementos “valorativamente neutrales”, para proponer en esta ocasión una clasificación de los elementos personales tripartita que permita distinguir entre elementos personales “funcionalmente objetivos”, elementos personales “meramente tipificadores” y elementos personales relevantes

¹⁴⁴ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/47 y *passim*.

para el desvalor del hecho. A continuación será expuesta la justificación de HERZBERG a las dos primeras clases de elementos personales.¹⁴⁵

6.1.1. *Elementos personales “funcionalmente objetivos”*

HERZBERG explica los elementos personales “funcionalmente objetivos” tomando como referencia tres ejemplos: a) los delitos de acciones exhibicionistas masculinas (§ 183.1 StGB) y de revelación de secretos privados por parte de médico (§ 203 StGB); b) el elemento del “implicado en el accidente” del delito de alejamiento no permitido del lugar del accidente (§ 142 StGB); y c) el delito de bigamia (§ 171 StGB).

a) *Los delitos de acciones exhibicionistas masculinas (§ 183.1 StGB) y de revelación de secretos privados por parte de médico (§ 203 StGB)*

Uno de los denominadores comunes de los delitos de acciones exhibicionistas masculinas (§ 183.1 StGB)¹⁴⁶ y de revelación de secretos privados por parte de médico (§ 203 StGB)¹⁴⁷ es para HERZBERG que, en ambos tipos, el elemento de autoría debe caracterizar el hecho y la específica lesión del bien jurídico. Que esto es así en relación con el delito de acciones exhibicionistas lo evidencia para HERZBERG el hecho de que

¹⁴⁵ *Vid.* HERZBERG, “Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale”, GA 1991, p. 168.

¹⁴⁶ HERZBERG propone en el marco de este delito el siguiente ejemplo: la Sra. F mueve a M, que está borracho (actúa sin culpabilidad de acuerdo con el § 20 StGB), a atemorizar a N por medio de actos agresivo-exhibicionistas. *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 169.

¹⁴⁷ HERZBERG propone aquí un ejemplo análogo al expuesto en la nota anterior: un sujeto no cualificado lleva a un médico borracho a revelar secretos confiados: *vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 169.

el exhibicionismo femenino apenas puede lastimar el “bienestar psíquico de los demás”. En opinión de la doctrina dominante, efectos como, por ejemplo, el miedo o el pánico tan solo pueden ser provocados por hombres.¹⁴⁸ Una vez determinado este denominador común, HERZBERG se pregunta si la inductora femenina de una acción exhibicionista masculina y el inductor “*extraneus*” de la revelación de secretos privados por parte de un médico merecen una atenuación de la pena de acuerdo con el § 28.1 StGB. Para HERZBERG, es evidente que esto no es así. En relación con el bien jurídico protegido, mientras que el deber de guardar secreto del portador del secreto fundamenta una responsabilidad especial, la pertenencia al género masculino, en cambio, no lo hace. Por ello sería *injusto*, en opinión de HERZBERG, castigar a la inductora femenina con una pena inferior a la que corresponde al inductor masculino.¹⁴⁹

La descripción del elemento personal y fundamentador de la pena “hombre” del § 183 StGB como un elemento “no de deber especial” es una descripción meramente negativa. Esta clase de descripción no es todavía suficiente —afirma HERZBERG— como criterio que permita extraer de este círculo los elementos que puedan ser considerados estrictamente accesorios. HERZBERG describe positivamente el referido elemento “hombre” como un elemento que materialmente consiste en un elemento objetivo que el legislador, de modo irreflexivo y desafortunado, ha redactado como si fuera un elemento personal.

¹⁴⁸ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 169, poniendo de manifiesto su cambio de postura sobre el particular, en parte instado por las observaciones a él formuladas por parte de ROXIN.

¹⁴⁹ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 169.

Escribe HERZBERG: “Si el legislador hubiera reflexionado de un modo más preciso en qué consistía en realidad, habría trasladado la masculinidad del sujeto de la acción a la descripción del medio de la acción: «Quien lastime a otra persona por medio de una exhibición masculina ...»”. Señala HERZBERG que una tal redacción del tipo tendría la virtud de no conducir a la exclusión de la autoría de las mujeres, tanto para las acciones “exhibicionistas” (§ 183 StGB) como para las “sexuales” (§ 183 a StGB). A juicio de HERZBERG, parece razonable que tanto uno como otro delito deba poder ser cometido “a través del cuerpo de otro” (“*fremdkörperlich*”), aunque en uno de los dos casos tan solo “a través del cuerpo de u hombre”, ya que tanto en un caso como en otro no se trata de cualquier afrenta ominosa al propio cuerpo, sino de una lesión del bien jurídico dirigida hacia fuera.¹⁵⁰

El presupuesto “hombre” del § 183 StGB es para HERZBERG, en suma, un elemento redactado en sentido personal, pero de naturaleza material objetiva. Según este autor, es comprensible que, aunque la prohibición de analogía impida una mujer ser autora, al inductor le sea imputada la realización del tipo por medio de un hombre. También la cualificación del autor, aunque formalmente constituye un elemento personal, tiene el sentido de un elemento objetivo, concretamente la descripción del *medio* de comisión del delito.¹⁵¹

b) *El elemento del “implicado en el accidente” del delito de alejamiento no permitido del lugar del accidente (§ 142 StGB)*

¹⁵⁰ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 170.

¹⁵¹ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 170.

Un segundo ejemplo de elemento formalmente personal pero materialmente objetivo es, para HERZBERG, el representado por el “implicado en el accidente” del delito previsto en el § 142 StGB. HERZBERG cree posible hablar también en este caso de un cierto paralelismo entre este elemento y las llamadas “posiciones de deber especial”, tales como, por ejemplo, la de médico o funcionario. El elemento en cuestión excluye, por de pronto, la posibilidad de la autoría del delito para los sujetos no intervinientes en el accidente, y su sentido se encuentra referido al bien jurídico protegido.¹⁵² Ello se debe a que el bien jurídico se pone en peligro o se lesiona especialmente cuando un potencial responsable o una persona especialmente importante para aclarar la situación desaparece del lugar del accidente. El elemento personal no debe entenderse, sin embargo —y en esta medida considera HERZBERG que puede compararse el elemento en cuestión al de la “masculinidad” del delito previsto en el § 183 StGB—como una posición de confianza socialmente preestablecida o una posición de responsabilidad especial. El elemento del § 142 StGB consiste, para HERZBERG, en un elemento objetivo que describe el objeto del hecho.¹⁵³ Por todo ello, si este elemento objetivo se realiza en el autor, debe ser comunicado al partícipe “*extraneus*”.¹⁵⁴

Señala HERZBERG que lo que debe reflejarse en la mencionada caracterización del hecho es el alejamiento del interviniente en el accidente del lugar del accidente, de modo que una adecuada formulación de esta idea podría rezar, en su opinión, como sigue: “Quien después de un

¹⁵² *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 170.

¹⁵³ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 171.

¹⁵⁴ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 171.

accidente en el tráfico rodado aleje a un interviniente en el accidente antes de que el interviniente en el accidente ...”. En opinión de HERZBERG, una tal redacción sería, sin embargo, extraña, porque en relación con el caso más frecuente debería ser interpretada de modo que el autor también pueda alejar en sí mismo a un interviniente en el accidente. Salta a la vista que la referida redacción se correspondería, sin embargo, con la rúbrica legal “alejamiento no permitido del lugar del accidente”, que, en contraposición al propio precepto, no utiliza el verbo en forma reflexiva (“alejar” en lugar de “alejarse”). La incompletud de la actual redacción del § 142 StGB se pone para HERZBERG de nuevo de manifiesto cuando se imagina, por ejemplo, que después de un accidente que ha sido culpa de la esposa, que se encontraba al volante, su esposo la desplaza al asiento del copiloto, y, en contra de la voluntad de ella, se marcha, o bien la obliga a marcharse ella misma amenazándola con pegarle o engañándola haciéndole creer que el daño ya ha sido reparado. El hecho de que en estos supuestos el sujeto que da lugar con dominio del hecho al “alejamiento” de la persona interviniente en el accidente no sea, sin embargo, autor del delito es algo que, en opinión de HERZBERG, no puede satisfacer. Así, en el modo en que deber ser entendido y descrito el fin y el objeto de protección de la ley no debería desempeñar ningún papel la cuestión de quién aleja al interviniente en el accidente. Es un elemento objetivo de acuerdo con su función que describe el objeto del hecho que, en interés de la aclaración de los hechos, no debe ser alejado del lugar del accidente.¹⁵⁵

Sobre la aplicación o no del § 28.1 StGB a los sujetos no implicados en el accidente, pero intervinientes en el delito, advierte HERZBERG que en el ámbito del § 142 StGB no reina el mismo grado de

¹⁵⁵ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 171.

acuerdo doctrinal que para el § 183 StGB. ROXIN, por ejemplo, está a favor de la aplicación del § 28.1 StGB a, por ejemplo, el copiloto que induce al conductor a abandonar el lugar del accidente. ROXIN ve en el “potencial deber de reparar el daño” del interviniente en el accidente “un deber prejurídico y por ello que no afecta a cualquiera”. HERZBERG se opone radicalmente a la tesis de ROXIN. En opinión del primero, no se entiende por qué razón debería estar obligado ya prejurídicamente, por ejemplo, un conductor que se ve implicado en un accidente sin tener culpa de nada. Y al sujeto obligado a la reparación, lo único a que le obliga la normativa extrapenal es, según HERZBERG, a reparar su culpa. El deber de esperar en el lugar del accidente consiste en un deber —concluye HERZBERG— que no tiene, en ningún caso, sustento alguno ni en el resto del ordenamiento jurídico ni en una relación del confianza.¹⁵⁶

c) El delito de bigamia (§ 171 StGB)

El tercer delito al que HERZBERG acude para ejemplificar la vigencia en derecho positivo del fenómeno de los elementos personales “funcionalmente objetivos” consiste en el delito de bigamia (§ 171 StGB). Según ROXIN, el autor de un delito de bigamia, esto es, el sujeto que contrae matrimonio en más de una ocasión, infringe el deber especial extrapenal previsto en el § 5 de la Ley de Matrimonios, por lo que al partícipe “*extraneus*”, que no infringe aquel deber especial, debe serle aplicada la atenuación de la pena que se desprende del § 28.1 StGB. Frente a esta tesis, HERZBERG opone la idea de que el autor penal también puede serlo un no casado, en tanto que únicamente de lugar al estado de bigamia por medio de la contracción de su propio matrimonio. Para el no casado, el

¹⁵⁶ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 171.

§ 5 no fundamenta un deber especial “prejurídico”. El sentido del § 171 StGB no reside, según HERZBERG, en la vulneración de un deber especial de confianza, sino en la creación de un estado ilegal consistente en la yuxtaposición de dos matrimonios formalmente válidos.¹⁵⁷

No en vano, HERZBERG propuso una redacción típica del § 171 StGB como la que sigue: “Quien produzca que una persona ya casada contraiga matrimonio ...”. Una tal redacción tendría para HERZBERG la virtud de transformar el elemento “casado” en un elemento objetivo y abandonar la exclusión, carente de sentido, de la autoría mediata para el supuesto, por ejemplo, de que alguien vicie el consentimiento contractual sobre los efectos jurídicos de una sentencia de separación.¹⁵⁸

Señala HERZBERG que la doctrina dominante defiende, en la teoría, el criterio según el cual son estrictamente accesorios aquellos elementos personales que describen el “injusto objetivo del hecho” y la “lesión del bien jurídico”. Pese a esta declaración teórica, HERZBERG advierte que, en la práctica, nadie imputa tales elementos de modo estrictamente accesorio. A la vista de la desconexión existente entre los principios declarados en el plano teórico por la doctrina dominante y el modo en que ésta resuelve el problema en la práctica, HERZBERG se pregunta si el criterio no debe ser, acaso, precisamente el opuesto; esto es, que un elemento personal sea precisamente accesorio en sentido estricto cuando nada declare sobre el injusto objetivo del hecho y no desempeñe papel alguno para la lesión del bien jurídico, cuando delimite determinados

¹⁵⁷ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 172.

¹⁵⁸ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 172.

hechos o autores de modo meramente fáctico, esto es, sin el propósito de representar una graduación del injusto.¹⁵⁹

6.1.2. Elementos “meramente tipificadores”

Señala HERZBERG, en segundo lugar, que hay elementos del tipo, tanto objetivos como personales, que carecen de toda relevancia para la lesión del bien jurídico y el injusto material del hecho. El sentido de estos elementos radica, exclusivamente, en la tipificación, esto es, en la limitación del tipo a los supuestos típicos, que se explica a menudo como descripción de determinadas imágenes del delito tal y como está presentes en la conciencia colectiva.¹⁶⁰

HERZBERG reconoce a GRÜNWALD el mérito de ser el primer autor en haberse adherido expresamente a su planteamiento. GRÜNWALD advierte que el legislador ha descrito los contornos de determinados tipos destacando a partir de las lesiones del bien jurídico valorativamente idénticas las típicas o cometidas con frecuencia. Las posiciones de GRÜNWALD y HERZBERG sobre el particular no son, sin embargo, del todo coincidentes. GRÜNWALD ve en tales elementos tan solo “fenómenos periféricos” (“*Randerscheinungen*”) y no ve en la “neutralidad valorativa” el criterio principal para la exclusión entre los elementos personales de los elementos “accesorios sin restricciones” (“*uneingeschränkt akzessorische Merkmale*”), por lo que GRÜNWALD vuelve ahora de nuevo a la “referencia al hecho” —“*Tatbezogenheit*— (“constitutiva para la lesión del bien jurídico”). HERZBERG considera, sin

¹⁵⁹ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, pp. 172 s.

¹⁶⁰ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, pp. 173 s.

embargo, que en realidad los elementos meramente tipificadores no se encuentran tan solo en la periferia; estos elementos residen, en su opinión, en el centro mismo del Derecho penal, y son sorprendentemente numerosos. En este sentido, a HERZBERG le parece digno de mención, por ejemplo, el hecho de que GRÜNWALD considere correcta la solución de la accesoriedad estricta *tan solo* para un único supuesto: para el elemento personal “hombre” (§ 183 StGB), elemento que HERZBERG considera en su nueva formulación “elemento objetivo encubierto”.¹⁶¹

HERZBERG comprueba la validez de su tesis sobre los elementos meramente tipificadores a partir del delito de apropiación indebida del § 246 StGB [“(1) Quien sustraiga antijurídicamente para sí o para un tercero una cosa mueble ajena será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa, si el hecho no es conminado en otros preceptos con pena más grave. (2) Si en los supuestos del apartado (1) la cosa ha sido confiada al autor, la pena será de privación de libertad de hasta cinco años o de multa. (3) La tentativa es punible”]. Señala HERZBERG que la redacción típica de este precepto incluye tres elementos: a) la movilidad del objeto del hecho como elemento objetivo; b) la titularidad de la custodia; y c) el ánimo de apropiación del autor como elemento personal. De estos tres elementos, resulta de especial relevancia a los efectos que aquí interesan detenerse en el análisis que HERZBERG realiza sobre el elemento de la titularidad de la custodia (b). En opinión de HERZBERG, no es correcto explicar este elemento a partir de las ideas de necesidad de prevención general o de ausencia de merecimiento de pena.

¹⁶¹ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 174, y nota 55.

HERZBERG desarrolla esta idea a partir de un ejemplo. A posee un testamento de acuerdo con el cual su tío O le designa heredero universal. Después de la muerte de O, A obtiene una comprobación de la herencia y la descripción de una parcela de jardín perteneciente a la herencia a su nombre. Posteriormente aparece un nuevo testamento, según el cual la Sra. F, la compañera de vida de O durante los últimos años, debe heredarlo todo. El decepcionado A decide entonces, prevaliéndose de su condición de “propietario contable” (“*Bucheigentümer*”),¹⁶² vender la parcela en beneficio propio.¹⁶³ Para la explicación del elemento de la titularidad de la custodia del bien objeto de la apropiación indebida, HERZBERG introduce en el ejemplo citado la siguiente variante: si A enajena un par de muebles de jardín como complementos de la parcela, puede ser castigado en esta medida (por los bienes muebles) por apropiación indebida, lo que presupone su dominio material del hecho. En cambio, si todavía no se hubiese ocupado en absoluto de la parcela, por ejemplo, por encontrarse ésta muy alejada, faltaría aquel dominio material del hecho, y la apropiación sería impune, también en relación con los muebles, según el tenor literal de la ley. En opinión de HERZBERG, el único valor que cabe reconocer a la distinción legal del § 246.2 StGB consiste, a lo sumo, en el siguiente: el profano encuentra en la ley su representación del autor de un delito de apropiación indebida.¹⁶⁴

En conclusión: para HERZBERG, un elemento personal debe ser tratado de un modo estrictamente accesorio o bien cuando desde un punto

¹⁶² *Vid.* § 892 BGB.

¹⁶³ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 174.

¹⁶⁴ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 176.

de vista funcional es un elemento objetivo o bien cuando no tiene ninguna importancia para el desvalor del hecho.¹⁶⁵

6.1.3. *Rendimientos dogmáticos de la clasificación tripartita de HERZBERG*

En opinión de HERZBERG, la clasificación tripartita de los elementos personales especiales por él sugerida tiene la ventaja de constituir un criterio válido en orden a proporcionar una solución unitaria para el § 28.2 StGB y distinguir claramente dentro de los delitos especiales propios y los delitos de propia mano.

a) *Solución unitaria para el § 28.2 StGB*

Señala HERZBERG que el criterio por él propuesto sirve para despejar el enigma de por qué apenas sí se discute sobre la “especialidad” de los elementos personales en relación con el § 28.2 StGB. En opinión de HERZBERG, ello se debe a que los elementos meramente tipificadores, que no son relevantes, por tanto, para el injusto del hecho, son empleados por el legislador únicamente como elementos constitutivos del tipo (“*tatbestandskonstitutiv*”), esto es, fundamentando la pena. Según HERZBERG, cuando un elemento personal en sentido estricto agrava, atenúa o excluye la pena, siempre tiene una referencia a valores, pretende

¹⁶⁵ HERZBERG reconoce que la referencia a los elementos personales sin importancia para el desvalor del hecho supone incurrir conscientemente en una pequeña imprecisión, a fin de evitar la equívoca utilización del término “no referido a valores”. Que esta ulterior abstracción es necesaria lo pone de manifiesto el art. 46 I. II GG. Los hechos penales personalmente privilegiados en este precepto no se destacan por un inferior desvalor del hecho, sino que su impunidad se explica, antes bien, por la referencia a los valores positivos de la libertad de expresión y la capacidad de trabajo parlamentarias. También tal “referencia a valores” de un elemento personal hace aplicable el § 28.2 StGB. *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 176.

servir por medio de una graduación del injusto o de la culpabilidad a la justicia penal o, excepcionalmente, se encuentra determinado a la realización un valor externo al derecho penal (como ocurre, por ejemplo, con el § 36 StGB, relativo a las manifestaciones parlamentarias).¹⁶⁶

b) *Distinción clara dentro de los delitos especiales propios*

En opinión de HERZBERG, la distinción entre los elementos personales meramente tipificadores y los relevantes para el desvalor del hecho es de la máxima importancia. Cuando el elemento fundamenta la pena y describe al autor con independencia del hecho concreto, por ejemplo, como “obligado al cuidado del patrimonio”, “viajero”, “funcionario”, “preso”, “juez”, “marinero”, “acreedor pignoraticio” (“*Pfandleiher*”), “deudor de la ejecución” o “asesor fiscal”, entre otros elementos, todos estos elementos consisten en elementos personales en sentido propio, cuyo sentido oculto es una descripción del medio o del objeto del hecho referida al bien jurídico. Para los ejemplos expuestos, la afirmación de una accesoriedad estricta al partícipe “*extraneus*” presupone que el “*status*” no desempeña —de modo comparable a lo que sucede con la titularidad de la custodia en el delito de apropiación indebida— papel alguno para el desvalor del hecho y la lesión del bien jurídico. En la práctica, esta circunstancia obliga a plantearse si el elemento del autor expresa la existencia de un deber especial o solo sirve para dar al inconcreto “quien” los contornos del autor típico.¹⁶⁷

¹⁶⁶ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 178.

¹⁶⁷ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 179.

b.1. *Elementos de autor que expresan una responsabilidad especial*

En general, cuando concurre un elemento que se explica a partir de la existencia de una responsabilidad especial previa al Derecho penal, esto es, elementos como el deber de cuidado del patrimonio (§ 266 StGB), el deber de funcionario (por ejemplo, el § 331 StGB), el acreedor pignoraticio (§ 290 StGB) o el asesor fiscal (§ 201.1 n° 1, 3 StGB), entre otros, debe aplicarse el § 28 StGB.¹⁶⁸

b.2. *Elementos de autor que solo sirven para dar al inconcreto “quien” el perfil del autor típico*

HERZBERG incluye en este segundo grupo elementos como el el “preso” del § 121 StGB, el “viajero” o el “marinero” del § 297 StGB o el “deudor de la ejecución” del § 288 StGB. HERZBERG es consciente de que, según algunos autores, estos elementos no consisten en meros instrumentos del legislador para operar una limitación del círculo de autores carente de contenido valorativo, porque, según este sector crítico, siempre que el legislador decide restringir la esfera de posibles autores de un delito, lo hace con la finalidad de expresar que la conducta de los “*extranei*”, o bien carece de merecimiento de pena, o bien merece una pena diferente.¹⁶⁹ Sin embargo, en relación con delitos especiales propios como, por ejemplo, los supuestos de los §§ 121 y 297 StGB, ninguno de los autores pertenecientes a este sector crítico ha afirmado nunca que el coautor de un amotinamiento con violencia o de embarque de mercancías

¹⁶⁸ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 179 s.

¹⁶⁹ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 180.

peligrosas desconocido para el navegante no sea merecedor de pena cuando no sea un “preso” (por ejemplo, un abogado que visita la cárcel y se erige allí en líder de un motín), un “viajero” o a un “marinero” (por ejemplo, un trabajador del puerto que en el proceso de embarque de mercancías en el barco introduce paquetes con heroína). Señala HERZBERG que si la crítica de este sector fuera correcta, es decir, si la limitación de la autoría operada por el legislador en estos tipos tuviera por finalidad declarar cuáles son las conductas que merecen ser castigados con pena (las cometidas por los “*intraanei*”) y cuáles, en cambio, no lo merecen (las de los “*extranei*”), la consecuencia que necesariamente debería extraerse sería la siguiente: el abogado y al trabajador del puerto, que quedarían descartados como autores debido a que, de acuerdo con la valoración del legislador, no serían merecedores de pena, al menos podrían beneficiarse como inductores, mediante la aplicación del § 28.1 StGB, de no pertenecer al círculo de personas capacitadas para la autoría, únicas realmente merecedoras — según esta línea de argumentación crítica— de pena. El hecho de que nadie ha llegado a esta conclusión en relación con los delitos de los §§ 121 y 297 StGB viene a demostrar, según HERZBERG, que las premisas de las que parte aquel sector crítico no son correctas. Existen elementos personales fundadores de la pena que nada tienen que ver con el desvalor del hecho y el merecimiento de pena. Se trata de los elementos de autoría que consisten, exclusivamente, en la tipificación y trazado de los perfiles de la imagen del delito. En esta particularidad reside el fundamento de la imputación estrictamente accesoria de esta clase de elementos a los partícipes “*extranei*”, ya que negarla y aplicar el § 28.1 StGB significaría reconocer a los referidos elementos un sentido de merecimiento de pena de los que carecen.¹⁷⁰ HERZBERG señala la conveniencia de formular estas

¹⁷⁰ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 180.

reflexiones a modo de principio, porque la aceptación puntualmente no expresa del fenómeno (“fenómenos periféricos”) niega a las soluciones objetivas su auténtico criterio, poniéndolo también, naturalmente, en peligro. Por medio de esta representación, se analiza un elemento de autor desde la perspectiva de las premisas racionalistas, y se interpreta en el sentido de responsabilidad especial y de merecimiento de pena incrementado, sin dejar espacio alguno a una formulación alternativa.

Señala HERZBERG que no es pacífica en la doctrina la cuestión de cómo deben ser resueltos los problemas de autoría y participación que plantean los supuestos en los que el hecho del § 288 se subsume también en el § 289 StGB. El ejemplo por medio del que HERZBERG ilustra esta constelación de casos es el siguiente: al titular de un taller mecánico se le retira un coche reparado sobre el que tenía un derecho de prenda. En este segundo precepto, el legislador ha evitado la restricción del círculo de autores a los deudores, que, en opinión de HERZBERG, apenas tiene sentido. De este modo queda prohibido ya de entrada el relajamiento de la accesoriedad en favor de quien induce al deudor a la retirada del vehículo. Pero deberá decirse, en opinión de HERZBERG, que para el § 28.1 StGB no puede bastar el *status* de deudor del autor, el hecho, por tanto, de estar obligado por el derecho civil a realizar una prestación. HERZBERG establece el paralelismo de sujeto referido en su ejemplo con las figuras de quien encuentra (“*Finder*”) o posee (“*Besitzer*”) una cosa ajena, quienes, de acuerdo con los §§ 966 y 985 BGB, deben al propietario la custodia y la restitución de la cosa. HERZBERG se pregunta si, por este motivo, la descripción del autor como titular de la “posesión y de la custodia” pasa a ser ya un elemento en el sentido del § 28.1 StGB, correspondiéndole a aquél que induce a quien encuentra una cosa ajena a su apropiación indebida. HERZBERG advierte que esta posibilidad no ha sido, sin embargo,

defendida por nadie. Ambos delitos consiste en un menoscabo de los derecho de un autor, cuyo desvalor material podría ser realizar con idéntico merecimiento de pena por un no deudor mediante apropiación o frustración de la ejecución. En ambos casos, la restricción del círculo de autores es referida de modo meramente tipificador y debe permanecerse fuera del ámbito de aplicación del § 28.1 StGB.¹⁷¹

c) *Distinción entre elementos “meramente tipificadores” y elementos relevantes para el desvalor del hecho en los delitos de propia mano*

Para el análisis de la cuestión relativa a cuáles son los elementos personales que en los delitos de propia mano deben ser calificados como “especiales”, HERZBERG parte de dos ejemplos de falso testimonio e incesto, respectivamente: 1) los hermanos B y C violan a S, hermana de ambos. B la sujeta brutalmente y C consuma el acto sexual; 2) A obliga a la Sra. Z a prestar falso juramento ante los Tribunales, amenazándola con matar a su hijo secuestrado.¹⁷² HERZBERG se pregunta si en estos ejemplos, los sujetos A y B, que, sobre la base de la interpretación restrictiva de la ley, tan solo pueden ser castigados, en lugar de como autor mediato o coautor, como inductor o cómplice, merecen una atenuación de la pena de acuerdo con el § 28.1 StGB. En opinión de HERZBERG, ello sucederá solo cuando la limitación de la autoría se deba a la existencia de un deber o responsabilidad especiales que solo puedan ser vulnerados por completo mediante la ejecución de la acción de propia mano (“*durch eigenkörperliche Ausführung*”). Ocurrirá lo contrario, es decir, que no será

¹⁷¹ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 181.

¹⁷² *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 161.

de aplicación el § 28.1 StGB, cuando el sentido de la limitación legal de la autoría se agote en la mera tipificación, esto es, cuando la comisión del delito “no de propia mano” quede excluida únicamente porque los supuestos en que ello sucede no se corresponden con la imagen popular del delito.¹⁷³

Pone de manifiesto HERZBERG que no ha sido el único autor en haber reconocido la propiedad de este grupo de delitos, ya que también lo ha hecho ROXIN, aunque bajo otros puntos de vista dogmáticos. HERZBERG cree que la modalidad delictiva de los delitos de propia mano consistente en un deber cuya vulneración tan solo puede ser llevada a cabo por completo por medio de la ejecución de una acción con el propio cuerpo encuentra su equivalente en el planteamiento de ROXIN en el grupo especial de los “delitos impropios de propia mano” que aquel autor destaca dentro de los “delitos de deber” (“*Pflichtdelikte*”). En palabras del propio ROXIN, “(*scil.* los delitos impropios de propia mano) consisten en delitos en que el deber que fundamenta la autoría es de tal clase que tan solo puede ser vulnerado por medio de una ejecución inmediatamente personal de la acción del tipo”.¹⁷⁴ Como muestra de la coincidencia en este extremo de los planteamientos de HERZBERG y ROXIN, baste decir que el propio HERZBERG admite que la explicación de ROXIN sirve, asimismo, para explicar correctamente el ejemplo del falso testimonio planteado por HERZBERG. Así, el específico deber de veracidad que se vulnera mediante falso juramento o “como testigo o perito” mediante falsa declaración no jurada, tan solo aparece “cara a cara” con el Juez. El secuestrador (inductor “*extraneus*”) realiza el hecho con dominio del

¹⁷³ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 182.

¹⁷⁴ *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 6ª ed., cit., p. 426.

hecho, pero no se incorpora a la posición especial de deber de una persona con “*status*” de testigo (la posición de testigo se presupone expresamente en el § 153 StGB —a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en los §§ 154 y 156 StGB—, de modo que la falsa declaración no jurada no se incluye en el grupo de los delitos especiales propios, siendo aquí la cuestión de la accesoriedad la misma y debiendo resolverse del mismo modo que en los delitos especiales propios). HERZBERG está de acuerdo con ROXIN cuando alude al deber de veracidad presupuesto por estos delitos como un deber “vinculado a la personalidad y procesal que no alcanza al no cualificado”. En opinión de HERZBERG y ROXIN, así como también de RUDOLPHI, es aplicable en relación a estos supuestos, en suma, el § 28.1 StGB.¹⁷⁵

HERZBERG comprueba las consecuencias de su clasificación de los delitos de propia mano con motivo del análisis de cuatro de los tipos comúnmente calificados como tales: el delito de relaciones sexuales entre parientes (“*Beischlaf zwischen Verwandten*”) del § 173 StGB; los delitos de “puesta en peligro del tráfico rodado” (“*Gefährdung des Straßenverkehrs*”) del § 315 c StGB y “conducción en estado de embriaguez” (“*Trunkenheit im Verkehr*”) del § 316 StGB; y, por último, el delito de “borrachera” (“*Vollrausch*”) del § 323 a StGB.

c.1. Delito de “relaciones sexuales entre parientes” (§ 173 StGB)

Señala HERZBERG que en el ejemplo de relaciones sexuales entre parientes por él planteado en el que los hermanos B y C violan a S, hermana de ambos, encargándose B de sujetarla brutalmente y C de

¹⁷⁵ Vid. HERZBERG, GA 1991, p. 182, y nota 71.

consumar el acto sexual, B, a pesar de ser “hermano” de la víctima y ejecutar el hecho conjuntamente con C, no puede ser autor del delito del § 173 StGB, porque no consuma el acto sexual. En opinión de HERZBERG, esta interpretación restrictiva del elemento de la acción típica resulta correcta, porque si se admitiese también la autoría mediata, entonces la cualificación del autor (ascendiente, descendiente, hermanos) carecería de todo sentido.¹⁷⁶ Tras la reforma del StGB, el legislador ha dado al delito el nombre de “relaciones entre parientes”, y ha intentado justificarlo con el fin de evitar puestas en peligro de bienes jurídicos, tales como posibles desestructuraciones familiares, o la posibilidad de daños psíquicos, eugenésicos o genéticos.¹⁷⁷ Si los bienes jurídicos protegidos en el tipo son efectivamente éstos, entonces realiza todo el desvalor del hecho también aquél que produce el tráfico incestuoso con dominio del hecho sin ejecutar él mismo el acto sexual. El hecho de que, sin embargo, no pueda ser autor tan solo podría explicarse como limitación del tipo al supuesto típico y a la imagen del delito presente en la conciencia general. En suma: a la vista de todo lo anterior, el § 28.1 StGB no debería aplicarse al partícipe.¹⁷⁸

c.2. Delitos de “puesta en peligro del tráfico rodado” (§ 315 c StGB) y “conducción en estado de embriaguez” (§ 316 StGB)

Igual de incorrecto sería, según el parecer de HERZBERG, extender las referidas conclusiones a los supuestos de los §§ 315 c y 316 StGB, cometidos a través del “conducir” de un automóvil en el tráfico rodado. La interpretación general de que este elemento de la acción tan solo

¹⁷⁶ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 184.

¹⁷⁷ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 184, nota 76.

¹⁷⁸ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 184.

puede ser realizado de propia mano únicamente puede justificarse, en opinión de HERZBERG, partiendo del supuesto típico y la comprensión literal natural orientada a este supuesto típico. Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en que un borracho conduce un automóvil porque su copiloto ha simulado un test alcoholométrico y su capacidad de conducir o porque le ha colocado un revólver en la nuca. El hecho de que una tal creación de un peligro con dominio del hecho mediante “embriaguez en el tráfico” no sea subsumible en el § 316 StGB no guarda relación alguna con la posible ausencia de un deber especial y con un menor merecimiento de pena.¹⁷⁹

c.3. Delito de “embriagamiento” (§ 323 a StGB)

De acuerdo con este precepto, el autor debe “embriagarse”, es decir, debe someter su propio cuerpo a un estado de embriaguez. El embriagamiento por otras vías, incluso aunque tenga lugar con dominio del hecho, ha sido descartado por el legislador. JAKOBS considera que el fundamento de la pena del § 323 StGB no se encuentra en el desenfreno peligroso en abstracto, sino en “la pérdida de la posibilidad de resolver por medio de la imputación el conflicto que representa el hecho en el estado de embriaguez”. En opinión de JAKOBS, el “deber de no eliminar la imputabilidad” alcanza solamente “al correspondiente destinatario de la imputación”, se trata, por tanto, de un “deber especial” (“*Sonderpflicht*”). Al planteamiento de JAKOBS se adhiere de forma expresa ROXIN.¹⁸⁰ Sin embargo, HERZBERG es de la opinión de que la concepción sobre el fundamento del § 323 StGB defendida por JAKOBS y ROXIN es

¹⁷⁹ *Vid.* HERZBERG, GA 1991, pp. 183 s.

¹⁸⁰ *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 6ª ed., cit., pp. 466 ss.

completamente equivocada. Lo que el legislador teme del descontrol que puede provocar el estado de embriaguez son los hechos lesivos y los conflictos que el sujeto puede ocasionar como consecuencia de dicho desenfreno. Debido a que las conminaciones penales normales a menudo carecen aquí de eficacia, el legislador penal se vio obligado a crear una amenaza penal complementaria dirigida contra el “descontrol étílico” mismo con el objetivo de controlar las lesiones y los conflictos que podrían derivarse del desenfreno étílico. En la concepción de JAKOBS y ROXIN parece que el conflicto deje de existir tan solo si acto seguido “puede resolverse por medio de la imputación”. En opinión de HERZBERG, el planteamiento de estos dos autores implica la sustitución del sentido de la norma primaria por medio de una norma secundaria. En opinión de HERZBERG, el hecho de que el fundamento de la pena consista o no en el deber de “no eliminar la imputabilidad” en modo alguno permite llegar a la conclusión de que dicho deber deba estar limitado como un deber personalísimo que solo alcance a los “destinatarios de la imputación”.¹⁸¹ En opinión de HERZBERG, la limitación de la ejecución de la acción al propio cuerpo del sujeto no tiene el sentido de adecuar la ley penal a un especial deber previo al Derecho penal o, en nombre de la justicia penal, tener en consideración una diferencia de desvalor. Consciente o inconscientemente, el legislador ha contemplado únicamente el caso normal y típico, que es el del “*autoembriagamiento*” (“*Selbstberauschung*”), y le ha dado forma al tipo de acuerdo con esta imagen. La valoración que a HERZBERG le merece el § 323 a StGB es la siguiente: el tipo tiene virtudes y carencias al mismo tiempo. El precepto es relativamente concreto, claro y de fácil comprensión, pero a costa de una laguna de punibilidad: la impunidad del autor mediato. Según

¹⁸¹ Vid. HERZBERG, GA 1991, p. 183.

HERZBERG, el autor mediato no merece quedar libre de pena, sino que debería ser castigado con la misma pena que si se hubiese embriagado él mismo. Lo mismo rige, en su opinión, para el inductor, por lo que la aplicación del § 28.1 StGB tampoco en este caso sería correcta.¹⁸²

6.2. *Valoración crítica*

En opinión de ROXIN, la terminología empleada por HERZBERG en su tercera formulación le permite superar la confusión generada en las dos primeras formulaciones de su concepción. No obstante, ROXIN ha señalado que carece de sentido distinguir entre “elementos personales funcionalmente objetivos” y los “elementos meramente tipificadores”, categorías que HERZBERG opone en su tercera formulación a la integrada por los “elementos relevantes para el desvalor del hecho”. Según ROXIN, los dos primeros grupos de elementos distinguidos por HERZBERG deben ser reconducidos a un único grupo: el de los elementos que se limitan a cumplir una función de tipificación, que, según HERZBERG, constituye el criterio determinante de la no aplicación del § 28 StGB. En los §§ 183 StGB (exhibicionismo masculino) y 142 StGB (alejamiento no permitido del lugar del accidente), donde el “hombre” o el “potencial interviniente en el accidente”, respectivamente, son “elementos funcionalmente objetivos”, el resultado del delito solo puede ser causado, en el sentido previsto por el tipo, por hombres o potenciales causantes del accidente. El único modo de convertir dichos elementos limitadores de la autoría en elementos objetivos, esto es, en elementos “no personales” en el sentido del § 28 StGB, consistiría, señala ROXIN, en hacer extensiva la autoría del delito a cualquier persona, convirtiendo, “*contra legem*”, el delito especial en un

¹⁸² *Vid.* HERZBERG, GA 1991, p. 183.

delito común. Ello también sería posible en los tipos del segundo grupos de supuestos castigándose, por ejemplo, en el § 288 StGB la frustración del procedimiento de ejecución forzosa, o en el § 297 StGB la puesta en peligro de barcos, automóviles o aviones por medio del cargamento de mercancía clandestina cometidas por cualquier persona.¹⁸³

7. “Elementos del injusto común” *versus* “elementos del injusto especial”

7.1. *Planteamiento*

De acuerdo con el punto de vista adoptado por algunos autores, todos los elementos personales especiales pertenecientes al injusto tienen como denominador común el hecho de permitir distinguir a los delitos que los contienen de los delitos comunes al describir a aquéllos como delitos con un contenido de injusto *especial* no realizable, a título de autor, por cualquiera. Según la teoría del injusto especial, lo característico de los delitos especiales reside en su *injusto*. Los delitos especiales son delitos con un *injusto especial*, distinto al injusto propio de los delitos comunes.¹⁸⁴ Entre las teorías que entienden que los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales como elementos que describen un injusto especial, creo que es conveniente distinguir, y analizar por separado, dos clases de concepciones: por una parte, las teorías que fundamentan el injusto especial de los delitos especiales en la existencia de un deber especial que recae sobre el “*intra-neus*”; por otra, las restantes teorías del injusto especial.

¹⁸³ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/49.

¹⁸⁴ *Vid.* SCHWERDTFEGGER, *Besondere persönliche Unrechtsmerkmale*, cit., p. 125. Entre nosotros, *vid.* las referencias a este punto de vista que se encuentran en ALCÁ CER GUIRAO, RDPC 2001, p. 40; SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 626.

Representan la primera de estas dos teorías las concepciones de WELZEL,¹⁸⁵ Armin KAUFMANN,¹⁸⁶ HARDWIG,¹⁸⁷ ROXIN,¹⁸⁸ CORTÉS ROSA,¹⁸⁹ STRATENWERTH,¹⁹⁰ WAGNER,¹⁹¹ OTTO,¹⁹² JAKOBS,¹⁹³ VOGEL¹⁹⁴ y SÁNCHEZ-VERA.¹⁹⁵

¹⁸⁵ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, p. 148; 6ª ed., 1958, p. 170; 7ª ed., 1960, p. 172; 11ª ed., 1969, p. 195 (4ª ed. castellana, p. 230); el mismo, JZ 1952, p. 208.

¹⁸⁶ Vid. KAUFMANN, A., *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, 1954 (traducción al castellano bajo el título “Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna” a cargo de Enrique Bacigalupo Zapater y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires 1977); el mismo, “Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung”, *FS-Klug*, pp. 283 ss. (traducción al castellano bajo el título de “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad” por Joaquín Cuello Contreras, ADPCP 1984, pp. 5 ss.).

¹⁸⁷ Vid. HARDWIG, “Par. 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches”, GA 1954, pp. 65-77; el mismo, “Der Versuch bei untauglichen Subjekt”, GA 1957, pp. 170-176.

¹⁸⁸ Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., 1994, § 28.

¹⁸⁹ Vid. CORTÉS ROSA, “Teilnahme am unechten Sonderverbrechen”, ZStW 1978 (90), pp. 413-441.

¹⁹⁰ Vid. STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., cit., § 11/66; el mismo, “Der Versuch des untauglichen Subjekt”, *FS-Bruns*, p. 66.

¹⁹¹ Vid. WAGNER, *Amtsverbrechen*, Berlín 1975, *passim*.

¹⁹² Vid. OTTO, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, Jura 1987, p. 257.

¹⁹³ Vid. JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., 25/44.

¹⁹⁴ Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín 1992, pp. 27-56 y 125-145.

¹⁹⁵ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit bei Tun und Unterlassen*, Berlín 1999, cit., *passim*.

Defiende, en cambio, una teoría del injusto especial no directamente vinculada a la idea de deber jurídico especial VOGLER,¹⁹⁶ LANGER,¹⁹⁷ DEICHMANN,¹⁹⁸ HAKE¹⁹⁹ y GERL,²⁰⁰ por una parte, y, por otra, los representantes de la teoría del bien jurídico especial.

7.2. *Exposición de las teorías del injusto especial vinculadas a la idea de deber jurídico especial*

7.2.1. *Introducción: la teoría del deber jurídico especial como desarrollo de la teoría de la norma especial*

La teoría de los elementos de deber jurídico especial nació con el objeto de erigirse en una forma perfeccionada de la concepción de la norma especial²⁰¹ superadora de una de las limitaciones que esta segunda teoría presentó desde sus orígenes: su incapacidad para explicar de forma unitaria los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios.²⁰² Si para la teoría de la norma especial los delitos especiales se distinguen por que,

¹⁹⁶ Vid. VOGLER, “Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt”, *FS-Lange*, pp. 277 ss.

¹⁹⁷ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., *passim*.

¹⁹⁸ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat. Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten*, Berlín 1994, cit., *passim*.

¹⁹⁹ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit und «besondere persönliche Merkmale»*. Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB, Berlín 1994, cit., *passim*.

²⁰⁰ Vid. GERL, *Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 28 StGB*, Tesis doctoral de Berlín, 1975, *passim*.

²⁰¹ Para un análisis detallado de esta teoría, *vid. infra*.

²⁰² No puede extrañar, por ello, que la mayor parte de los partidarios de la teoría de los elementos de deber jurídico especial defiendan, a su vez, la idea de la norma con círculo

en ellos, la norma solo se dirige a los sujetos cualificados por el tipo, ¿cómo puede explicar esta teoría la existencia de los delitos especiales impropios, que se caracterizan precisamente por que también pueden ser cometidos, como delito común, por un sujeto no cualificado? Quizá quepa convenir que en los delitos especiales propios se produce la infracción de una norma dirigida solamente a un círculo limitado de sujetos. Pero ¿puede decirse realmente que en los delitos especiales impropios también se produce la infracción de una norma especial en el sentido que acaba de ser indicado? La teoría de la norma especial trató de solucionar esta aparente contradicción señalando que en los delitos especiales propios se produce la infracción de una única norma especial, mientras que los delitos especiales impropios se distinguen, en cambio, por representar la vulneración de dos normas: una común, dirigida contra todos, y otra especial, que tiene por destinatarios a los sujetos pertenecientes a un círculo limitado de personas. Pero, con ello, la teoría de la norma especial vino precisamente a reconocer su incapacidad para reconducir todos los delitos especiales a una estructura normativa unitaria.²⁰³

La teoría de los elementos de deber jurídico especial pretendió poner de relieve que la elaboración de esta estructura normativa unitaria para delitos especiales propios e impropios era, en realidad, posible. Para la consecución de este objetivo, la teoría de los elementos de deber jurídico especial relegó a un segundo plano el concepto de “norma” y pasó a dar protagonismo a la noción de “deber”. Para los seguidores de esta segunda concepción, todos los delitos especiales, tanto los propios como los

especial de destinatarios. Sin embargo, ello no siempre ocurre. Tal es el caso, por ejemplo, de Armin KAUFMANN, o en la actualidad de Claus ROXIN.

²⁰³ *Vid.* LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 258 s.

impropios, se caracterizan por constituir la vulneración de dos deberes jurídicos: un deber jurídico general o común, que recae sobre todos los sujetos; y un deber jurídico especial o “aumentado” adicional que solo recae sobre el “*intra-neus*”, y cuya infracción da lugar a un incremento del desvalor de la acción.²⁰⁴

La teoría de los elementos de deber jurídico especial tuvo su origen en la continuación y reformulación de la tradición normológica de BINDING y NAGLER operada desde el finalismo por Hans WELZEL y su discípulo Armin KAUFMANN; fue proseguida primero de la mano de Werner HARDWIG y luego de Claus ROXIN, Manuel CORTÉS ROSA, Günter STRATENWERTH, Heinz WAGNER y Harro OTTO; y llega hasta nuestros días gracias a las concepciones defendidas en Alemania por Günter JAKOBS y Joachim VOGEL, y entre nosotros por Javier SÁNCHEZ-VERA. A continuación se procederá a la exposición de cada una de estas concepciones. Para ello se analizará, en primer lugar, las teorías según las cuales la limitación del círculo de autores operada por el legislador en los delitos especiales revela la existencia de normas especiales cuyos únicos destinatarios son los sujetos cualificados por el tipo. Es decir, las teorías de la norma especial. En segunda instancia serán objeto de examen las teorías que explican la restricción de la esfera de posibles autores de los delitos especiales como la expresión de un deber especial que solo obliga a estos sujetos.

7.2.2. Teorías de la norma especial

a) Introducción

²⁰⁴ Vid. HARDWIG, GA 1957, pp. 172 ss. Sobre todo lo anterior, vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 262.

La línea de pensamiento que pone el acento en el ámbito de validez personal limitado de las normas penales especiales constituye una concepción ya clásica en la historia de la doctrina alemana. La tesis de los delitos especiales como delitos cuya esencia se explica a partir de la presencia de normas con círculo limitado de destinatarios hunde sus raíces en las concepciones clásicas de base normológico-formal defendidas desde el formalismo jurídico clásico por Karl BINDING y Johannes NAGLER.

b) *La teoría de las normas especiales de BINDING*

BINDING distinguió entre los conceptos de “norma” y “ley penal”. La norma consiste, para BINDING, en una obligación o mandato, no necesariamente escrita, perteneciente al Derecho público. La ley penal forma parte, en cambio, del Derecho penal escrito, y tiene por objeto la sanción de la infracción de la norma imperativa de Derecho público. La norma de Derecho público *prohíbe* u *obliga*; la ley penal *castiga*. El Derecho penal cumple para BINDING, así, una función meramente *sancionadora*. La norma de Derecho público precede a la Ley penal. De lo contrario, la ley penal castigaría de forma completamente arbitraria. Es de suponer, en efecto, que si el Derecho penal castiga con pena una conducta, ello es debido, precisamente, a que esa conducta constituye la infracción de una norma prohibitiva o preceptiva previamente existente.²⁰⁵

Según BINDING, en los llamados delitos especiales, la ley penal castiga únicamente a los sujetos pertenecientes a una determinada clase social. La ley penal positiva configura a los delitos especiales —siempre

²⁰⁵ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 2/10; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación a las bases del Derecho penal*, cit., p. 52.

según BINDING— como “delitos de clase” (“*Standesdelikte*”).²⁰⁶ Al legislador penal no le está permitido, sin embargo, castigar solo a los sujetos pertenecientes a un determinado círculo de forma arbitraria. Si en los delitos especiales la ley penal ha decidido castigar solo a ciertos sujetos, ello solo puede deberse —señala BINDING— a que únicamente estos sujetos pueden infringir la norma de Derecho público cuya infracción castiga el Derecho penal escrito. En última instancia, la diferencia entre los delitos comunes y los delitos especiales reside, por tanto, en el elemento del destinatario de la norma de Derecho público. Así, mientras que en los delitos comunes la norma se dirige a todos, en los delitos especiales la norma se dirige, en cambio, únicamente a un círculo limitado de personas. De este modo, solo los sujetos pertenecientes a la clase social prevista por la ley penal escrita tendrán “capacidad de acción” en los delitos especiales. Es decir: solo ellos podrán ser castigados como autores de la infracción de una norma especial. De acuerdo con esta concepción, cada delito especial será un *delito propio* (“*delictum proprium*”) de la correspondiente clase social prevista en la ley penal.²⁰⁷

En materia de destinatarios de las normas, BINDING distingue, no obstante, entre el *deber* derivado de la norma y la *infracción* de esta última. Según BINDING, los deberes que las normas pretenden fundamentar pueden recaer o bien sobre *todos los sujetos con capacidad jurídica*, o bien

²⁰⁶ BINDING se adhirió en esta materia a la concepción liberal defendida hasta entonces por FEUERBACH. Vid. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 1922 (reimpresión 1991), p. 126.

²⁰⁷ Vid. BINDING, *Die Normen ...*, cit., p. 126. La concepción de BINDING fue seguida por una parte de la doctrina de la época partidaria de la teoría de los imperativos. Tal es el caso de autores como FINGER, OETKER, SCHOETENSACK, KOHLRAUSCH, DEYHLE, así como de NIETHAMMER, FRÜHAUF y BAMBACH (aunque estos últimos emplean una terminología algo discrepante), entre otros. Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 162; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 54 s.

solo sobre determinados círculos de sujetos, tales como los funcionarios, los soldados, los miembros del parlamento, los comerciantes, los empresarios o los marineros. La primera clase de deberes daría lugar, en opinión de BINDING, a normas generales. La segunda, en cambio, a normas especiales.²⁰⁸ Considera BINDING que ello no significa, sin embargo, que las normas generales puedan ser *infringidas* por cualquiera, y que las especiales solo puedan serlo por los sujetos pertenecientes al círculo de obligados. De la clasificación en normas generales y normas especiales lo único que se desprende es que el círculo de sujetos *inmediatamente* vinculados por las normas especiales es más reducido que el ámbito de validez personal de las normas generales. La infracción de la norma especial constituye, en el sentido acabado de referir, un delito especial, esto es, un delito *propio* (“*delictum proprium*”) de esa clase. Pero de una forma *indirecta*, el resto de sujetos de derecho también se encuentra vinculados por la norma especial. De este modo, la conducta de un particular consistente en la inducción o cooperación a un delito especial constituye una conducta antijurídica.²⁰⁹

c) *La teoría de las normas especiales de NAGLER*

Partiendo de la teoría de las normas desarrollada por BINDING, también NAGLER consideró que la cuestión relativa al destinatario de la norma puede influir en el tratamiento de los delitos especiales.²¹⁰ En su opinión, solo podrán “sublevarse” contra una norma aquellos sujetos de los

²⁰⁸ Vid. BINDING, *Die Normen ...*, cit., p. 126. Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, p. 57.

²⁰⁹ Vid. BINDING, *Die Normen ...*, cit., p. 126.

²¹⁰ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig 1903, pp. 4 ss.

que ésta reclame sumisión. Es decir: solo el sujeto que esté obligado a cumplir una norma tendrá capacidad jurídica para infringirla.²¹¹ A juicio de NAGLER, no existe un criterio que permita conocer de modo definitivo, en abstracto y *a priori*, cuáles son los sujetos obligados por una norma. El único método válido para resolver la cuestión acabada de plantear consiste, según la concepción de NAGLER, en un análisis jurídico-positivo de cada delito.

El análisis del derecho positivo propuesto por NAGLER pondría de manifiesto que, en materia de destinatarios de las normas, el ordenamiento jurídico puede optar por dos posibles alternativas: o bien imponer deberes jurídicos a todos los sujetos de derecho, dando lugar, así, a que cualquier persona pueda también incumplirlo; o bien configurar los tipos de sus preceptos atendiendo especialmente a la personalidad de los así obligados. En los delitos donde la ley opta por esta segunda opción, el legislador selecciona, de entre todos los sujetos con capacidad para delinquir en abstracto, a un determinado grupo de sujetos. De este modo, solo a este grupo de sujetos se encuentran dirigidas las normas especiales de conducta sobre cuya base descansan estos tipos.²¹²

Señala NAGLER que la referida restricción del círculo de posibles destinatarios de la norma penal operada por ciertos tipos penales obedece a dos distintas clases de razones jurídicas: o el bien jurídico protegido solo puede ser lesionado o puesto en peligro por quienes pertenecen a un determinado grupo de sujetos de derecho; o el ordenamiento jurídico considera que para la consecución de sus objetivos no es necesaria la

²¹¹ *Vid.* NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., pp. 7 s.

²¹² *Vid.* NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., pp. 7 ss.

movilización de todos los sujetos de derecho, sino que basta con dirigir la norma a determinadas categorías de personas.²¹³ De entre los numerosos ejemplos de delitos que constituye la infracción de una norma con círculo “especial” de destinatarios destacan por su número los delitos que consisten en la vulneración de deberes profesionales (“*Berufspflichten*”). En estos delitos, los sujetos obligados se distinguen del resto de sujetos de derecho por que el tipo exige de ellos la concurrencia de determinados elementos altamente personales.²¹⁴

Como BINDING, también NAGLER distingue entre norma (primaria) y ley penal (secundaria). NAGLER considera que la relación existente entre ambas permite la posibilidad de referirse a varias clases de supuestos. En opinión de NAGLER, puede suceder, en primer lugar, que la ley penal comprenda a todos los sujetos de derecho. Si ello es así, entonces es seguro que la norma también se dirige a la generalidad de los sujetos de derecho. Cuando la ley penal comprende, en segundo lugar, solo a un círculo limitado de personas, entonces caben dos posibilidades: que la norma primaria previa a la ley penal se dirija contra un círculo limitado de sujetos, o que la norma primaria se dirija, en cambio, contra todos los miembros de la colectividad. Al legislador penal no le está permitido ampliar la esfera de sujetos afectados por la ley secundaria por encima del círculo de destinatarios de la norma primaria. Pero es posible que la ley penal (secundaria) “especial” sea, en cambio, la expresión de una norma (primaria) “general” o “especial”. En el segundo caso, el círculo de afectados por la ley penal coincidirá con el círculo de destinatarios de la norma primaria. En el primero —prosigue NAGLER—, la ley penal afecta

²¹³ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., pp. 9 y 18.

²¹⁴ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 10.

a un círculo de personas más reducido que el círculo de destinatarios de la norma (primaria).²¹⁵

Para saber cuándo la norma primaria que precede a una ley penal secundaria es “general”, esto es, se dirige a todos, o bien es, en cambio, “especial”, es decir, se dirige solo a un círculo limitado de destinatarios, no es suficiente, en opinión de NAGLER, con un simple análisis del tenor literal de los tipos penales en juego.²¹⁶ La cuestión planteada solo puede ser resuelta, según el parecer de NAGLER, a partir de un razonamiento supralegal. Dicho razonamiento es el siguiente: las normas (primarias) se dirigen, por lo general, a todos los sujetos de derecho. Algunas normas, sin embargo, tienen como destinatario a los sujetos pertenecientes a un círculo especial de la vida. Se trata de aquellos sujetos que no están *física, intelectual o jurídicamente* imposibilitados para producir un resultado constitutivo de delito.²¹⁷ En suma: la norma primaria solo estará dirigida — según el razonamiento de NAGLER— contra los sujetos con capacidad *física, intelectual o jurídica* para cometer el delito. Solo estos sujetos podrán ser autores de un delito, porque solo ellos tienen capacidad para infringir la norma primaria. Una ley penal secundaria no podrá ampliar el ámbito personal de vigencia de la norma primaria determinando, por ejemplo, el castigo del inimputable o del “*extraneus*” en un delito especial.

Completamente distintos son para NAGLER, en cambio, los supuestos en que la incapacidad del sujeto para cometer el delito consiste en una incapacidad *material*. Es incapaz de cometer un delito por razones

²¹⁵ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 10.

²¹⁶ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 10.

²¹⁷ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., pp. 11 ss.

materiales, por ejemplo, el sujeto que no puede cometer el delito por falta de medios o de oportunidad. En opinión de NAGLER, a diferencia de lo que sucede en los casos de incapacidad *jurídica* para ser autor de un delito, sería absurdo afirmar que el ordenamiento jurídico no se dirige, en cambio, contra aquel sujeto con capacidad jurídica para cometer delitos, pero que no lo comete por simple incapacidad *material*. También un tal sujeto debe ser concebido, según NAGLER, como destinatario de la norma. En los casos en que la comisión del delito requiere, en cambio, de una capacidad jurídica especial propia de un círculo especial de sujetos, la norma solo puede dirigirse contra los sujetos que pertenecen a este círculo. Esta relación de pertenencia viene caracterizada por medio de ciertos elementos especiales. La norma primaria solo se dirigirá, por tanto, contra aquellos sujetos que presenten estos elementos especiales.²¹⁸

Recapitulando: son delitos especiales (“*Sonderverbrechen*”) o delitos propios (“*delicta propria*”, “*eigentümliche Delikte*”) para NAGLER aquellos delitos que consisten en la infracción de preceptos cuyos destinatarios se caracterizan por tener una capacidad jurídica “especial”. Deben ser considerados delitos comunes (“*Gemeinverbrechen*”), en cambio, aquellos delitos cuya esencia debe reside en la infracción de mandatos y prohibiciones generales.²¹⁹

A juicio de NAGLER, puesto que los delitos especiales no consisten, en su opinión, en ataques antijurídicos contra bienes jurídicos que se encuentren al alcance de cualquiera, sino de atentados dentro de una relación estrictamente individual del concreto autor, a los sujetos extraños a

²¹⁸ Sobre todo lo anterior, *vid.* LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 53.

²¹⁹ *Vid.* NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 18. Sobre ello *vid.* LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 54 y 57.

aquella relación individual no se les puede hacer responsables de la vulneración del deber especial.²²⁰ Según NAGLER, si la esencia de los delitos especiales consiste en que, en ellos, el ordenamiento jurídico dirige las prohibiciones y los mandatos exclusivamente a determinados grupos de personas, de ello se desprende, en opinión de NAGLER, que a las terceras personas ajenas a dicho círculo no les afectan aquellas normas especiales, ni como autores ni como partícipes.²²¹ Sin embargo, NAGLER considera que, puesto que la “norma especial” tiene un doble ámbito de vigencia, uno primario o inmediato que alcanza “en primer lugar” (“*in erster Linie*”) a los sujetos cualificados en los delitos especiales, es decir, a aquéllos que pueden ser autores, y uno secundario o mediato que afecta “en segundo lugar” (“*in zweiter Linie*”) al resto de posibles intervinientes en el hecho, esto es, los “*extranei*”, estos últimos sujetos no deben responder por la infracción de la norma especial en relación con el primero de sus dos ámbitos de vigencia, pero sí en relación con el segundo, en cuya virtud les está prohibido participar en la infracción de aquel deber individual.²²²

7.2.3. Teorías del deber especial

a) La tesis de WELZEL

a.1. Introducción

En opinión de WELZEL, la restricción del círculo de destinatarios que la norma penal experimenta en el marco de los “auténticos delitos

²²⁰ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 111.

²²¹ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 113.

²²² Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., pp. 115 s.

especiales” se debe a que esta clase de delitos consisten, en realidad, en la infracción de un deber jurídico especial que vincula al autor. Los elementos que en los delitos de referencia aluden al señalado deber jurídico especial reciben en WELZEL el nombre de “elementos de deber jurídico” (“*Rechtspflichtmerkmale*”). El elemento de deber jurídico más característico es, para WELZEL, el elemento “funcionario” de los delitos propios de funcionario.

Sin embargo, los delitos de funcionario no son, a juicio de WELZEL, los únicos delitos consistentes en la infracción de un deber jurídico especial previstos en el StGB. Comparten dicha consideración con la referida constelación delictiva, desde la perspectiva de WELZEL, todos aquellos delitos cometidos por aquellas personas sobre quienes, a través de su trabajo o su posición, recae un deber jurídico especial. Así las cosas, son elementos de deber jurídico, en su opinión, el elemento “soldado” de los delitos militares; el elemento “abogado” de los delitos previstos en los antiguos §§ 352 StGB (gravar con impuestos excesivos) y 356 StGB (traición a las partes en un proceso); los elementos “notario”, “médico” y “farmacéutico” de los delitos del antiguo § 300 StGB; y los “maestros” y “educadores” de los §§ 174 y 175.2 StGB (delitos contra la libertad sexual). Y delitos consistentes en la infracción de un deber especial los citados delitos de los que estos elementos forman parte.²²³

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los elementos de deber jurídico especial de los auténticos delitos especiales puede ser

²²³ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, p. 148; 6ª ed., 1958, p. 170; 7ª ed., 1960, p. 172; 11ª ed., 1969, p. 195 (4ª ed. castellana, p. 230); el mismo, “Der Irrtum über die Amtspflicht”, JZ 1952, p. 208. Vid. sobre todo esto ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., 1970, p. 5.

considerada uno de los puntos más oscuros de la concepción de WELZEL en materia de delitos especiales. No en vano, como ya ROXIN se encargó de poner de manifiesto, WELZEL cambió de opinión sobre la cuestión acabada de plantear a partir de la 5ª edición de su *Das deutsche Strafrecht*. Es posible afirmar, por tanto, que WELZEL desarrolló su teoría de los deberes jurídicos especiales de la antijuricidad a través de dos distintas formulaciones.

De acuerdo con la primera formulación de la referida teoría, defendida por WELZEL, en las cuatro primeras ediciones de su Tratado de Derecho penal, así como en su trabajo “Der Irrtum über die Amtspflicht”,²²⁴ los elementos de deber jurídico especial presentes en los delitos especiales no pertenecen a la tipicidad, sino a la antijuricidad. En su segunda formulación de la teoría de los deberes especiales, WELZEL estima preferible considerar que los elementos de deber jurídico especiales forman parte, en cambio, del tipo objetivo del correspondiente delito especial.²²⁵

a.2. *Primera formulación de la tesis de WELZEL*

De acuerdo con la primera formulación de la teoría de los deberes jurídicos defendida por WELZEL, los elementos de deber jurídico especial de los delitos especiales se encuentran ubicados *formalmente* en el tipo; pero pertenecen, *materialmente*, a la categoría de la antijuricidad. *Materialmente*, los elementos de deber jurídico no son, por tanto,

²²⁴ Publicado en JZ 1952, pp. 208 s.

²²⁵ *Vid.*, ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., p. 6, nota 31.

elementos del tipo, sino elementos del injusto.²²⁶ Así, por ejemplo, el elemento “funcionario”, junto con las cualidades fundamentadoras de la cualidad de funcionario, no pertenecía a la descripción del hecho, sino que tan solo caracterizaba un deber específico, o mayor que el de otros ciudadanos, de omitir la acción descrita en el tipo. Según este razonamiento, el elemento en cuestión sería un mero elemento de deber jurídico perteneciente a la antijuricidad. La cualidad de funcionario del sujeto activo de un delito de funcionario no era una “circunstancia del hecho” (“*Tatumstand*”) integrante del curso causal de la acción, sino un elemento de deber jurídico que servía para graduar el grado de antijuricidad de la acción.

Escribió WELZEL en relación con los delitos contra la función pública: “La esencia de los delitos contra la función pública consiste en que los delitos son cometidos como vulneraciones del deber de funcionario abusando del poder de funcionario. La cualidad de funcionario no convierte al hecho en un delito de funcionario, porque también el funcionario puede cometer apropiaciones indebidas, lesiones corporales o privaciones de libertad comunes. Lo que sucede, antes bien, es que la vulneración del deber de funcionario es lo que distingue al delito contra la función pública. El deber de funcionario que se deriva de su incorporación a la posición de funcionario somete al funcionario a un deber, en parte específico y en parte mayor, de comportarse con fidelidad al derecho. Por todo ello, la “cualidad” de funcionario no es, en contra de la opinión defendida hasta ahora por la doctrina y la jurisprudencia (...) una circunstancia del hecho en el sentido del § 59, sino que caracteriza el deber jurídico especial del autor. El error sobre el deber de funcionario no es, por ello, un error de tipo, sino un error de prohibición. No excluye el dolo típico, sino que solo atenúa la culpabilidad cuando es evitable, y disculpa cuando es inevitable. A la inversa, la creencia errónea de un deber de funcionario no existente conduce únicamente al delito putativo”.²²⁷

²²⁶ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., cit., p. 147. Ya antes en “Studien zum System des Strafrechts”, ZStW 1939, p. 522, así como en su *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlín 1940, p. 36, WELZEL había calificado los elementos de funcionario en los delitos de función pública, soldado en los militares del Código penal militar, o comerciante en los delitos concursales, como “momentos objetivos de autoría del tipo de injusto”.

²²⁷ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1954, cit., p. 396. En idéntico sentido ya WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1949, p. 254; el mismo, JZ 1952, pp. 208 y 209 in fine. Sobre todo lo anterior, vid. ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., p. 6.

Pese a que WELZEL reconoció que la formulación de su teoría de los elementos de deber jurídico especial se hizo pensando originalmente en los delitos de funcionario, el autor acabó reconociendo que aquella concepción podía hacerse extensiva, sin traumas, a todos los delitos especiales.²²⁸

En opinión de WELZEL, la imputación a un sujeto de la infracción de un deber jurídico especial fundamentador de la antijuricidad requiere dos requisitos: a) concurrencia *real* de los presupuestos objetivos del deber jurídico especial; y b) conocimiento de la “posición fundamentadora del deber” (“*pflichtbegründede Lebensverhältnis*”) por parte del sujeto. Así, por ejemplo, para que pueda decirse que un sujeto infringe el deber jurídico especial que vincula al funcionario público, no solo se precisa que el sujeto en cuestión *sea* en realidad funcionario, sino, además, que tenga conocimiento de ello.²²⁹

La principal consecuencia de la primera formulación de la teoría de los deberes jurídicos especiales de WELZEL para la cuestión relativa a la participación de “*extranei*” en los delitos especiales fue la siguiente: puesto que solo el “*intraneus*” infringe el deber jurídico especial, solo su conducta, y no la del partícipe “*extraneus*”, tendrá el contenido de desvalor adicional que dicha vulneración añade a la conducta típica. Por ello, el partícipe “*extraneus*” deberá ser castigado con una pena inferior a la que corresponde al sujeto cualificado. En opinión de WELZEL, ello ocurre tanto en los delitos especiales impropios como en los delitos especiales

²²⁸ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., p. 422.

²²⁹ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed, cit., p. 422; ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., p. 6, nota 28.

propios. En relación con los primeros, el antiguo § 50.2 StGB disponía expresamente que el partícipe “*extraneus*” debía ser castigado con la pena correspondiente al delito común. De este modo, si, por ejemplo, un no funcionario ayuda a un funcionario a cometer una malversación de caudales públicos (§ 350 StGB), el funcionario responderá como autor de este segundo delito, mientras que el no funcionario, al no infringir ningún deber jurídico especial, deberá ser castigado como partícipe en un delito de apropiación indebida común (§ 246 StGB).²³⁰ Por lo que respecta a los delitos especiales propios, como el delito de prevaricación (§ 336 StGB), WELZEL reconoce que el StGB no prevé *expresamente* una regla de determinación de la pena que permita atenuar la responsabilidad del partícipe “*extraneus*”. No obstante, puesto que también en este caso la conducta del sujeto cualificado tiene menor contenido de injusto que la del “*intraneus*”, debido a que el primero no infringe deber especial alguno, WELZEL propone una solución: atenuar la pena para todo partícipe “*extraneus*” en un delito especial propio mediante la extensión *analógica* de la atenuación facultativa prevista en el § 49 antiguo StGB para el cooperador también al inductor, que, en aplicación del § 48 antiguo StGB, debía ser castigado con la misma pena que el autor.²³¹

Con esta solución, WELZEL vino a evitar la solución consistente en castigar al inductor de un delito especial propio con la pena correspondiente al “*intraneus*”, que el propio WELZEL calificó en anteriores ediciones de su tratado como “un estado jurídico insatisfactorio”.²³²

²³⁰ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1947, p. 68; 4ª ed., cit., pp. 88 s. y 397.

²³¹ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., cit., p. 89.

²³² Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1947, p. 69. Nótese, sin embargo, que con la aplicación analógica del antiguo § 49 StGB (cooperador) al inductor, WELZEL sólo atenuaba, con respecto a los supuestos de participación en los delitos comunes, la pena del inductor; y, en segundo lugar, equiparaba la pena del inductor con la del cooperador, cuando el legislador había querido distinguirlos. Por todo ello, WELZEL debería haber encontrado un modo de atenuar más la pena del cooperador.

a.3. Segunda formulación de la tesis de WELZEL

En las ediciones posteriores a la 4ª edición de su Tratado, WELZEL sigue mostrándose partidario de considerar los elementos de autoría de los delitos especiales como elementos de deber jurídico especial.²³³ Es más: en 1958, con motivo de la publicación de la 6ª edición de su *Das deutsche Strafrecht*, llega la esperada fundamentación de la teoría de los deberes jurídicos especiales de WELZEL. Hasta aquella fecha, WELZEL se había declarado partidario de entender los elementos de autoría de los “auténticos” delitos especiales como elementos pertenecientes a la antijuricidad, y no como elementos del tipo. Pero hasta la citada edición de 1958, WELZEL no había dado respuesta a la pregunta de por qué motivo los elementos de autoría constituían elementos pertenecientes al injusto y no, en cambio, elementos del tipo. En la obra de referencia, así como en las ediciones que sucedieron a ésta, WELZEL fundamentó la naturaleza jurídica de los elementos de autoría como elementos pertenecientes a la antijuricidad sobre la base de sus particulares conceptos de tipicidad y antijuricidad, así como de su concepción sobre la relación existente entre estas dos categorías sistemáticas del delito.

WELZEL define el tipo como “la concreta descripción del comportamiento prohibido”, o como la descripción de “la materia de prohibición (= materia de la norma) de disposiciones jurídico-penales”.²³⁴ Según WELZEL, quien realiza el tipo actúa siempre en contra de la norma. Pero ello no significa aún que actúe antijurídicamente. La equiparación

²³³ Vid., por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., 1958, p. 170; 7ª ed., 1960, p. 172; 11ª ed., 1969, p. 195 (4ª ed. castellana, p. 230).

²³⁴ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., cit., p. 47; ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., pp. 1 s.

“antinormativo-antijurídico” solo sería correcta si el ordenamiento jurídico constase únicamente de normas. Sin embargo, en opinión de WELZEL, ello no sucede, ya que en el ordenamiento jurídico también existen proposiciones permisivas. Mientras que la tipicidad (= antinormatividad) es la categoría que muestra la contradicción de un comportamiento con la norma concreta, la antijuricidad representa, en cambio, la “contradicción de la realización del tipo de una norma de prohibición con el ordenamiento jurídico en su conjunto”.²³⁵ Una acción típica, antinormativa, es antijurídica, esto es, está en contradicción con el ordenamiento jurídico como todo si, en el caso concreto, no es abarcada por una proposición permisiva. La tipicidad es un “indicio” de la antijuricidad. A los tipos penales en que la relación entre antinormatividad y antijuricidad se presenta de este modo WELZEL los llama “tipos cerrados” (“*geschlossene Tatbestände*”).²³⁶

No todos los tipos penales constituyen para WELZEL, sin embargo, tipos cerrados. En su opinión, el legislador describe la materia de prohibición, en algunos casos, no solo mediante la descripción de elementos objetivo-materiales (“*sachlich-gegenständliche Merkmale*”). Se trata de los supuestos de “tipos abiertos”. En esta clase de tipos, puesto que el comportamiento prohibido no se encuentra descrito de modo exhaustivo por medio de descripciones objetivas, la realización del tipo (esto es, la antinormatividad) no podrá ser, entonces, indicio de la antijuricidad. En contra de lo que sucede en los tipos penales cerrados, la comprobación de si la conducta antinormativa también debe ser considerada antijurídica no

²³⁵ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., cit., p. 47. Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., pp. 1 s.

²³⁶ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., cit., p. 72; ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., p. 2, nota 10.

reviste en los tipos abiertos carácter meramente negativo (la conducta antinormativa es antijurídica en caso de que no se encuentre permitida por el ordenamiento jurídico), sino que debe realizarse positivamente. En los tipos penales abiertos, la determinación positiva de la antijuricidad tendrá lugar mediante la verificación de los llamados “elementos de deber jurídico de la antijuricidad”.²³⁷ Son elementos de deber jurídico especial de la antijuricidad para WELZEL: a) la adecuación a derecho del ejercicio de la función pública; b) la validez jurídica de una ley o un reglamento; c) la competencia; d) los elementos del autor; e) la falta de autorización; f) la falta de permiso o licencia oficial o policial; g) el hecho previo en los casos de encubrimiento; y h) la “vinculación” (“*Verbindlichkeit*”) y la “arbitrariedad” (“*Eigenmächtigkeit*”) en el Derecho penal militar”.²³⁸

A partir de la 5ª edición de su *Das deutsche Strafrecht*, WELZEL parece poner ya en cuestión, sin embargo, la naturaleza jurídica de los elementos de deber jurídico como elementos de la antijuricidad, y no del tipo, defendida por él mismo en las cuatro ediciones precedentes de su obra. En el epígrafe correspondiente a los delitos de comisión del esquema que sirve de epílogo a la 6ª edición de su Tratado, WELZEL estima preferible entender ahora que los elementos de autoría de los delitos especiales constituyen, junto a la realización de las circunstancias del hecho, uno de los dos elementos cuya concurrencia exige el tipo objetivo de aquella clase de delitos. De acuerdo con esta segunda formulación de su

²³⁷ Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., p. 3. En la concepción de WELZEL, los “elementos de deber jurídico de la antijuricidad” forman parte de una categoría más amplia denominada “elementos de deber jurídico”. Los elementos que nos ocupan comparten categoría con otras cuatro clases de elementos: a) reglas generales de antijuricidad; b) falta de adecuación social; c) deber jurídico en los delitos de omisión; y d) deber objetivo de cuidado en los delitos imprudentes. Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., pp. 3 ss.

²³⁸ Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., pp. 4 s.

concepción, los elementos de autoría siguen siendo para WELZEL elementos de deber jurídico especial; pero ya no pertenecen a la antijuricidad, sino que “regresan” al tipo.²³⁹ WELZEL comparte la opinión de KAUFMANN de que los elementos de autoría de los delitos especiales son elementos de deber jurídico especial, pertenecientes a la antijuricidad. Pero WELZEL los considera ahora —separándose de KAUFMANN— elementos pertenecientes al tipo.²⁴⁰

La reformulación de la teoría de los deberes jurídicos especiales de WELZEL no tuvo consecuencias prácticas en relación con la solución de los problemas de autoría y participación que se plantean en el ámbito de los delitos especiales propios e impropios. Del mismo modo que hizo en la 4ª edición de *Das deutsche Strafrecht*, WELZEL defendió también en las ediciones posteriores de su tratado una solución diferenciadora para los problemas de participación de “*extranei*” en delitos especiales propios y delitos especiales impropios. Así, mientras que en estos segundos el partícipe “*extraneus*” debía responder como partícipe en el delito común paralelo, en los supuestos de delitos especiales propios, el sujeto no cualificado debía responder, según WELZEL, por el mismo delito cometido por el “*intraneus*”, aunque con la aplicación (directa para el

²³⁹ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 5ª ed., cit., p. 442; 6ª ed., cit., p. 463; ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., p. 6, nota 31.

²⁴⁰ También Gladys ROMERO, “La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo”, *LH-Jiménez de Asúa*, p. 236. se refirió a la tesis de la pertenencia al tipo de los elementos de deber jurídico especial defendida por WELZEL. No obstante, esta autora expone esta tesis contraponiéndola a la concepción de la pertenencia de los elementos de deber a la antijuricidad preconizada por Armin KAUFMANN. En mi opinión, ROMERO plantea la confrontación entre WELZEL y KAUFMANN en términos reduccionistas, porque obvia la circunstancia —ya mencionada en el texto— de que esta confrontación sólo se produjo, en realidad, a partir del cambio de orientación protagonizado por la concepción de WELZEL con motivo de la publicación de la 5ª edición de su tratado. En el mismo sentido que aquí ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 36, nota 79.

cooperador, analógica para el inductor) de la atenuación prevista en el antiguo § 49 StGB.²⁴¹

b) *La tesis de Armin KAUFMANN*

b.1. *Introducción*

Como su maestro Hans WELZEL, también Armin KAUFMANN expuso su teoría de los deberes jurídicos especiales a través de una doble formulación. KAUFMANN expuso por primera vez la teoría de referencia con motivo de la publicación en 1954 de la importante monografía *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*.²⁴² KAUFMANN defendió esta primera formulación de su teoría hasta 1983, año de publicación del Libro-Homenaje a KLUG. En el trabajo que constituyó la aportación de KAUFMANN a la obra de referencia,²⁴³ KAUFMANN introdujo importantes modificaciones a su primera formulación de la teoría del deber jurídico especial. Dada la relevancia de las diferencias que presenta el planteamiento defendido por KAUFMANN en 1983 con respecto a su formulación original de 1954, estimo preferible referirme a este segundo planteamiento como una reformulación del primero, o como una segunda formulación de su teoría de los deberes jurídicos original. A continuación se expone un resumen de ambas formulaciones.

²⁴¹ *Vid.* WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., cit., pp. 102 s. y 439; 11º ed., cit., 120 s. y 537.

²⁴² Traducida al castellano bajo el título “Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna” por E. Bacigalupo Zapater y E. Garzón Valdés en 1977.

²⁴³ *Vid.* KAUFMANN, “Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung”, *FS-Klug*, pp. 283 ss. Este trabajo fue traducido al castellano bajo el título de “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad” por Joaquín Cuello Contreras, y publicado en ADPCP 1984, pp. 5 ss.

b.2. *Primera formulación de la teoría del deber jurídico especial de Armin KAUFMANN*

En su obra *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie* (1954), Armin KAUFMANN revisa una de las concepciones dogmáticas más importantes de la historia de la teoría del delito: la teoría de las normas de Karl BINDING. Uno de los aspectos de esta teoría que KAUFMANN analiza con mayor detenimiento en la citada obra es la cuestión del destinatario de la norma. Como ha sido expuesto *supra*, BINDING distinguió entre dos clases de normas, las generales y las especiales, en atención al criterio de su destinatario. Así, las normas que se dirigen a todo el mundo reciben en BINDING el nombre de “normas generales”; las que se dirigen únicamente a un círculo limitado de destinatarios son denominadas, en cambio, “normas especiales”.²⁴⁴ Armin KAUFMANN conviene con BINDING que es posible distinguir entre normas “generales” y “especiales”. Como sucede en BINDING, la distinción entre estas dos clases de normas resulta decisiva también en KAUFMANN para entender dónde reside la diferencia entre los delitos especiales impropios y los delitos especiales propios. En opinión de Armin KAUFMANN, los delitos especiales impropios y los delitos especiales propios responden a una diferente estructura normológica. Los delitos especiales impropios se caracterizan por la presencia de *dos* normas: una norma general y una norma especial. En los delitos especiales propios solo hay, en cambio, una norma especial.²⁴⁵

²⁴⁴ Vid. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 1922 (reimpresión 1991), p. 126; KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 176.

²⁴⁵ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 180.

En los delitos especiales impropios existen dos normas: la norma general, en la que el sujeto de la norma no está determinado especialmente; y la norma especial, cuyo sujeto requiere, en cambio, ciertas cualificaciones. En esta clase de delitos, la conducta del sujeto cualificado infringe dos normas, y los correspondientes deberes especiales que de aquéllas se derivan. Así, por ejemplo, la diferencia entre un delito impropio de funcionario y el correspondiente delito común no reside en la condición de funcionario del sujeto. Los delitos impropios de funcionario no consisten en la infracción de una norma general por parte de un funcionario; sino en la vulneración de la norma especial de respecto a la función pública y del deber especial que de ella se deriva.²⁴⁶ En los delitos especiales propios solo existe, en cambio, una norma. Se trata de una norma especial. De esta norma especial surge un deber especial que solo afecta al sujeto de la misma.²⁴⁷

KAUFMANN no considera correcto, en cambio, fundamentar esa distinción en el criterio del ámbito personal de validez de la norma. En opinión de KAUFMANN, no es posible distinguir entre normas que se dirigen a todos los individuos y normas que, en cambio, solo se dirigen a un círculo limitado de personas pertenecientes a una determinada esfera de sujetos. KAUFMANN conviene con BINDING que las normas de conducta que se encuentran en la base de los delitos especiales constituyen normas especiales. Los delitos especiales consistirían, así, en la infracción de estas normas especiales. Sin embargo, a KAUFMANN le parece inadmisibles partir *a priori* de la idea de que estas normas especiales solo pueden ser vulneradas por un círculo limitado de sujetos. En su opinión,

²⁴⁶ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 180.

²⁴⁷ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 180 s.

desde esta perspectiva de este autor, nadie puede ser excluido desde el principio como eventual autor de la infracción de una norma especial.²⁴⁸

KAUFMANN ilustra esta tesis acudiendo a grupos de sujetos: los partícipes en el hecho, los enfermos mentales y menores, y, por último, los “*extranei*” en un delito especial. Por lo que respecta a los primeros, afirma KAUFMANN que si la norma penal abstracta únicamente se dirigiera contra el autor, y no también contra el inductor y el cooperador, la intervención en el hecho protagonizada por estos últimos sujetos no podría ser castigada.²⁴⁹ En cuanto a los enfermos mentales y los menores de edad, señala KAUFMANN que, si bien es cierto que ni menores ni enfermos mentales se encuentran en condiciones de entender y cumplir la norma, no lo es menos que los primeros se convertirán en adultos y los segundos pueden sanar.²⁵⁰ Y, por último, también las normas especiales de los delitos especiales se dirigen, a juicio de KAUFMANN, contra todos.²⁵¹ Así, por ejemplo, en los delitos contra la función pública, la norma no rige únicamente para los funcionarios, sino también para los particulares, porque cualquiera puede estar en situación de convertirse en funcionario y de tener que seguir los mandatos de estas normas. El propio BINDING reconoce que los restantes súbditos también están indirectamente obligados por las normas especiales, ya que éstos obrarán contra la norma si inducen o prestan ayuda respecto de un delito especial”.²⁵² Sobre la base de los tres ejemplos acabados de exponer, KAUFMANN resume su crítica a la teoría

²⁴⁸ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 177.

²⁴⁹ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 177.

²⁵⁰ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 165 s.

²⁵¹ Vid. ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 35 y 38.

²⁵² Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 177.

de la norma especial de BINDING con la siguiente frase: “Todo el mundo es destinatarios de todas las normas” (“*Jedermann ist Adressat jeder Norm*”).²⁵³

La “especialidad” de las normas cuya infracción da lugar a la aparición de un delito especial no reside para KAUFMANN, por tanto, en la limitación de su ámbito de vigencia personal.²⁵⁴ Lo que convierte en “especiales” a las normas de los delitos especiales es, en su opinión, el carácter “especial” del deber jurídico que se deriva de aquéllas. Desde el ya referido punto de vista de la limitación del ámbito de validez personal, en la concepción de KAUFMANN no son especiales, en suma, las normas de los delitos especiales, sino los deberes resultantes de aquéllas. O dicho de otro modo: las normas serán especiales en tanto que también lo sean los deberes que de ellas resultan. Así, mientras que las normas generales se limitan a describir un supuesto de hecho, las normas especiales, en cambio, describen el círculo de sujetos especialmente obligados. En opinión de KAUFMANN, del hecho de que el mandato jurídico se dirige a todos no se sigue, sin embargo, que todo el mundo se encuentre obligado por la norma. Para que tenga lugar el efecto de obligación de la norma se requiere la “concreción” (“*Konkretisierung*”) de la norma “a un determinado individuo que entra en consideración en relación con un acto concreto que es objeto de prohibición”. El resultado de este proceso de concretización de la norma abstracta es el deber jurídico que obliga a un individuo en el caso concreto. Desde la perspectiva de KAUFMANN, el *deber* jurídico concreto que se deriva de las normas penales abstractas no compete, en efecto, a

²⁵³ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 165 s.; ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., pp. 13 s.

²⁵⁴ Sobre todo lo anterior, vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 56.

toda la colectividad. Antes al contrario, para que una *norma* se convierta en *deber*, la norma debe ser concretada en atención a las circunstancias que en el caso concreto convierten a un destinatario en capaz de acción. Así, por ejemplo: la norma “no debes matar a otro” se dirige contra todos, pero solamente *obliga* a aquél que pueda ejecutar una acción de matar “bajo determinadas circunstancias concretas en un determinado instante”. Al sujeto en quien concurren estos presupuestos KAUFMANN lo denomina “capaz de acción” (“*handlungsfähig*”).²⁵⁵ De este modo, mientras que la norma sigue estando vigente para todos, tan solo “obliga” al “capaz de acción” en concreto. Según KAUFMANN, “a la norma concretada que prescribe a un individuo totalmente determinado un comportamiento totalmente concreto se la conoce con el nombre de «deber»”.²⁵⁶ Según KAUFMANN, la norma es *abstracta* y se dirige contra *todos*, mientras que el deber que de ella se deriva es *altamente personal* y recae únicamente sobre los individuos obligados en el caso concreto.²⁵⁷ En definitiva: El “deber jurídico” o el “deber” es, según KAUFMANN, la “obligación jurídica de un hombre, individualmente considerado, en un determinado momento, con respecto a un determinado hacer u omitir”.²⁵⁸

En los delitos comunes, caracterizados por la infracción de normas generales, solo es necesaria la capacidad de acción para que la norma se concrete en deber. En estos delitos, el autor ya queda suficientemente definido por medio de la acción que realiza. En los delitos comunes, todos

²⁵⁵ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 175.

²⁵⁶ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 167; ROXIN, *Offene Tatbestände...*, 2ª ed., cit., pp. 13 s.

²⁵⁷ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 167, 170 y 186 ss.

²⁵⁸ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 174 y 186 ss.

los elementos del injusto son, al mismo tiempo, elementos del hecho. En los delitos especiales, en cambio, el autor no solo es quien actúa con dominio del hecho, sino, además, aquél en quien concurre la cualidad adicional de autoría correspondiente a cada delito. En las normas especiales, en cuya infracción se basan los delitos especiales, la sola capacidad de acción no fundamenta todavía deber jurídico alguno. Para que ello suceda es necesario, además, que se produzca la concurrencia de elementos descriptivos del sujeto adicionales. Son los llamados “elementos del *autor*” o “de la *autoría*” de los delitos especiales.²⁵⁹

Según el parecer de KAUFMANN, es preciso distinguir esta última clase de elementos de los elementos de la *acción*. Los elementos de la acción son aquéllos que sirven para describir las circunstancias del hecho. Son elementos de la autoría, en cambio, los que sirven para delimitar el círculo de autores en los delitos especiales. En opinión de KAUFMANN, los elementos de la acción solo gozan de naturaleza personal en tanto que objeto del “dominio del hecho” del autor.²⁶⁰ En los delitos especiales, en cambio, el injusto como infracción de un deber especial es de naturaleza esencialmente “personal”.²⁶¹ Los elementos del autor de los delitos especiales son cualidades de obligación jurídica, elementos que concretan la capacidad jurídica de acción, el deber de actuar u omitir la conducta prescrita. Se trata, en suma, de *elementos de deber jurídico especial*.²⁶²

²⁵⁹ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 189 s.

²⁶⁰ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 203 s.

²⁶¹ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 204.

²⁶² Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 198 y 210; ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., p. 12.

Entre los elementos de la acción y los elementos de la autoría existe para KAUFMANN una diferencia fundamental: su naturaleza jurídica. Así, mientras que los elementos de la acción pertenecen al *tipo*, los elementos de la autoría basados en un deber jurídico especial pertenecen para KAUFMANN, en cambio, a la *antijuricidad*. KAUFMANN fundamenta esta afirmación en su particular concepción del tipo. En la concepción de KAUFMANN, el tipo consiste en la descripción de la acción prohibida u obligada y sus circunstancias (*elementos objetivos del hecho*).²⁶³ Esto es, en la *materia* de la norma. En los delitos comunes, la materia de la norma coincide con su *objeto*. En efecto, en esta clase de delitos, el sujeto de la norma no está descrito en ella de forma específica. Pese a que desde un punto de vista normológico siempre es posible distinguir entre la acción descrita y el sujeto de la acción, desde la perspectiva del objeto de la norma esta separación no resulta posible, para KAUFMANN, en los delitos comunes. En los delitos especiales, sin embargo, el tipo no solo describe expresamente la conducta típica, sino también al autor. En esta clase de delitos, el objeto de la norma es más amplio que su materia. El objeto de la norma en los delitos especiales está integrado, así, no solo por su materia (esto es, por la conducta típica), sino, además, por la descripción del autor mediante los “elementos de la autoría”. El tipo penal se corresponde para KAUFMANN con la *materia* de la norma —esto es, con la *acción* prohibida—, no con su *objeto*. Los elementos de la autoría, al no integrar la *materia*, sino el *objeto*, quedan fuera del tipo.²⁶⁴ La principal consecuencia de la consideración de los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales como elementos

²⁶³ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 210.

²⁶⁴ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p.141. Sobre todo lo anterior, vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires 1970, pp. 101 s.

de la antijuricidad, y no del tipo, defendida por el primer KAUFMANN, fue la siguiente: si la realización de la conducta prevista en el tipo de un delito especial por parte de un “*extraneus*” no se castiga no es porque no sea *típica*, sino por la ausencia de *antijuricidad*. Según este planteamiento, la realización de la conducta de un delito especial por parte de un “*extraneus*” es típica, pero no antijurídica.²⁶⁵

No fue Armin KAUFMANN el único autor que defendió la tesis de que los elementos de la autoría pertenecientes a la antijuricidad deben recibir un tratamiento diferenciado al de los elementos del tipo. Como ya se indicó *supra*, también Hans WELZEL compartió esta opinión. No obstante ello, puede afirmarse que los planteamientos de uno y otro autor no son completamente coincidentes. El planteamiento propuesto por KAUFMANN fue más radical que el de WELZEL.

Ya se ha visto que también KAUFMANN se mantuvo fiel a la concepción de los delitos especiales como infracción de un deber especial defendida por BINDING y WELZEL, entre otros. Concebidos de este modo, no puede extrañar que KAUFMANN viera en los delitos contra la función pública el paradigma de los delitos especiales.

El criterio de la infracción de un deber jurídico especial sirvió a KAUFMANN para excluir de la categoría de los delitos especiales, por ejemplo, los delitos previstos en los antiguos §§ 170 a, 170 b, 170 c y 174 StGB.²⁶⁶

Partiendo de esta concepción de los deberes especiales que se encuentran en la base los delitos especiales, KAUFMANN insinuó — aunque ciertamente no lo declaró de forma inequívoca— que la clasificación de delitos especiales en propios e impropios carece de sentido como criterio válido para resolver los problemas que plantea la

²⁶⁵ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p.141.

²⁶⁶ Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, 2ª ed., cit., p. 14.

participación de “*extranei*” en delitos especiales. KAUFMANN tomó posición al respecto cuando se pronunció sobre el § 30 del Proyecto Alternativo, coincidente con la reforma del § 50 StGB prevista por el Proyecto de 1962. De acuerdo con esta reforma, recordemos, el partícipe “*extraneus*” en un delito especial propio debía ser beneficiado con una atenuación de la pena. Según KAUFMANN, esta reforma debía ser valorada positivamente, porque convertía en derecho positivo el sentimiento jurídico de un amplio sector doctrinal —del que también KAUFMANN forma parte— según el cual no resultaba correcto castigar al “*intraneus*” de un delito especial y el partícipe “*extraneus*” en un tal delito con la misma pena.²⁶⁷

Sin embargo, KAUFMANN advirtió que la incorporación al StGB de la regla acabada de mencionar podía provocar, como consecuencia de la no modificación del antiguo § 50.2 StGB (actual § 28.2 StGB), según el cual los elementos personales especiales agravantes, atenuantes o excluyentes la pena solo debían ser imputados a aquellos sujetos en quienes concurrieran, importantes disfuncionalidades.

En efecto, desde el punto de vista de KAUFMANN, no era fácil entender por qué motivo el legislador reformista de 1962 había decidido someter los elementos personales especiales fundadores de la pena a un tratamiento accesorio, extendiendo su imputación también al partícipe “*extraneus*” que los conozca, y calificar los elementos personales especiales que la agravan, la atenúan o la excluyen, en cambio, como elementos no accesorios. KAUFMANN se preguntaba, en suma, cuál era el principio que justificaba este tratamiento diferenciado de los elementos

²⁶⁷ Vid. KAUFMANN, “Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf”, ZStW 1968 (80), p. 36.

personales especiales, insinuando que dicho principio simplemente no podía existir porque, en realidad, no existían diferencias materiales entre unos y otros elementos que justificaran el tratamiento diferenciado por él criticado.²⁶⁸

b.3. *Segunda formulación de la tesis de Armin KAUFMANN*

Con motivo de la publicación del trabajo relativo a la fundamentación de los elementos de deber jurídico y su delimitación de los elementos pertenecientes al tipo penal en el Libro-Homenaje a KLUG, Armin KAUFMANN tuvo la oportunidad de revisar su concepción de los elementos de autoría de los delitos especiales.²⁶⁹ En esta segunda formulación, KAUFMANN mantiene la distinción entre norma jurídica *abstracta* y deber jurídico *concreto*. KAUFMANN sigue siendo de la opinión, igualmente, de que uno de los requisitos de la singularización de la norma jurídica abstracta en deber jurídico concreto en los delitos especiales consiste en la concurrencia de un sujeto que posea la cualidad especial de la autoría y que sea capaz de emprender la acción impuesta por la norma.²⁷⁰

Señala KAUFMANN que la restricción del círculo de posibles sujeto activos operada por los elementos de autoría en los delitos especiales

²⁶⁸ *Vid.* KAUFMANN, “Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf”, ZStW 1968 (80), p. 36.

²⁶⁹ Sobre la segunda formulación de la teoría de los deberes jurídicos especiales derivados de los elementos de autoría de los delitos especiales *vid.* RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, RDPC 2001, pp. 9 s. Señala RUEDA que la teoría de los deberes jurídicos especiales ha sido acogida entre nosotros, en su segunda formulación, en la forma de la teoría de la “relación de dominio social” de su maestro GRACIA MARTÍN. *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001, p. 10.

²⁷⁰ *Vid.* KAUFMANN, “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad” (traducción de Joaquín Cuello Contreras), ADPCP 1984, pp. 6 s.

ha sido fundamentada por la doctrina penal, esencialmente, de tres modos diferentes: a) los autores de los delitos especiales pertenecen a una determinada *clase o estamento social*; b) los autores de un delito especial son sujetos que realizan una determinada *función social*; y c) los autores de un delito especial son sujetos que se encuentran en una determinada *relación de confianza* con el sujeto pasivo del delito. KAUFMANN señala que la fundamentación a) —defendida en su día por BINDING²⁷¹— se encuentra en la actualidad completamente superada por las fundamentaciones b) y c). Pese a ello, KAUFMANN tampoco se adhiere a estas dos últimas concepciones. El autor que nos ocupa estima preferible defender que la restricción del círculo de autores que se produce en los delitos especiales obedece, en todo caso, a la existencia de una *relación entre el sujeto y la acción*.²⁷²

Según KAUFMANN, cuando la ley restringe el círculo de posibles autores de un delito, lo hace refiriéndose a elementos que describen la existencia de una indisociable conexión entre el objeto de la acción típica y su autor. Ello sucede, por ejemplo, en los delitos de omisión impropia, en los delitos de funcionario, y, por último, en los delitos militares. Así, por ejemplo, en los delitos de funcionario, el ejercicio de la función pública no constituye un elemento de autoría, sino también del objeto de la acción típica. Así, por ejemplo, para poder “prevaricar” a los efectos del delito de prevaricación judicial no basta con ejercer la función pública propia de un juez (elemento de la autoría), sino que es necesario, además, que el concreto asunto jurídico a decidir pertenezca al ámbito de la función pública propia de su competencia (elemento del objeto de la acción

²⁷¹ Vid. BINDING, *Die Normen* ..., cit., p. 127.

²⁷² Vid. KAUFMANN, ADPCP 1984, pp. 12 s.

típica). Algo parecido ocurre para KAUFMANN con los delitos militares. El término «deserción», por ejemplo, describe la relación especial existente entre la cualidad del autor y la acción que realiza. De acuerdo con esta segunda formulación de la teoría de los elementos de deber jurídico especial, Armin KAUFMANN considera que los delitos especiales consisten en aquella clase de delitos que se caracterizan por que en ellos, el elemento restrictivo del círculo de autores describe una relación entre el sujeto y la acción.²⁷³

La consideración de los elementos de autoría de los delitos especiales como elementos descriptivos de una relación entre el sujeto y la acción que se encuentra en la segunda formulación de la concepción de KAUFMANN condiciona de forma directa la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los elementos de la autoría. En opinión del segundo KAUFMANN, es preferible pensar que los elementos que sirven para delimitar el círculo de autores en los delitos especiales no son únicamente elementos de la autoría, sino también elementos de la acción típica. Con esta opinión, KAUFMANN rectifica su tesis de que ciertos elementos restrictivos del círculo de autores de algunos delitos especiales —como, por ejemplo, la cualidad de funcionario público del sujeto— constituyen elementos “puros” de la autoría, defendida sin paliativos en su *Teoría de las normas*.²⁷⁴

El cambio de orientación de KAUFMANN en torno a la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los elementos tuvo una consecuencia

²⁷³ Vid. KAUFMANN, ADPCP 1984, pp. 12 s. En un sentido parecido ya se había pronunciado anteriormente (1970) con motivo de su tesis doctoral BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 103.

²⁷⁴ Vid. KAUFMANN, ADPCP 1984, pp. 12 s., nota 24.

dogmática decisiva: algunos de los delitos que KAUFMANN consideraba especiales en su *Teoría de las normas* deben ser reconocidos ahora, en su opinión, como comunes. En efecto, en su segunda formulación, KAUFMANN calificó como comunes aquellos delitos en que la restricción de la esfera de posibles sujetos activos tiene lugar mediante elementos que describen la relación interpersonal existente entre los sujetos que intervienen en un acto. De este modo, el delito de relaciones sexuales entre *familiares* (§ 173 StGB), antes contemplado por KAUFMANN como un delito especial, pasó a merecer la calificación de delito común. La razón de ello debe verse, desde el punto de vista de KAUFMANN, en que en este delito, la restricción del círculo de autores depende, en su opinión, de la configuración de la norma, la cual depende, a su vez, de la conexión con el bien jurídico que subyace al tipo penal.²⁷⁵

c) *La tesis de HARDWIG*

A juicio de HARDWIG, en los delitos especiales el sujeto activo debe encontrarse en una posición de deber especial.²⁷⁶ Según su parecer, ello es predicable para todos los delitos especiales: tanto para aquéllos en que la posición de deber especial resulta de una cualidad especial del sujeto (así, por ejemplo, los delitos de funcionario), como para aquellos otros en que ello, en cambio, no ocurre (por ejemplo, los “delitos de declaración” — *“Aussagedelikte”*—). En estos últimos delitos, cualquiera puede ser sujeto activo. Pero este sujeto activo debe encontrarse en una situación de deber jurídico especial. Desde el punto de vista de HARDWIG, resulta preferible asentar la discusión sobre los deberes jurídicos especiales de los delitos

²⁷⁵ *Vid.* KAUFMANN, ADPCP 1984, p. 14.

²⁷⁶ *Vid.* HARDWIG, GA 1954, pp. 69 y 71, y *supra*.

especiales sobre la base de la distinción entre los conceptos de “deber general” (“*allgemeine Pflicht*”) y “deber especial aumentado” (“*gesteigerte besondere Pflicht*”) que apoyarla en la distinción entre “elementos del tipo” y “elementos de la antijuricidad”. Esta última distinción, en efecto, ha sido elaborada por la doctrina a partir de un concepto que HARDWIG considera incorrecto. Se trata del concepto de “elemento de deber jurídico” (“*Rechtspflichtmerkmal*”) de Hans WELZEL y Armin KAUFMANN. HARDWIG conviene con BRUNS que resulta insatisfactorio reconocer solo a ciertos elementos la naturaleza jurídica de elementos de deber jurídico, ya que todo elemento típico participa, en su opinión de esa misma naturaleza jurídica. En efecto, todo elemento describe la situación de deber que sirve de base al tipo en relación con un mandato o una prohibición.²⁷⁷

d) *La tesis de ROXIN*

ROXIN conviene con SCHÜNEMANN que la solución correcta al problema relativo a la determinación del concepto de los “especiales elementos personales” debe partir de la premisa de que estos elementos no son reconducibles a criterios abstractos como la “referencia al autor”, la “referencia al bien jurídico”, o la “referencia a valores”. ROXIN opina que hay dos distintos grupos de elementos que pueden ser subsumidos en el § 28 StGB por distintos motivos. El primero de estos dos grupos incluye todas las circunstancias modificativas de la pena que se encuentran más allá de la antijuricidad. ROXIN incluye en este grupo, sobre todo, los especiales elementos de la culpabilidad, pero también causas personales de exclusión de la pena y de levantamiento de la pena, así como los elementos de la profesionalidad (“*Gewerbsmäßigkeit*”) y de la habitualidad

²⁷⁷ Vid. HARDWIG, “Der Versuch bei untauglichen Subjekt”, GA 1957, p. 176.

(“*Gewohnheitsmäßigkeit*”). El segundo grupo incluye aquellos elementos personales del injusto que expresan un deber especial anterior al tipo, esto es, los elementos de autor de los delitos de infracción de deber. Son para ROXIN ejemplos de este segundo grupo la cualidad de funcionario público en los delitos de funcionario, el deber de guardar silencio de acuerdo con el § 203 StGB (delito de revelación de secreto profesional) o el elemento del “confiamiento” (“*Anvertrautsein*”) de la cosa del delito de apropiación indebida del § 246 StGB. Todo elemento que no pueda ser clasificado en alguno de estos dos grupos tampoco podrá ser subsumido en el § 28 StGB. Teniendo en cuenta la disparidad existente entre estos dos grupos de elementos, ROXIN se ve incapaz de reducir los elementos personales especiales del precepto de referencia a un concepto común.²⁷⁸

Según ROXIN, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de elementos de la culpabilidad modificadores de la pena, los principios generales de accesoriadad de la participación determinan que el “*extraneus*” que participa en un delito especial cualificado por un elemento que afecta al contenido de injusto del delito —como sucede, por ejemplo, con el elemento “funcionario público” en los delitos de funcionario— debe ser castigado de acuerdo con el tipo realizado por el autor cualificado. Aunque el § 28.2 StGB dispone que los elementos personales especiales que agravan, atenúan o excluyen la pena solo podrán ser imputados a aquellos sujetos en quienes concurren, para ROXIN esta previsión no prejuzga la cuestión relativa a si en los delitos especiales impropios, el partícipe “*extraneus*” debe responder por el delito especial o por el delito común paralelo. Según ROXIN, el § 28.2 StGB contiene, únicamente, una regla de determinación de la pena, de cuya conformidad el partícipe

²⁷⁸ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., cit., § 28/51 y 52.

“*extraneus*” debe ser castigado con una pena atenuada con respecto al autor del delito especial propio. Sin embargo, el precepto de referencia no impide entender, en aplicación de los principios generales sobre accesoriedad de la participación, que el “*extraneus*” no responde como partícipe en el delito común paralelo, sino en el delito especial cometido por el “*intraneus*”. De este modo, el apartado 2º del § 28 StGB, como el apartado 1º, dispone una atenuación de la pena para el partícipe “*extraneus*”. Esta atenuación de la pena obedece a consideraciones relativas a la teoría de la autoría.²⁷⁹ Según éstas, el elemento del deber especial, más que un elemento del concreto suceder fáctico, coloca al autor en un rol social con exigencias más elevadas que, en cambio, no recaen sobre el extraño, y cuya ausencia en el sujeto no cualificado no puede ser obviada en la determinación de la pena. Según ROXIN, es preciso analizar todos los elementos del injusto del autor y preguntarse si operan fundamentando deberes especiales o bien simplemente tipificando el delito.²⁸⁰ Sucede lo primero, a su juicio, en los delitos de revelación de secreto profesional (§ 203 StGB), apropiación indebida (§ 246 StGB), administración desleal (§ 266 StGB) y prevaricación (§ 336 StGB). Lo segundo, en cambio, en el delito de alzamiento de bienes del § 288 StGB.

Así, por ejemplo, si alguien induce a un juez a prevaricar, el inductor también debe responder de acuerdo con el § 336 StGB en relación con el § 26 StGB (inducción) por la resolución injusta que ha co-causado. Pero él no contraviene un rol social especial, porque no abusa de su función pública ni de la especial responsabilidad que el juez ha asumido a fin de proteger el derecho. Para ROXIN, la conducta del juez tiene un contenido

²⁷⁹ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/53.

²⁸⁰ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/56.

de injusto especial con respecto a la conducta de inducción del “*extraneus*”. Por ello, el juez será castigado de acuerdo con un marco penal más riguroso que el “*extraneus*”.²⁸¹ Lo mismo sucede —siempre según la posición defendida por ROXIN—, por ejemplo, en los supuestos de vulneración del deber de guardar silencio por el médico (§ 203 StGB), de deberes especiales de cuidado con el patrimonio (§ 266 StGB) o en los casos de apropiación indebida de cosas confiadas al sujeto (§ 246 StGB).²⁸²

ROXIN considera preferible, en cambio, una solución diferente para los supuestos de cualidad de deudor en la frustración del proceso de ejecución forzosa (§ 288 StGB). En estos casos, ROXIN entiende que no puede decirse que el deudor tiene una responsabilidad incrementada con respecto al acreedor. El deudor debe limitarse a omitir lesionar al acreedor haciendo desaparecer su patrimonio, del mismo modo que, de acuerdo con gran cantidad de tipos, deben ser omitidas, como efecto de la amenaza que representa la pena, determinadas clases de menoscabo de otros bienes jurídicos. Si el § 288 StGB convierte en autor tan solo al deudor, y no a un tercero que ayude al deudor, esto no se debe a la existencia de una especial responsabilidad del deudor con respecto al acreedor, sino a razones de técnica legislativa. Puesto que, por lo general, es el deudor quien, por ser el principal interesado en ello e, incluso a menudo, el único que puede hacerlo, quien distrae partes de su patrimonio en perjuicio del acreedor, el legislador solo lo ha tenido en cuenta a él para la tipificación del delito, y no, en cambio, los supuestos —sin duda menos frecuentes en la práctica— de distracción patrimonial por parte de un tercero. A falta, por tanto, de un contenido de injusto especial —por la ausencia de la infracción de un deber

²⁸¹ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/54.

²⁸² *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/56.

especial— en la conducta del sujeto cualificado, no existe, para ROXIN, razón alguna para atenuar la pena del partícipe no cualificado. De este modo, el inductor o el cómplice en un supuesto de alzamiento de bienes mediante frustración del proceso de ejecución forzosa deberán ser castigados, según este autor, de acuerdo con el marco penal del § 288 StGB y sin aplicación del § 28 StGB.²⁸³

Según el parecer de ROXIN, puesto que los elementos de la culpabilidad fundadores de la pena deben ser tratados de acuerdo con el § 29 StGB, el § 28 StGB queda reservado, únicamente, para aquellos elementos personales que afectan al injusto. Señala ROXIN que el precepto de referencia distingue entre dos clases de elementos personales del injusto: 1) elementos personales que fundamentan la pena (§ 28.1 StGB); y 2) elementos personales que agravan, atenúan o excluyen la pena (§ 28.2 StGB).

d.1. *Elementos personales fundadores de la pena (§ 28.1 StGB)*

Señala ROXIN que los elementos personales fundadores de la pena contemplados por el § 28.1 StGB consisten, todos ellos, en “posiciones de deber fundadoras de la autoría”. Constituyen para ROXIN ejemplos de esta clase de elementos la posición de garante en los delitos de omisión impropia,²⁸⁴ que, en su opinión, se asemeja estructuralmente al deber del funcionario, que en el marco de sus funciones es garante de los bienes a él confiados y que responde del mismo modo

²⁸³ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/56.

²⁸⁴ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/64 y nota 132.

tanto por acción como por omisión contrarios al deber;²⁸⁵ el deber especial del funcionario público en los delitos propios de funcionario público, como el de aceptación de ventaja (“*Vorteilsannahme*”) del § 331 StGB, cohecho (“*Bestechlichkeit*”, § 332 StGB), omisión del deber de prestación del servicio (“*Unterlassen der Diensthandlung*”, § 336 StGB), persecución de inocentes (“*Verfolgung Unschuldiger*”, § 344 StGB), ejecución contra inocentes (“*Vollstreckung gegen Unschuldige*”, § 345 StGB), falsedad documental de funcionario público (“*Falschbeurkundung im Amt*”, § 348 StGB); el deber especial del personal médico en el delito de falsificación de certificado médico (“*Austellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse*”, § 278 StGB), el de los abogados y los asesores jurídicos en el delito de traición de parte (“*Parteiverrat*”, § 356 StGB), el deber de cuidado del administrador del patrimonio en el delito de administración desleal (“*Untreue*”, § 266 StGB), el deber de custodia en el delito de apropiación indebida (“*Vertreuung*”, § 246.1.2 StGB) o el deber de cuidado o de educación (“*Fürsorge- oder Erziehungspflicht*”) del antiguo § 170 d, actual § 171 StGB.²⁸⁶

No obstante, algunos de los elementos que fundamentan la pena en los delitos especiales no constituyen la expresión de un deber especial, de modo que su falta de concurrencia en el partícipe pueda acarrear una disminución de la pena de acuerdo con el § 28.1 StGB. En estos delitos, la restricción de la punibilidad a título de autor a un determinado círculo de autores puede tener un doble fundamento. En primer lugar, el fundamento de la limitación de la autoría puede encontrarse en que solo a determinados sujetos les resulta especialmente accesible el bien jurídico típicamente

²⁸⁵ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/64.

²⁸⁶ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/60.

protegido o en que, por lo general, tan solo ellas se encuentran en situación de cometer el delito con mayor facilidad.²⁸⁷ Ejemplifican esta clase de elementos el sujeto que se emborracha del delito previsto en el § 323 a StGB, el conductor del automóvil de los delitos de puesta en peligro del tráfico rodado (§ 315 c StGB) y embriaguez en el tráfico (§ 316 StGB), el viajero, el marinero, etc., del delito de puesta en peligro de barcos, automóviles y aviones por medio de mercancías clandestinas (§ 297 StGB), la cualidad de deudor del delito de bancarrota (§ 283 StGB) y del delito de alzamiento de bienes mediante frustración del proceso de ejecución forzosa (§ 288 StGB), la cualidad de pariente del delito de relaciones sexuales entre parientes (§ 173 StGB),²⁸⁸ la cualidad de interviniente en un accidente del delito de alejamiento no permitido del lugar del accidente (§ 142 StGB),²⁸⁹ la condición de cónyuge de un segundo matrimonio en el delito de bigamia (§ 171 StGB)²⁹⁰ y la de depositario del delito de uso no autorizado de cosas depositadas (§ 290 StGB).²⁹¹ En otros delitos, el círculo de autores está descrito, en segundo lugar, de un modo meramente fáctico a partir de ponderaciones criminal-fenomenológicas. Ello sucede, en opinión de ROXIN, en el caso del elemento “hombre” del delito de exhibicionismo (§ 183 StGB), o del elemento “preso” del delito de amotinamiento de presos (§ 121 StGB).

En contra de la doctrina dominante, algunos autores niegan al deber de guardar silencio del § 203 StGB el carácter de especial elemento

²⁸⁷ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/26 s.

²⁸⁸ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/67 y notas 141-143.

²⁸⁹ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/68.

²⁹⁰ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/68, nota 145.

²⁹¹ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/68, nota 146.

personal. Este rechazo, señala ROXIN, se fundamenta en el § 203.3.2 StGB, donde también se extienden las consecuencias del § 203 StGB a aquél que “ha accedido al secreto por el fallecido o por sus sucesores”. El mero hecho de haberse convertido en conocedor del secreto no puede fundamentar, en opinión de aquellos autores, un injusto personal de acuerdo con el § 28.1 StGB. Desde este punto de vista, parece que la disposición del § 203.3.2 StGB debe ser entendida en el sentido de que el legislador, con el fin de proteger al afectado, transmite a determinados conocedores la posición de deber que se deriva del especial rol social del autor en los apartados 1 y 2 del § 203 StGB. Tampoco en opinión de LENCKNER describe la cualidad de autor en los supuestos de médicos, abogados, etc. la vulneración de un especial deber personal, sino exclusivamente la relación en que puede ser lesionado en realidad el bien jurídico principalmente protegido –esto es, la confianza en la discreción en el marco de determinadas profesiones.

ROXIN considera, sin embargo, que el argumento sostenido por LENCKNER no puede convencer. Porque del mismo modo podrían ser transformados los delitos de función pública que se subsumen sin discusión en el § 28.1 StGB mediante la afirmación de que la descripción del autor debe caracterizar tan solo el modo y forma en que la rectitud de la prestación de la función pública puede ser lesionada. Incluso los deberes de cuidado de autoría de acuerdo con los §§ 174, 174 a no deben ser, según LENCKNER, especiales elementos personales, porque las relaciones de dependencia allí mencionadas “describe tan solo una especial relación en la que el bien jurídico protegido –libertad sexual y desarrollo sexual del menor sin perturbaciones- es puesto especialmente en peligro frente a ataques”. El punto de vista de una especial lesión del deber personal no debe jugar aquí papel alguno.

Tampoco con respecto al partícipe del antiguo § 170 b StGB (actual § 170, vulneración del deber de alimentos) y antiguo § 171 StGB (actual § 172 StGB, bigamia) puede encontrar aplicación el § 28.1 StGB. Siguiendo esta misma línea argumental, LENCKNER discute también que el deber de decir la verdad en los delitos de declaración según los §§ 153 ss. StGB (*falsos testimonios no jurados y falsos juramentos*) sea un especial elemento personal en el sentido del § 28.1 StGB. En palabras del propio LENCKNER, “que solo para los testigos, etc. existe un deber de veracidad se basa exclusivamente en

ponderaciones referidas al bien jurídico, puesto que tan solo él es posible medio de prueba del facilitamiento de la verdad, por lo que también tan solo él tiene la posibilidad material de un ataque al cuidado del derecho”. Pero la referencia al bien jurídico, que, como es sabido, también concurre en los delitos de funcionarios, no habla en contra del injusto especial de la posición de autor. Según ROXIN y HERZBERG, es incorrecto aceptar que tan solo la persona que declara “tiene la posibilidad material de un ataque al cuidado del derecho”, porque también el “hombre de detrás” del que declara que le coacciona o le engaña ataca igualmente el bien jurídico. Precisamente la circunstancia de que no prevé la autoría mediata para los delitos de declaración demuestra que el rol procesal crea para los testigos o para los peritos una posición de deber que no concurre en el sujeto no cualificado.²⁹²

En contra de la opinión de un sector doctrinal, también los deberes de cuidado de autoría de los §§ 174 StGB (abuso sexual de sujetos especialmente necesitados de protección) y 174 a StGB (abuso sexual de presos, protegido administrativamente o enfermos y necesitados de ayuda en instituciones) son especiales elementos personales. Para ROXIN, la tesis de que las relaciones de dependencia mencionadas por la ley no deberían describir una especial posición de deber, sino tan solo la puesta en peligro especial frente a ataques, no puede convencer. Porque hay otras relaciones de dependencia que fundamentan una especial puesta en peligro, pero tan solo las relaciones de dependencia mencionadas por la ley son de tal clase que al autor le alcanza una especial responsabilidad a la que no se somete a un no cualificado. A juicio de ROXIN, es una conclusión altamente extraña la de que la calificación de autor del § 174 b StGB (*abuso sexual con prevalimiento de una posición de función pública*) deba ser un “especial elemento personal” porque “el hecho es un delito de función pública”, mientras que las posiciones de autor completamente idénticas desde un punto de vista estructural de los §§ 174, 174 a StGB no debe serlo. Si se es consecuente y no se subsume la cualidad de funcionario público del § 174 b StGB en el § 28.1 StGB, entonces resulta para ROXIN incomprensible por qué la cualidad de funcionario público no debe fundamentar aquí una posición de deber especial.²⁹³

También es errónea para ROXIN la idea de que el fácil acceso del objeto material para el autor se contradice necesariamente con la aceptación de una especial posición de deber. Porque la circunstancia de que el objeto de la acción protegido sea accesible de un modo especialmente sencillo (por haber sido confiado) constituye precisamente en muchos casos el punto de conexión para la formación de especiales lazos de deber. También la mayor parte de los delitos de función pública son tan solo accesibles a los funcionarios públicos,

²⁹² Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/61.

²⁹³ Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/63.

y sin embargo no se discute que la cualidad de funcionario público constituya un especial elemento personal.²⁹⁴

d.2. *Elementos personales que agravan o atenúan la pena (§ 28.2 StGB)*

ROXIN es del parecer de que dentro de los elementos personales que *agravan* la pena debe distinguirse entre los elementos que pertenecen al injusto, que describen especiales posiciones de deber que elevan la pena, y los elementos que pertenecen a la culpabilidad. Entre los primeros, ROXIN incluye la posición de deber especial del funcionario público en los delitos impropios de funcionario,²⁹⁵ la de quien custodia la cosa en el delito de apropiación indebida (§ 246 StGB) y la relación paterno-filial en el delito de exposición de tercero a peligro grave (§ 221.2 StGB).²⁹⁶ Son ejemplos de elementos personales de la culpabilidad que agravan la pena para ROXIN, en cambio, las causas de cualificación orientadas a la prevención especial de la profesionalidad (prevista, entre otros delitos, para el delito de receptación del § 260 StGB) y la habitualidad, así como las relaciones de parentesco en el delito de lesiones corporales del antiguo § 223.2 StGB²⁹⁷ y el ánimo de lucro en los delitos de sustracción de menores

²⁹⁴ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/66.

²⁹⁵ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/72.

²⁹⁶ Según este precepto, “(1) Quien 1) Coloca a una persona en una situación de auxilio o 2) Lo abandona en una situación de auxilio, aunque lo tenga bajo su custodia o esté obligado a estar a su lado, y lo expone de este modo a peligro de muerte o de un grave menoscabo de su salud, será castigado con la pena de privación de libertad de diez meses a cinco años. (2) Debe imponerse la pena privativa de libertad de uno a diez años cuando el autor 1. ha cometido el hecho contra su hijo o contra una persona que le ha sido confiada para su educación o para su cuidado en la conducción de la vida, o 2. Cuando por medio del hecho se causa un menoscabo de la salud más grave de la víctima (...)”.

²⁹⁷ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/72.

(antiguo § 235.2.2 StGB, actual § 235.4.2 StGB) o bancarrota (§ 283.1 StGB), entre otros.²⁹⁸

Como acaba de exponerse, ROXIN cree que cuando el legislador decide agravar la pena por razón de la concurrencia de especiales elementos personales, el punto de conexión de dicha agravación solo puede ser, o bien la especial posición de deber, o bien la culpabilidad incrementada del autor. Debido a ello, ROXIN afirma que todo elemento personal que agrave la pena, sea por uno u otro motivo, deberá ser tratado, por principio, de acuerdo con el § 28.2 StGB. Para ROXIN, lo más complicado es, precisamente, conocer cuándo el elemento que agrava la pena en el caso concreto consiste en un elemento personal y cuándo consiste, en cambio, en un elemento objetivo. La muestra más clara de la existencia de estas dificultades lo representa para ROXIN la discusión jurisprudencial sobre la naturaleza del elemento de la comisión de un delito en banda (“*bandenmäßigen Begehung*”) en relación, por ejemplo, con el delito de robo (antiguo § 244.1.3, actual § 244.1.2 StGB).

La cuestión de si el elemento relativo a la “comisión en banda” de un delito constituye un elemento de naturaleza objetiva o personal ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia del BGH en repetidas ocasiones. ROXIN distingue en el ámbito de esta jurisprudencia dos líneas argumentales claramente diferenciadas: una primera línea, que afirma el carácter objetivo del referido elemento, así como la imposibilidad de que su concurrencia en un delito dé lugar a la aplicación del § 28.2 StGB; y una segunda línea, según la cual la “comisión en banda” consistía en un elemento personal subsumible en el § 28.2 StGB. En opinión de ROXIN, la

²⁹⁸ Vid. ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/72.

única de las dos líneas jurisprudenciales merecedora de su aprobación es la primera.

A diferencia de lo que sucede con otros elementos, como la profesionalidad o la habitualidad, la comisión de un hecho en el marco de una banda no expresa, para ROXIN, ni una elevada culpabilidad individual, ni una peligrosidad especial del concreto miembro, lo cual, desde el punto de vista psicológico del grupo, podría ser incluso merecedor de una atenuación de la pena. El fundamento de la cualificación de la comisión del delito en el marco de una banda debe verse, en opinión de ROXIN, en la peligrosidad de la banda como tal y de la comisión del delito por una pluralidad de personas. De acuerdo con esta argumentación, el § 28.2 StGB no debería ser aplicado, en opinión de ROXIN, al miembro de la banda interviniente en el hecho. Con todo, ROXIN reconoce que la cuestión objeto de su análisis resulta muy controvertida en la doctrina alemana.²⁹⁹

En opinión de ROXIN, como especiales elementos personales que *atenúan* la pena en el sentido del § 28.2 StGB tan solo entran en consideración especiales elementos privilegiantes de la culpabilidad. Quedan excluidos los elementos del injusto, porque, según ROXIN, las posiciones de deber fundamentadoras de la autoría que deben contemplarse como especiales elementos personales tan solo pueden fundamentar o incrementar el injusto, pero no atenuarlo. El principal ejemplo de elemento personal atenuante de la pena según el § 28.2 StGB de acuerdo con el Derecho penal vigente en Alemania viene representado, a juicio de ROXIN, por la cualidad de embarazada del delito de aborto (§ 218.3

²⁹⁹ Vid. ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/73, nota 155.

StGB);³⁰⁰ y, de acuerdo con el anterior StGB, el elemento de la maternidad extramatrimonial de la mujer del antiguo delito de infanticidio (derogado § 217 StGB).³⁰¹

En opinión de ROXIN, la consideración del § 217 StGB como un tipo autónomo y no un supuesto atenuado del § 212 StGB no contradice la aplicación del § 212 StGB. La consecuencia lógica de aquella consideración era para ROXIN, antes, bien, la de que quedaba excluida la aplicación al infanticidio de los §§ 211 (asesinato), 212 (homicidio) y 213 (supuesto menos grave de homicidio) StGB. Si se consideraba al § 217 StGB una variación privilegiada del tipo del homicidio, entonces entra en juego sin más el § 28.2 StGB. Existía práctica unánimidad respecto del extremo de que el interviniente como partícipe en un hecho del antiguo § 217 StGB debía ser castigado de acuerdo con las previsiones de los §§ 212 o 211 StGB dependiendo de si había realizado o no un elemento del asesinato. Ha venido señalando la jurisprudencia alemana a este respecto que resultaba indiferente para la aplicación del § 211 StGB al partícipe la circunstancia de si la mujer, en el supuesto de que no se hubiera podido beneficiar del § 217 StGB, tendría que haber sido castigada por el § 211 o por el § 212 StGB.³⁰²

No obstante, ROXIN advierte que la cuestión que acaba de ser planteada carece, en realidad, de importancia práctica. En efecto, puesto que las causas generales de atenuación o exención de la culpabilidad — como, por ejemplo, la edad juvenil del adolescente (§ 106 Ley del Tribunal

³⁰⁰ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/81.

³⁰¹ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/81.

³⁰² *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/81.

del Menor), la capacidad de culpabilidad disminuida (§ 21 StGB) o el error de prohibición vencible (§ 17.2 StGB)— se subsumen en el § 29 StGB, la aplicación de este último precepto ya conduciría a los mismos resultados que se derivarían de la aplicación del § 28.2 StGB.³⁰³

En cuanto a la pena que le corresponde al “*extraneus*” que participa en un delito especial, el § 28 StGB establece dos reglas distintas dependiendo de si el elemento que limita la autoría consiste en un elemento fundamentador de la pena (§ 28.1 StGB) o bien en un elemento que la agrava o la atenúa (§ 28.2 StGB). Para los elementos personales especiales fundamentadores de la pena, según el § 28.1 StGB el marco penal del hecho del autor sirve de base a la punición del partícipe, aunque modificada por la cláusula de atenuación del § 49.1 StGB. Para los elementos personales especiales que agravan, atenúan o excluyen la pena, el § 28.2 StGB determina que se aplicará, dependiendo de la concurrencia o no concurrencia de estos elementos, un marco penal especial. Esto rige con independencia de que los elementos en cuestión consistan en elementos del injusto o en elementos de la culpabilidad.

En relación con los elementos del injusto, cuando, por ejemplo, un no funcionario interviene en un delito impropio de funcionario, el “*extraneus*” interviniente responderá como partícipe en la consumación del delito realizado por el autor, pero el marco penal aplicable a dicho sujeto es el correspondiente al delito común. La atenuación de la pena para el partícipe “*extraneus*” obedece, en opinión de ROXIN, a que, en los delitos consistentes en la infracción de un deber, el partícipe “*extraneus*” está más “alejado” del autor “*intraneus*” que en el resto de delitos. Así, mientras que

³⁰³ Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/80.

en los delitos comunes, también denominados por ROXIN “delitos de dominio” (“*Herrschaftsdelikte*”) de los que cualquier sujeto puede ser autor, lo que separa al autor del partícipe es la existencia o inexistencia de dominio del hecho, en el caso de los delitos de infracción de deber, aunque el “*extraneus*” domine el hecho, lo cierto es para ROXIN, sin embargo, que solo el “*intraneus*” podrá ser castigado como autor del delito, porque solo él puede vulnerar el especial deber penal extrapenal que está en la base del delito.³⁰⁴ Según ROXIN, mientras que por lo general el inductor se distingue del autor tan solo por la ausencia de dominio del hecho que en sí le sería accesible, en los delitos de deber está excluido por principio de tomar parte en la autoría, porque no puede realizar en su persona el elemento personal de la vulneración del deber”.³⁰⁵

En la medición de la pena dentro del § 28.2 StGB, en la aplicación del correspondiente marco penal puede pesar sobre el “*extraneus*” la vulneración de un deber especial por parte del “*intraneus*”. Si, por ejemplo, un particular induce a un policía a cometer una lesión corporal en el ejercicio de la función pública, aunque su pena deba corresponder a la del marco penal previsto para el delito de lesiones comunes en el § 223 StGB, dentro de este marco penal la inducción a un injusto agravado de funcionario puede conducir a una pena más elevada que la que habría merecido un supuesto de inducción a otro particular.³⁰⁶

En cuanto a los elementos de la culpabilidad, el § 28.2 StGB determina su exclusiva aplicabilidad al sujeto en quien concurran dichos elementos.³⁰⁷

³⁰⁴ Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., 2000, pp. 352 ss., 458 ss., y 695 ss.

³⁰⁵ Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/56 y 88 ss.

³⁰⁶ Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/87.

³⁰⁷ Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/86.

De acuerdo con esto, señala ROXIN que el sujeto que induce a otro a matar a un tercero por móviles bajos sin sentirse él mismo motivado por este móvil será castigado como inductor a un homicidio, siéndole aplicado el marco penal correspondiente a este precepto.³⁰⁸

Especial consideración merecen para ROXIN los supuestos en que el “*extraneus*” que participa en un delito consistente en la infracción de un deber lo hace mediante una contribución al hecho propia de complicidad. En aplicación del § 28.1 StGB, la falta de la cualificación que fundamenta la pena en el sujeto que contribuye al hecho con una aportación de complicidad debería beneficiar doblemente al sujeto. Por una parte, la falta de cualificación debe conducir a una atenuación obligatoria de la pena, ya que, puesto que solo quien infringe el deber puede, para ROXIN, autor del delito consistente en la infracción de un deber, porque en ellos, lo que fundamenta la autoría no es el dominio del hecho, sino la lesión de un deber especial extrapenal, la ausencia en esta clase de delitos de dicho elemento convierte al sujeto en partícipe.³⁰⁹ Por otra, la ausencia en el cómplice de la cualificación debería conducir, por implicar la ausencia en su persona del elemento que fundamenta la pena, a una nueva atenuación de la pena ya disminuida. En opinión de un sector doctrinal, esta doble atenuación no es correcta, porque supondría atenuar la pena dos veces por una misma circunstancia, la ausencia en el sujeto de la vulneración del deber especial, por lo que la pena solo puede ser atenuada en una ocasión. ROXIN se opone a esta solución, porque supone, en su opinión, desconocer la relación de niveles (“*Stufenverhältnis*”) que existe entre la complicidad y la inducción. El argumento de ROXIN consiste en lo siguiente: del mismo modo que, según el § 27 StGB [“(1) Se castiga como cómplice a aquél que

³⁰⁸ Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/86.

³⁰⁹ Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft im Strafrecht*, 7ª ed., Berlín-New York 2000, pp. 352-399, 458 ss. y 695 ss.

dolosamente ha prestado ayuda a otro a su hecho antijurídico dolosamente cometido”. (2) La pena del cómplice se determina de acuerdo con la amenaza penal del autor. Debe atenuarse de acuerdo con el § 49.1 StGB”], la pena del cómplice debe atenuarse en relación con la pena del inductor, idéntica a la del autor (§ 26 StGB: “Como inductor será castigado con la misma pena que el autor aquél que dolosamente ha determinado a otro a su hecho antijurídico cometido dolosamente”), a la vista de la atenuación de la pena que merece la inducción según el § 28.1 StGB, el único modo de respetar aquella diferencia de pena de la inducción y la complicidad en estos supuestos consiste en reducir doblemente la pena del cómplice.³¹⁰

Advierte ROXIN que el BGH, así como un sector doctrinal, intentan solucionar el problema planteado llevando a cabo una doble reducción que solo excepcionalmente beneficiaría al cómplice. Según este criterio, solo cabe apreciar la doble atenuación si el cómplice, además de no presentar en su persona el elemento fundamentador de la pena, interviene en el hecho sin dominarlo. Esto es, actúa sin dominio del hecho.³¹¹ Según este planteamiento, si, por ejemplo, alguien prestase ayuda a la comisión de un delito de administración desleal sin dominio del hecho y sin el deber de velar por el patrimonio específico del tipo, la pena del cómplice debería ser atenuada por duplicado. En cambio, si el sujeto interviniese en la administración desleal sin deber de velar por el patrimonio pero con dominio del hecho, entonces tan solo debería ser beneficiario de una atenuación simple.³¹² Tampoco este razonamiento le parece convincente a ROXIN. En su opinión, la solución a que conduce

³¹⁰ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/88, nota 171.

³¹¹ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/88.

³¹² *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/88.

vuelve a obviar la relación de niveles existente entre la complicidad y la inducción. Según ROXIN, al inductor se le debe reducir la pena, de acuerdo con el § 28.1 StGB, también cuando no sea autor únicamente por la ausencia de la cualificación de autor. Esto es, también en aquellos casos en que ostente el dominio del hecho. Por ello le parece a ROXIN una solución más correcta la que consiste en atenuar por duplicado la pena del cómplice en todos los supuestos en que concurren los presupuestos de aplicación de los §§ 27.2 y 28.1 StGB. Puesto que en los delitos de deber la participación, a causa de injusto especial realizado por el autor, “aleja” más al cómplice del autor que en los delitos de dominio, la doble atenuación de la pena se encuentra, para ROXIN, sobradamente justificada por esta circunstancia. También el inductor se beneficia, solo por razón de este mayor “alejamiento” jurídico según el § 28.1 StGB, de una atenuación de la pena que no le ofrece el § 26 StGB.³¹³

e) *La tesis de CORTÉS ROSA*

Aunque no se pronuncia expresamente sobre si todos los delitos especiales pueden ser calificados como delitos de infracción de deber,³¹⁴ CORTÉS ROSA cree posible afirmar que al menos algunos delitos calificados por la doctrina como delitos especiales impropios, como el de puesta en libertad de presos cometida por funcionario (§ 120.2 StGB), o el de lesiones corporales cometidas por funcionario (§ 340 StGB), son “delitos de infracción de deber” (“*Pflichtdelikte*”) o “delitos de garante” (“*Garantendelikte*”) en el sentido en que ROXIN o HERZBERG emplean

³¹³ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/88.

³¹⁴ *Vid.* CORTÉS ROSA, *ZStW* 1978 (90), p. 425.

dichas expresiones.³¹⁵ Según CORTÉS ROSA, en estos delitos recae sobre el funcionario un deber especial de garante consistente en la evitación del resultado lesivo que excede del deber general que recae sobre el resto de posibles intervinientes en el hecho.³¹⁶

CORTÉS ROSA afirma que, en contra de lo que afirma la doctrina dominante, podría defenderse que estos delitos la posición de garante en que se encuentra el “*intraneus*” con respecto al bien jurídico protegido no constituye un elemento agravante de la pena, sino un elemento que la fundamenta. Según este razonamiento, no se trataría, por tanto, de delitos especiales *improprios*, sino delitos especiales *proprios*. Si esto fuera así, el precepto que en Alemania debería decidir el tratamiento que merece la participación de “*extranei*” en esta clase de delitos ya no sería, como afirma la doctrina dominante, el § 28.2 StGB, sino el § 28.1 StGB. Sin embargo, CORTÉS ROSA considera que esta solución conduciría a una inadmisibles consecuencia: el partícipe “*extraneus*” deberá ser castigado con más pena en los casos en que la conducta del “*intraneus*” consista en un comportamiento omisivo que cuando se trate de uno activo, cuando parece evidente que ambos supuestos tienen el mismo contenido de injusto.³¹⁷ Así, por ejemplo, si un particular induce a un funcionario a lesionar injustificadamente a un manifestante legal, el particular deberá ser castigado como inductor a unas lesiones comunes (§ 28.2 StGB en relación con § 223 StGB), mientras que si el “*extraneus*” induce al “*intraneus*” a no impedir que un tercero lesione al manifestante, entonces el primero deberá

³¹⁵ *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), p. 426.

³¹⁶ *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), p. 427.

³¹⁷ *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), pp. 429 s.

ser castigado como inductor a un delito de lesiones corporales de funcionario (§ 28.1 StGB en relación con § 340 StGB).³¹⁸

CORTÉS ROSA reconoce que, a primera vista, parece que el § 28.2 StGB declara que el “*extraneus*” que participa en un delito especial impropio debe responder, es culpable por su participación en un delito común. Sin embargo, CORTÉS ROSA cree que si ello fuera así, la declaración legal sería de dudosa corrección, porque ignoraría el mayor contenido de injusto y de culpabilidad que caracteriza a las conductas de participación en un delito especial en relación con el de las conductas de participación en el correspondiente delito común.³¹⁹ Por ello, CORTÉS ROSA cree preferible interpretar el § 28 StGB de modo que se entienda que el “*extraneus*” que participa en un delito especial debe responder como culpable en un delito especial, con independencia de si se trata de un “delito de garante” o no.³²⁰ Por ello, a CORTÉS ROSA le habría parecido más adecuado que el legislador penal hubiese hecho extensiva la regulación prevista en el § 28.1 StGB para la participación en los delitos especiales propios también a la participación de “*extranei*” en los delitos especiales impropios.³²¹

De acuerdo con esta interpretación, cuando el § 28.2 StGB señala que los elementos personales especiales que agravan la pena solo podrán ser imputados a aquellos intervinientes en el hecho en quienes concurren, no está declarando que el partícipe “*extraneus*” en un delito especial

³¹⁸ *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), p. 429.

³¹⁹ *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), pp. 432 s.

³²⁰ *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), p. 433.

³²¹ *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), p. 440.

impropio deba responder como partícipe en el delito común paralelo, sino únicamente que será castigado con la pena de este último delito, aunque, en realidad, es culpable de haber participado en el delito especial. Como WAGNER, CORTÉS ROSA distingue entre la “declaración de culpabilidad” y la “determinación de la pena”. El “*extraneus*” en un delito especial impropio es, para CORTÉS ROSA, culpable de haber participado en un delito especial, pero debe ser castigado, en cambio, con la pena correspondiente al delito común paralelo. Sin embargo, CORTÉS ROSA conviene con WAGNER que, puesto que el contenido de injusto y culpabilidad del partícipe “*extraneus*” supera al del partícipe en el delito común, y el legislador no se opone a esta posibilidad, en la fase de concreción de la pena debe tenerse en cuenta esta circunstancia para aumentarla.³²² Con ello, el § 28 StGB no representa una ruptura o relajación del principio de accesoriedad de la participación, sino que, al contrario, respeta este principio y únicamente establece reglas especiales de determinación de la pena del partícipe.³²³

En los delitos de funcionario impropios, como, por ejemplo, el delito de lesiones corporales cometidas por funcionario público (§ 340 StGB) el delito especial es más grave que el correspondiente delito común porque el funcionario público, por el servicio que presta o la relación que le une a dicho servicio, se encuentra en posición de perturbar o poder perturbar profundamente a la comunidad jurídica mediante el abuso de dicho cargo. En esta clase de delitos, el ciudadano se ve atacado precisamente por alguien que debe protegerle, directa o indirectamente, de la arbitrariedad y el poder. La dimensión de sentido del referido delito

³²² *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), p. 433.

³²³ *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), p. 439.

presupone la infracción de un deber especial que recae sobre el funcionario, pero este deber no consiste, para CORTÉS ROSA, en una relación interna entre el funcionario y el Estado. Se trata para este autor, antes bien, de la confianza que la comunidad jurídica tiene depositada en aquellos sujetos a los que está encomendada de modo especial la defensa del ordenamiento jurídico y la idea del Estado de derecho. El “*extraneus*” que participa en un delito de lesiones corporales de funcionario participa dolosamente tanto en la puesta en peligro de la salud individual como en el resultado socialmente perturbador consistente en la infracción del deber que recae sobre el funcionario.³²⁴ Lo mismo ocurre, en su opinión, en los supuestos de participación de un no funcionario en el delito de vulneración del secreto postal por funcionario encargado de su custodia.³²⁵

f) *La tesis de STRATENWERTH*

En opinión de STRATENWERTH, los delitos especiales pueden ser divididos en dos grandes grupos: a) delitos especiales cuyo tipo presupone un especial *status* o *posición* de deber; y b) delitos que presuponen únicamente un determinado deber individual. Pertenecen a la primera clase de delitos especiales para STRATENWERTH, por ejemplo, los delitos de funcionario, los delitos militares y los delitos de los que solo pueden ser autores los sujetos pertenecientes a una determinada profesión. Integran la segunda, en cambio, los delitos de declaración y los delitos de omisión impropia.³²⁶

³²⁴ *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), p. 435.

³²⁵ *Vid.* CORTÉS ROSA, ZStW 1978 (90), pp. 435 s.

³²⁶ *Vid.* STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4^a ed., 2000, § 11/66.

Para STRATENWERTH, solo en la primera clase de delitos especiales se dirige la norma de conducta a un círculo limitado de sujetos (por ejemplo, a los funcionarios públicos, a los soldados, o a los determinados profesionales). Con esta conclusión, STRATENWERTH se separa de la tesis de BINDING según la cual las normas de conducta se dirigen en todos los delitos especiales a un círculo limitado de sujetos. STRATENWERTH cree que ello solo ocurre en los delitos especiales cuyo tipo presupone una especial *posición* de deber. STRATENWERTH también considera preferible su clasificación, por lo demás, a la distinción entre delitos especiales en que la cualidad de autor se basa en un acto jurídico y aquellos en que la referida cualidad se basa en presupuestos meramente fácticos, que se encuentra en la concepción de VOGLER.³²⁷

Según STRATENWERTH, por ejemplo, también sobre el testigo en un proceso o el sujeto que se encuentra en posición de garante en un delito de omisión impropia recae un deber jurídico especial, sin que ello se deba a la ostentación de *status* o posición social alguna. Ello demostraría, en opinión de STRATENWERTH, que no solo quienes pertenecen a un determinado *status social*, sino *todo el mundo* se encuentra en disposición de cometer cualquier clase de delito. Esto sucede tanto en los delitos comunes como en los delitos especiales. No le parece correcto a STRATENWERTH, por ello, contemplar esta última clase de delitos como una modalidad delictiva reservada a un círculo determinado de personas cualificadas. Los delitos especiales no pueden ser concebidos, a juicio de STRATENWERTH, como un tipo de delitos propios de una clase especial de seres humanos. Resulta indiferente si el destinatario del deber lo es por elección o por accidente.³²⁸ En la determinación de la especialidad de los delitos especiales, STRATENWERTH recomienda, por ello, huir de la fundamentación clásica de los deberes vinculados a un *status*.

³²⁷ Vid. STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., cit., § 11/66.

³²⁸ Vid. STRATENWERTH, “Der Versuch des untauglichen Subjekt”, en *FS-Bruns*, p. 66.

También sobre el sujeto que se encuentra en posición de garante en un delito de omisión impropia, o sobre el sujeto que ha intervenido en un accidente en el delito de alejamiento no autorizado del lugar del accidente (§ 142 StGB) recae un deber especial sin que estos sujetos pertenezcan a un determinado *status* o posición social.³²⁹ STRATENWERTH explica este deber especial del siguiente modo: quien interviene en el accidente tiene mayor responsabilidad, en términos de protección del bien jurídico, que quien no lo hace. La protección del bien jurídico protegido depende en mayor medida de quienes intervienen en el accidente, porque es posible que estos sean los únicos testigos del suceso. Del mismo modo, el interviniente en el hecho puede disponer de información sobre su propia persona que puede ser necesaria. Por este motivo, sus observaciones pueden ser de especial importancia para la aclaración y prueba de la lesión del bien jurídico protegido en el § 142 StGB. Éstas serán puestas en peligro, en cambio, si el interviniente en el accidente se desentiende de los hechos y huye del lugar del accidente.³³⁰

Desde el punto de vista de STRATENWERTH, los delitos especiales tampoco se caracterizan, en segundo lugar, por que solo pueden ser cometidos por aquellos sujetos que pueden incidir fácticamente de un modo especial en el bien jurídico. En opinión de STRATENWERTH, la idea de que la comisión de un delito solo se encuentra al alcance de aquellos sujetos que tienen posibilidades fácticas de cometerlo no es una idea exclusivamente propia de los delitos especiales. Esta idea es extensible, de algún modo, a toda clase de delitos. En efecto, no hay delito —prosigue STRATENWERTH— que no exija la concurrencia de algún

³²⁹ *Vid.* STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 66.

³³⁰ *Vid.* STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 67.

presupuesto fáctico. Los delitos especiales no se distinguen del resto de delitos, en opinión de STRATENWERTH, en que solo los sujetos cualificados se encuentren en disposición fáctica de cometer el delito. La particularidad de los delitos especiales reside en que, en ellos, la referida posibilidad fáctica de incidir en el bien jurídico de un modo especial tiene que corresponderse con un deber jurídico especial. En palabras del propio STRATENWERTH, “los delitos especiales deberían consistir, en todo caso, en deberes cuya aparición depende del presupuesto adicional de que alguien puede proteger o lesionar intereses jurídicamente protegidos antes que otros”.³³¹

STRATENWERTH ilustra su tesis mediante los ejemplos de los delitos de funcionario, el delito de falso testimonio y el delito de revelación de secreto profesional. En los delitos de funcionario, el sujeto activo —el funcionario público— no solo tiene acceso a los medios físicos de poder del Estado, sino que tiene, además, el deber de administrarlos correctamente. Así, por ejemplo, en el delito de administración desleal, el sujeto activo no solo tiene a su disposición los valores patrimoniales objeto del depósito. Sobre el funcionario depositario recae, además, el deber de custodiar estos valores. En el delito de falso testimonio, el testigo no es sujeto activo del delito por el simple hecho de tener la posibilidad material de declarar falsamente como testigo; sino por la infracción del deber de no hacerlo que pesa sobre él. Y en el delito de revelación de secreto profesional, por último, el profesional en cuestión no solo se caracteriza por tener acceso fáctico al secreto, sino que, además, tiene la obligación de guardarlo.³³²

³³¹ *Vid.* STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 68.

³³² *Vid.* STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 68.

Dentro de los elementos personales pertenecientes al injusto del tipo, STRATENWERTH distingue entre los elementos objetivos y los elementos subjetivos. Con motivo del análisis de los primeros, STRATENWERTH se ocupa de los problemas que plantea la participación en delitos especiales de sujetos que no se encuentren en la posición de deber especial en que se halla el “*intraneus*”. Según STRATENWERTH, la intervención de un “*extraneus*” en un delito especial propio (por ejemplo, la inducción por parte de un “*extraneus*” a una prevaricación) debe ser resuelta de acuerdo con lo previsto en el § 28.1 StGB. Esto es, castigando al “*extraneus*” como partícipe en el delito especial propio, pero atenuando su pena de acuerdo con el § 29.1 StGB. En los casos de participación de un “*extraneus*” en un delito especial impropio (por ejemplo, en el delito de lesiones corporales cometidas por funcionario público), al partícipe solo le alcanza el tipo común de las lesiones corporales del § 223 StGB. A STRATENWERTH esta atenuación le parece que está fundamentada, porque solo el “*intraneus*” infringe los deberes especiales. En su opinión, dicha regulación es aplicable a todos los casos planteados, con independencia de si la posición de deber especial del “*intraneus*” procede de un determinado *status*, como ocurre en el caso del funcionario público, o bien resulta de un determinado comportamiento previo, como sucede, por ejemplo, en los supuestos de deber de garante por ingerencia previa.³³³

Sin embargo, STRATENWERTH considera que de los dos apartados del § 28 StGB se desprenden principios contradictorios entre sí. El apartado 2 establece que en los delitos especiales impropios, el partícipe “*extraneus*” debe ser castigado como si el autor “*intraneus*” no hubiese lesionado el deber especial que recae sobre él. De esta decisión parece

³³³ Vid. STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, I, 4ª ed., cit., § 12/191.

desprenderse el principio de que en los delitos especiales impropios, la lesión del deber especial solo debe ser imputada al “*intraneus*”. Por el contrario, el § 28.1 StGB dispone que en los casos de participación de “*extranei*” en delitos especiales propios, dicha participación será punible, lo cual solo puede ocurrir porque al “*extraneus*” también le sea imputada la infracción del deber especial.

En opinión de STRATENWERTH, esta contradicción podría ser fácilmente resuelta sometiendo a todos los casos de participación de “*extranei*” en un delito especial a un tratamiento unitario, consistente en la imputación al partícipe de la vulneración del deber especial que recae sobre el autor con una atenuación de la pena de acuerdo con el § 49.1 StGB. Según STRATENWERTH, una tal regulación unitaria tendría la virtud de reconocer a *todos* los elementos personales del § 28 StGB su auténtica naturaleza: se trata de los únicos elementos objetivos del injusto, y, por tanto, los únicos a los que se circunscribe, de hecho, el fundamento de la participación en el delito como participación en el injusto del hecho principal del autor.³³⁴

g) *La tesis de WAGNER*

En una de las más importantes monografías escritas en Alemania sobre los delitos de funcionarios,³³⁵ WAGNER analiza el contenido de injusto de esta clase de delitos tomando como punto de referencia el delito de lesiones corporales cometidas por funcionario (§ 340 StGB). Según WAGNER, este delito permite analizar la doble relación en que puede

³³⁴ Vid. STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, I, 4ª ed., cit., § 12/192.

³³⁵ Vid. WAGNER, *Amtsverbrechen*, Berlín 1975.

encontrarse un sujeto con respecto al Estado. Señala este autor que en la moderna doctrina de Derecho público suele distinguirse entre el “círculo jurídico interno” (“*Innenrechtskreis*”), esto es, la relación entre el Estado y el funcionario, y el “círculo jurídico externo” (“*Außenrechtskreis*”), que describe la relación en que se encuentra el ciudadano con el Estado. La relación jurídica interna queda constituida, por ejemplo, con la designación del funcionario o con la celebración de un contrato privado de servicios. Sobre el sujeto que presta el servicio recaen personalmente los deberes jurídicos generales del funcionario o los deberes derivados del contrato de servicio. Estos deberes generales se convierten en deberes del cargo público cuando, por medio de un acto especial de transmisión, se concretan en relación con la prestación de un determinado cargo público. La relación de cargo convierte al individuo en “funcionario” con el deber de cumplir la función del Estado correspondiente, y velar por los derechos y deberes del Estado vinculados a dicha función. Con ello se constituyen derechos y deberes personales que guardan una relación con el cargo público confiado. Tanto los deberes del servicio como los deberes del cargo público forman parte, por tanto, de la “relación jurídica interna” entre el Estado y el funcionario.³³⁶ Por lo que respecta a la relación jurídica externa, esto es, al ejercicio de las competencias del cargo público, consisten, por el contrario, no en “deberes de cargo público”, sino en derechos y deberes del Estado, en deberes de comportamiento constitucionales o de Derecho de la Administración.³³⁷

³³⁶ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, Berlín 1975, p. 87.

³³⁷ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 87.

WAGNER se pregunta cuáles son los presupuestos bajo los cuales una lesión corporal representa un injusto imputable al Estado.³³⁸ En su opinión, todos los presupuestos exigibles pueden ser reconducidos a un presupuesto único: que el sujeto ejerza dentro de sus competencias un cargo público interior del Estado que le haya sido confiado.³³⁹ En relación con esta cuestión, WAGNER distingue dos clases de delitos: los delitos imputables al Estado (“*Staatszurechnungsdelikte*”) y los delitos no imputables al Estado (“*Nichtstaatszurechnungsdelikte*”). El contenido de injusto de los delitos imputables al Estado y el de los no imputables se distinguen, para WAGNER, en lo siguiente: mientras que en los primeros la lesión de bienes jurídicos del Estado se encuentra conectada al presupuesto de que un funcionario lesione un bien jurídico individual en ejercicio del cargo público que le ha sido confiado, produciéndose, con ello, la posibilidad de imputar al Estado la lesión del bien jurídico individual en la relación externa entre el Estado y el ciudadano, de modo que el injusto específico de estos delitos reside en que ambas lesiones del bien jurídico no están desconectadas entre sí o en una relación de rango, sino que se encuentra indisolublemente unidas entre sí; en los delitos no imputables al Estado, la relación jurídica externa existente entre el Estado y el ciudadano no desempeña papel alguno en orden a la determinación del injusto, ya que el injusto de estos delitos se caracteriza por que la lesión de los bienes jurídicos del Estado por los representantes mismos del Estado daña especialmente la propia vigencia de aquéllos.³⁴⁰

³³⁸ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 95.

³³⁹ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., pp. 95 ss.

³⁴⁰ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., pp. 302 s.

Según WAGNER, entre los delitos imputables al Estado (“*Staatszurechnungsdelikte*”) y los delitos no imputables al Estado (“*Nichtstaatszurechnungsdelikte*”) también cabe establecer alguna analogías. En primer lugar, excepto en un pequeño grupo de delitos —entre los que WAGNER se refiere a los delitos de cohecho grave y al de vulneración del secreto de servicio³⁴¹—, tanto en los delitos imputables al Estado como en aquéllos que no lo son resultan lesionados bienes jurídicos especiales del Estado, por lo que ambas clases de delitos deben ser calificadas como delitos contra el Estado cometidos desde dentro del “círculo jurídico interno”. En segundo lugar, afirma WAGNER que ninguna de las dos constelaciones de delitos se agota en la lesión del correspondiente bien jurídico del Estado, sino que, al mismo tiempo, ponen en peligro de forma persistente la vigencia del bien jurídico, separándose, de este modo, de la lesión de bienes jurídicos estatales cometida por un “*extraneus*”.³⁴² En tercer lugar, en ambos grupos de delitos, el autor vulnera, en opinión de WAGNER, el deber de cargo existente en la “relación jurídica interna” entre él y el Estado, consistente en un deber jurídico especial. Sin embargo, la vulneración del deber del cargo no juega, en ninguna de las dos clases de delito, un papel autónomo. En los delitos imputables al Estado, ello se debe a que el contenido de la vulneración del deber del Estado se determina mediante la vulneración del deber del Estado en la relación externa entre el Estado y el ciudadano. En los delitos no imputables al Estado, a que el deber se refiere a la posibilidad, que permite la propia posición de funcionario, de dañar especialmente la vigencia de bienes jurídicos del Estado.³⁴³ Y, por último, en los dos grupos de delitos,

³⁴¹ *Vid.* WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 302.

³⁴² *Vid.* WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 302.

³⁴³ *Vid.* WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 303.

el análisis del deber refleja, según WAGNER, el análisis del bien jurídico. En opinión de WAGNER, ni en una ni en otra clase de delitos cabe hablar de “injusto personal” en el sentido de que la cualidad del comportamiento antijurídico venga determinada por la persona del autor.³⁴⁴

Las únicas excepciones a este último principio general vienen representadas por los delitos de cohecho grave y por la vulneración del secreto del servicio, cuyos respectivos injustos típicos no consisten en la lesión de un bien jurídico especial del Estado, sino en la puesta en peligro de la actividad del Estado por las contravenciones al deber del servidor del Estado.³⁴⁵

g.1. Participación de “extranei” en delitos imputables al Estado

WAGNER comparte con Armin KAUFMANN, LANGER y STRATENWERTH la opinión de que carece de todo fundamento material distinguir entre delitos de funcionarios propios e impropios dependiendo de si la cualidad de funcionario fundamenta o agrava la pena, así como someterlos al tratamiento diferenciado previsto en el § 28.1 y § 28.2 StGB, respectivamente. Aquella distinción consiste, para WAGNER, en una distinción meramente “externa”.³⁴⁶

Según WAGNER, en los delitos de funcionario imputables al Estado, como por ejemplo, el delito de lesiones corporales cometidas por funcionario —cuyo injusto especial consiste, para WAGNER, en que el funcionario lesiona la integridad corporal del ciudadano en conexión interna con el ejercicio del cargo público que le ha sido confiado, atacando desde dentro, al mismo tiempo, de este modo, al Estado como Estado de

³⁴⁴ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 303.

³⁴⁵ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 303.

³⁴⁶ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 387.

derecho— la conexión funcional producida por el ejercicio del cargo público entre la lesión del bien jurídico individual y la del bien jurídico supraindividual caracteriza el injusto de la imputación al Estado. De este modo, la vulneración del deber del cargo público no constituye el núcleo esencial del contenido de injusto de los delitos imputables al Estado. La vulneración del deber especial del funcionario no es más que un reflejo de la lesión del bien jurídico, de modo que dicha vulneración no es, como elemento personal del delito, lo que caracteriza el injusto de los delitos de imputación al Estado.³⁴⁷ Según el parecer de WAGNER, no es ni la lesión del bien jurídico, ni tampoco la vulneración del deber especial que recae sobre el funcionario, sino la clase específica de lesión del bien jurídico cometida en el ejercicio de un cargo público lo que fundamenta el injusto especial de los delitos imputables al Estado. Para WAGNER, es cierto que todos los bienes jurídicos pueden ser lesionados por cualquier persona. Sin embargo, ello no significa, en su opinión, que todo el mundo pueda lesionarlos de la misma forma. En su opinión, la *realización* del injusto de un delito imputable al Estado tan solo es posible por parte de un funcionario que se encuentre en el ejercicio de un cargo público. Sin embargo, también un particular puede *contribuir* a configurar dicho injusto especial. La posibilidad de la participación de un “*extraneus*” en un injusto especial solo podría ser negada definiéndose el injusto especial como la vulneración del deber especial. Si el injusto especial también consiste en la lesión especial de un bien jurídico, como ocurre para WAGNER, por ejemplo, en los delitos de imputación al Estado, entonces no puede ser negada la posibilidad de que un “*extraneus*” participe puniblemente en el injusto especial.³⁴⁸ Por esta razón, WAGNER disiente de su maestro,

³⁴⁷ *Vid.* WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 392.

³⁴⁸ *Vid.* WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 393.

Eberhardt SCHMIDHÄUSER, cuando éste apunta que en los delitos especiales, el partícipe solo puede lesionar el bien jurídico “de un modo general”, ya que ello significaría que la norma general que prohíbe lesionar el bien jurídico solo se dirige a los “*intranei*”. Esta última conclusión es, en opinión de WAGNER, equivocada. Si los derechos fundamentales conforman el Estado de Derecho, y su protección es un principio básico del orden democrático-liberal fundamental, entonces la norma prohibitiva debe dirigirse a todo ciudadano. Así, al “*extraneus*” no le está permitido ni determinar al funcionario a lesionar el bien jurídico, ni cooperar en su lesión, ya que, si lo hiciera, atacaría las propias bases jurídicas de los derechos fundamentales y realizaría, con ello, un injusto constitucional.³⁴⁹

WAGNER también disiente de M.K.MEYER cuando asegura que en el delito de lesiones corporales cometidas por funcionario público en el ejercicio de su cargo, el comportamiento “ético-socialmente disvalioso” del partícipe solo se dirige contra el valor ético-social de la integridad corporal. En opinión de WAGNER, esta opinión descansa sobre la base de una representación de la ética “social” del Estado de Derecho que niega completamente los referentes objetivos de la comunidad, previstos en forma de derechos fundamentales en el catálogo constitucional.³⁵⁰

WAGNER defiende la concepción de que hay un bien jurídico protegido que está fuera del deber del cargo y que resulta determinante para la punibilidad del partícipe. No solo el funcionario lesiona, por ejemplo, en el delito de lesión corporal en el cargo público, dos bienes jurídicos. También el partícipe lesiona el bien jurídico individual de la integridad

³⁴⁹ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 393.

³⁵⁰ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 393.

corporal de la víctima y el supraindividual de la sumisión del Estado al derecho, aunque este segundo bien jurídico solo pueda lesionarlo determinando a un funcionario al hecho antijurídico en el ejercicio de su cargo o ayudándole a cometerlo. Según WAGNER, el partícipe en un delito de imputación al Estado “impropio” realiza, por ello, una conducta con mayor contenido de injusto objetivo que la conducta del partícipe en el “delito común” paralelo, esto es, en el delito común de lesiones corporales.³⁵¹

Lo mismo que ocurre en los llamados —a juicio de WAGNER incorrectamente— delitos “impropios” de funcionario sucede en los “propios”. Así, por ejemplo, el sujeto que induce a otro a amenazar a un tercero para no declarar (“*Aussagenerpressung*”) no solo lesiona con su conducta los bienes jurídicos individuales afectados por ella, sino, además, el bien jurídico estatal del sometimiento a derecho de las investigaciones judiciales, realizando, por ello, un injusto más grave que el que corresponde a una conducta de inducción a una coacción común.³⁵²

Como se ha mencionado *supra*, en opinión de WAGNER, la diferenciación entre los delitos de funcionario “propios” e “impropios” carece en los delitos de imputación al Estado, incluso desde el punto de vista de la participación en ellos, de toda justificación material. WAGNER considera un error castigar al partícipe “*extraneus*” a partir del “tipo común”, ya que, de este modo, no es posible aprehender el mayor contenido de injusto del “*extraneus*”. El hecho de que el partícipe haya intervenido en un delito de imputación al Estado podría ser tenido en

³⁵¹ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 394.

³⁵² Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 395.

cuenta en la determinación de la pena, ya que el antiguo § 50.3 StGB no limitaba —como tampoco lo hace el § 28.2 StGB vigente— la determinación de la pena del tribunal dentro del marco del delito común. Sin embargo, a WAGNER esta solución no le parece satisfactoria, ya que no consigue reflejar ni el incremento de injusto ni el incremento de culpabilidad. En efecto, aunque el no funcionario participa en un delito de funcionario público cometido en el ejercicio del cargo, la aplicación del antiguo § 50.3 StGB le declararía culpable únicamente como partícipe en un delito común, en el caso de que se trate de un delito “impropio” de imputación al Estado.³⁵³

La única solución que WAGNER contempla como correcta consiste en castigar al partícipe “*extraneus*” en un delito imputable al Estado, tanto “propio” como “impropio”, siempre a partir del tipo del delito de funcionario y atenuar la pena, en lugar de castigarle por el tipo del delito común y agravar la pena. Según WAGNER, la única forma de defender “*de lege lata*” la solución que considera correcta pasaba por aplicar el antiguo § 50.2 StGB tanto a los delitos de imputación al Estado “propios” como a los “impropios”. Para ello era necesario entender que en todos los casos de delitos imputables al Estado, la cualidad de “funcionario público” constituye un “elementos personal especial” fundamentador de la pena. Frente a esta posibilidad debía objetarse —reconoce WAGNER— que la referida solución era contraria a la voluntad del legislador, porque la existencia de dos regulaciones diferentes (antiguo § 50.2 y 3 StGB) dependiendo de si los elementos personales especiales fundamentaban o agravaban la pena, parecía presuponer que, con ello, el legislador penal estaba sentando las bases de la distinción entre los delitos de funcionario

³⁵³ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 396.

“propios” e “impropios”. Así, por ejemplo, aunque pueda demostrarse que en los delitos de imputación al Estado está presente un elemento personal especial, la confianza depositada por los ciudadanos en el cargo público, no resultaba aplicable a este delito el antiguo § 50.2 StGB, porque el legislador ha decidido que el referido elemento sea en ocasiones fundamentador de la pena y en otras ocasiones (como ocurre, por ejemplo, en el delito que acaba de ser mencionado) solo un elemento agravante de la misma.³⁵⁴

Sin embargo, WAGNER cree posible defender la tesis de que el antiguo § 50.3 StGB disponía para el ámbito de la participación en el delito imputable al Estado únicamente una regla de determinación de la pena, según la cual la del partícipe “*extraneus*” debía ser agravada; pero nada declaraba, en cambio, sobre el delito por el que el partícipe “*extraneus*” debía ser hecho culpable. Por este motivo, WAGNER consideró que en el antiguo StGB alemán no había, “*de lege lata*”, obstáculo alguno para hacer al partícipe “*extraneus*” responsable como partícipe en el delito “impropio” imputable al Estado, beneficiándose, en cambio, de la pena del delito común. Con ello queda garantizado que el mayor contenido de injusto de la conducta del partícipe en el delito “impropio” imputable al Estado quede expresado al menos en la condena, y no sea tenido en cuenta en la determinación de la pena. De este modo garantiza WAGNER, en la medida de lo posible, que los delitos “propios” e “impropios” imputables al Estado reciban en la condena el tratamiento adecuado a su idéntica estructura de injusto.³⁵⁵

³⁵⁴ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 398.

³⁵⁵ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 398.

g.2. *Participación de “extranei” en delitos no imputables al Estado*

WAGNER clasifica los delitos de no imputación al Estado en dos grupos: delitos que no lesionan un bien jurídico y delitos que lesionan un bien jurídico. En los primeros, entre los que se cuentan los delitos de cohecho grave y de vulneración del silencio de servicio o de cargo público, el injusto típico se fundamenta por medio de la vulneración del deber de servicio o de cargo público, esto es, por medio de un “deber especial” (“*Sonderpflicht*”). Por esta razón puede resultar dudoso si es correcto castigar al partícipe “*extraneus*” al que no afecta el deber especial. WAGNER reconoce, sin embargo, que “*de lege lata*” resulta indiscutible que el “*extraneus*” que participa en una vulneración del secreto de servicio o de cargo debe ser castigado, y que su pena debe ser atenuada de acuerdo con el § 50.2 StGB.³⁵⁶

En los segundos, WAGNER cree que debe partirse, “*de lege lata*”, de la equivocada distinción entre delitos de funcionario “propios” e “impropios” de la que parte el legislador.

En los “propios”, WAGNER cree que no puede discutirse razonablemente que el “*extraneus*” debe ser castigado por el tipo del delito del funcionario, con una atenuación obligatoria. El “*extraneus*” lesiona como partícipe un bien jurídico del Estado, produciendo o ayudando a producir un especial daño de vigencia. La imposibilidad de afirmar la impunidad del partícipe “*extraneus*” en estos delitos, no solo “*de lege lata*”, sino también “*de lege ferenda*”, se debe, para WAGNER, a que el injusto

³⁵⁶ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 399.

de estos delitos viene representado por la lesión de bienes jurídicos del Estado, y no por el momento personal consistente en la vulneración del deber especial de funcionario.³⁵⁷

A WAGNER le parece dudoso, por el contrario, si en los delitos “impropios” no imputables al Estado —entre los que WAGNER incluye los delitos de puesta en libertad en el cargo, la falsificación de documentos oficiales en el cargo, y la apropiación indebida en el cargo de cosas en propiedad del Estado— el partícipe “*extraneus*” debe responder también por el tipo del delito de funcionario, y únicamente la pena debe aplicarse de acuerdo con el correspondiente tipo básico.³⁵⁸ Así, por ejemplo, en el delito de apropiación indebida en el cargo público sobre cosas en propiedad del Estado, a WAGNER le parece que lo más correcto es que al partícipe “*extraneus*” tan solo se le haga responsable por la participación en un delito de apropiación indebida común, ya que, en su opinión, de acuerdo con el anterior derecho vigente, la propiedad del Estado no se diferenciaba cualitativamente de la propiedad del ciudadano, esto es, no sería un bien jurídico “del Estado”, y la lesión de la protección del Estado por medio del comportamiento de “*extranei*” se castigaba mediante la aplicación de otros preceptos legales. Lo mismo sucedía, según WAGNER, en los casos de participación de “*extranei*” en falsificación de documentos públicos en el cargo. Por el contrario, en el delito de puesta en libertad de presos, el bien jurídico lesionado —el derecho del Estado a detener— consistiría en un bien jurídico específicamente estatal. Su lesión por parte del funcionario representaría un incremento del injusto. Por ello le parece correcto a WAGNER hacer responder al partícipe “*extraneus*” como partícipe en un

³⁵⁷ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 400.

³⁵⁸ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 400.

delito de puesta en libertad de presos en el cargo público, e imponerle la pena del tipo básico correspondiente.³⁵⁹

h) *La tesis de OTTO*

Según OTTO, son delitos especiales aquellos tipos en los que solo puede ser autor aquel sujeto sobre el que recae un deber especial, en la mayor parte de los casos extrapenal, como, por ejemplo, el funcionario público en el delito de falsificación de documento público cometido por funcionario (§ 348 StGB), el obligado a la custodia del patrimonio en el delito de administración desleal (§ 266.1.2 StGB) o el garante en los delitos de comisión por omisión.³⁶⁰ Sin embargo, OTTO rechaza la opinión doctrinal según la cual en los delitos especiales el sujeto especialmente obligado siempre es el autor, con independencia de si, de acuerdo con otros criterios, su aportación al hecho debería convertirlo en partícipe. Para OTTO, no es correcta, por tanto, la idea de que la infracción del deber especial consiste en los delitos especiales en el único elemento de la autoría.³⁶¹

A juicio de OTTO, todo delito presupone la infracción de un deber. Esta infracción es estructuralmente distinta dependiendo de que se trata de un delito de acción o de un delito de omisión. Estructuralmente, la lesión del deber especial en los delitos especiales no es diferente a la infracción del deber cometida por un sujeto en un delito común. Dicha infracción solo sirve para limitar el círculo de posibles autores del delito

³⁵⁹ *Vid.* WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 401.

³⁶⁰ *Vid.* OTTO, “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, *Jura* 1987, p. 257.

³⁶¹ *Vid.* OTTO, *Jura* 1987, p. 257.

especial, siendo inadecuado, por ello, como criterio para distinguir entre autores y partícipes.

En su opinión, en los casos en que intervengan en el hecho diversos sujetos que se encuentren especialmente obligados, no todos estos sujetos deberán ser considerados autores, sino que la delimitación entre autores y partícipes deberá realizarse de acuerdo con los principios que se desprenden de la distinción de la correspondiente posición de responsabilidad que ostente cada uno.³⁶²

Así, por ejemplo, si A, administrador de un patrimonio no interviene a pesar de haber tenido conocimiento de que B quiere distraer diversos objetos del patrimonio, el autor del delito de administración desleal es solo A, y no B, porque es el responsable de garantizar la integridad del patrimonio que le ha sido entregado en custodia. En cambio, si A y B fueran co-administradores del patrimonio, y A no evitase que B distrajera algunos objetos del mismo, OTTO considera que la cuestión relativa a quién debe responder como autor y quién debe hacerlo como partícipe debe ser resuelta aplicando los mismos criterios que deben decidir la cuestión planteada en los supuestos en que tiene lugar una omisión de garante y el actuar positivo en relación con un mismo resultado. Según esto, OTTO considera que en el caso B debe responder como autor y A como partícipe, porque, si bien ambos intervinientes en el hecho infringen el deber de garantizar la integridad del patrimonio, B tiene, además, el dominio del hecho.³⁶³

³⁶² *Vid.* OTTO, Jura 1987, p. 257.

³⁶³ *Vid.* OTTO, Jura 1987, p. 257.

i) *La tesis de JAKOBS*

JAKOBS distingue entre dos clases de delitos: los delitos de “*responsabilidad por competencia por organización*” (“*Haftung kraft Organisationszuständigkeit*”). que consisten en delitos en que el deber de la norma correspondiente regula por completo la relación del autor con el objeto de protección; y los “delitos de *responsabilidad por competencia institucional*” (“*Haftung kraft institutioneller Zuständigkeit*”), en los que el deber se limita a asegurar penalmente una relación ya existente con independencia del deber.³⁶⁴

En los delitos de comisión, un delito donde la relación del sujeto con el objeto de protección viene íntegramente regulada en el deber resultante de la norma penal es, para JAKOBS, el homicidio (§ 212 StGB). En este delito, la relación del sujeto con el objeto de protección es puramente negativa, ya que aquí la norma penal se limita a prohibir matar a otro. Se trata de un “delito de *responsabilidad por organización*”. Pero también hay delitos de comisión en que la norma penal no crea la relación del sujeto con el objeto de protección, sino que se limita a asegurarla. Tal es el caso, según JAKOBS, de algunos delitos especiales. Así, por ejemplo, en el delito de cohecho, el funcionario no se caracteriza únicamente por ser un sujeto que no debe ser corrompido; ni en el delito de falso testimonio, el autor se define por la prohibición de prestar declaración falsa. El delito de cohecho y el delito de falso testimonio constituyen para JAKOBS, como el resto de delitos especiales comisivos, “delitos de *responsabilidad por institución*”.³⁶⁵

³⁶⁴ Vid. JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., 25/44.

³⁶⁵ Vid. JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., 25/45.

Según JAKOBS, lo mismo ocurre en los delitos de omisión. También en ellos distingue JAKOBS entre los “delitos de *responsabilidad por organización*”, donde la relación del sujeto con el objeto material es puramente negativa (el deber de garante se agota en el deber de conservación del bien jurídico); y los “delitos de *responsabilidad por institución*”, caracterizados por que la conservación del bien jurídico debe hacer posible una relación positiva. Nos hallaremos —según JAKOBS— ante un delito omisivo de responsabilidad por organización cuando la posición de garante resulte de una injerencia previa o de la asunción voluntaria de la protección del bien jurídico. Por el contrario, en el supuesto de los padres que dejan morir de hambre a sus hijos, no basta con referirse a la prohibición de dejarlos morir. Entre los padres y sus hijos no existe una relación meramente negativa, esto es, un deber de no intromisión de los padres en la esfera de organización ajena (de los hijos), sino una relación positiva.³⁶⁶

En suma: en la concepción defendida por JAKOBS, existen relaciones puramente negativas tanto en algunos delitos de comisión como en algunos delitos de omisión, por una parte, y deberes especiales propios de un *status*, por otra.³⁶⁷

De lo anteriormente expuesto, puede extraerse ya una primera conclusión: todos los delitos especiales en sentido estricto, tanto los comisivos como los omisivos, constituyen para JAKOBS delitos de “*responsabilidad por institución*”. En sentido inverso, todos aquellos delitos que no constituyan delitos de responsabilidad por institución tampoco podrán ser considerados delitos especiales. Ello también es predicable para algunos delitos que solo pueden ser cometidos por un círculo limitado de sujetos. Se trata de los

³⁶⁶ Vid. JAKOBS, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., cit., 25/45.

³⁶⁷ Vid. JAKOBS, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., 1995, 25/45; el mismo, *Acción y omisión en Derecho penal* (traducción de Luis Carlos REY SANFIZ y Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), 2000, p. 12.

“delitos especiales en sentido amplio” (“*Sonderdelikte*”). Así, por ejemplo, a pesar de que solo el obligado tributario puede ser autor de un delito fiscal, este delito no puede ser considerado —siempre a juicio de JAKOBS— un delito especial. Ello es así porque la mera cualidad de deudor fiscal no constituye, en opinión de JAKOBS, una institución. Según este autor, un *status* solo se alcanza: a) cuando el deber sancionado jurídico-penalmente constituye una relación institucionalmente asegurada —como sucede, por ejemplo, la de funcionario, soldado, padre, madre, tutor, persona en quien se confía etc.—; o b) cuando este deber integra al sujeto en una institución —así, por ejemplo, el testigo en el delito de falso testimonio como cooperador con la Administración de Justicia.³⁶⁸

A partir de lo apuntado *supra*, JAKOBS considera que cabe distinguir entre dos clases de delitos especiales: los delitos especiales en sentido amplio y los delitos especiales en sentido estricto.

i.1. *Delitos especiales en sentido amplio*

Los delitos especiales en sentido amplio se caracterizan, a juicio de JAKOBS, por que, en ellos, el legislador ha limitado el círculo de posibles autores a determinados sujetos. La diferencia entre esta clase de delitos especiales y los delitos especiales en sentido estricto reside, para JAKOBS, en lo siguiente: mientras que en estos segundos delitos el círculo de posibles autores se caracteriza por que se trata de titulares de determinados deberes especiales, en el caso de los delitos especiales en sentido amplio la restricción del círculo de autores responde a otros motivos. Así, en esta última clase de delitos, el legislador limita la esfera de posibles autores a determinados sujetos por ser éstos los únicos que pueden atacar un determinado bien jurídico de una determinada forma. Se trata de descripciones legales que únicamente describen una situación en la que el comportamiento típico es posible de algún modo o de forma relevante en la práctica. En estos delitos, los elementos que limitan el círculo de autores

³⁶⁸ Vid. JAKOBS, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., cit., 25/46.

son, como otros elementos de la situación típica, elementos que describen la configuración de un círculo de organización. Por ello, estos elementos, como todos los elementos que describen un determinado ámbito de organización, elementos del tipo completamente comunicables accesoriamente. Algunos ejemplos de elementos exclusivamente descriptivos de situaciones típicas en delitos especiales en sentido amplio son, para JAKOBS, la posición de depositario de la cosa en el delito de apropiación indebida (§ 246 StGB), la posición del interviniente en el accidente del delito de abandono no autorizado del lugar del accidente (§ 142 StGB), la condición de preso en el delito de amotinamiento de presos (§ 121 StGB), o la de “hombre” en aquellos delitos consistentes en la realización de acciones sexuales que exigen a un “hombre” como autor.³⁶⁹

Lo mismo sucede —prosigue JAKOBS— en aquellos delitos en que el círculo de posibles autores se encuentra limitado a las únicas personas que pueden atacar un determinado bien jurídico de un modo especialmente leve o relevante en la práctica. Ello ocurre, por ejemplo, en los delitos de puesta en peligro de naves marítimas (§ 297 StGB), acciones exhibicionistas (§ 183 StGB), alzamiento de bienes mediante frustración de proceso de ejecución forzosa (§ 288 StGB) y bancarrota (§ 283 StGB).³⁷⁰

En opinión de JAKOBS, también deben ser calificados como elementos del tipo pertenecientes a delitos especiales en sentido amplio los elementos de deber de garante en virtud de responsabilidad por

³⁶⁹ Vid. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., cit., 23/24.

³⁷⁰ Vid. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., cit., 23/24.

organización; esto es, los deberes de tráfico, por injerencia previa y por asunción voluntaria del riesgo.³⁷¹

En la concepción de JAKOBS, la principal consecuencia de la consideración de todos estos elementos como elementos descriptivos del ámbito de organización del autor de la conducta típica es que no pueden ser calificados como elementos personales especiales. Por ello, no resulta aplicable el § 28 StGB en los supuestos de participación en el hecho de sujetos en quienes tales elementos no concurren.

i.2. Delitos especiales en sentido estricto

Señala JAKOBS que en otros delitos, los delitos especiales en sentido propio, los elementos que limitan el círculo de posibles autores no describen —o no se limitan a describir— el alcance de un círculo de organización, sino que describen el *status* del autor. De este modo, el legislador describen las expectativas de un comportamiento conforme a derecho mediante la referencia al sujeto sobre el que recae un deber especial. En estos casos, el sujeto no especialmente obligado solo es responsable “en segunda línea”, y, por ello, de modo limitado. Los deberes especiales propios (fundamentadores) o impropios (agravantes) son elementos personales especiales. Por *status* en el sentido referido por JAKOBS debe entenderse un conjunto de relaciones entre el obligado y el bien jurídico correspondiente garantizado institucionalmente, del que el deber lesionado solo es una parte. En los supuestos de instituciones, el *status* se convierte, para JAKOBS, en posición de garante. El delito especial es, al mismo tiempo, delito consistente en la infracción de un deber, de modo que el sujeto especialmente obligado siempre es autor. Así,

³⁷¹ Vid. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., cit., 23/24.

puesto que en estos delitos el elemento personal especial, consistente en la infracción del deber especial, fundamenta, “*per se*”, la autoría del delito, no cabe participar en un injusto especial sin un hecho principal con un injusto especial.³⁷²

JAKOBS cree que se cuentan entre los elementos de deber especial los deberes de funcionarios de los delitos de funcionario, los múltiples deberes que recaen sobre los sujetos encargados del cuidado de personas y del patrimonio previstos en algunos tipos de la Parte Especial, los deberes de quienes deben declarar en los delitos contra la Administración de Justicia, los deberes de los §§ 174 ss. StGB o los deberes de garante por responsabilidad por institución, como las relaciones de matrimonio o paterno-filial.³⁷³

Según JAKOBS, cuando falte en el partícipe un elemento personal especial que fundamente la pena —lo cual sucederá, en su opinión, siempre, ya que, desde su punto de vista, dichos elementos consisten, en todo caso, en elementos del delito específicos del autor—, la pena del partícipe deberá atenuarse de acuerdo con lo previsto en el § 28.1 StGB en relación con el § 49.1 StGB.³⁷⁴

Señala JAKOBS que ello también sucederá, por ejemplo, en los casos de participación de un funcionario en un delito del que sea autor otro funcionario, porque aunque es cierto que sobre el partícipe funcionario recae un deber especial, no lo es menos que este deber, al ser personal, no es el mismo deber que recae sobre el autor.³⁷⁵

³⁷² Vid. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., cit., 23/25.

³⁷³ Vid. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., cit., 23/25.

³⁷⁴ Vid. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., cit., 23/29.

³⁷⁵ Vid. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., cit., 23/31.

En opinión de JAKOBS, cuando el partícipe realice una contribución al hecho que en un delito de dominio no daría lugar a autoría, sino a cooperación necesaria o complicidad, podrá ser o será merecedor de una doble atenuación de la pena: la del § 28.1 StGB y la del § 27.2 StGB. En caso contrario, no.³⁷⁶

Según JAKOBS, el tratamiento diferenciado previsto en los §§ 28.1 y 2 StGB dependiendo de si el elemento personal especial fundamenta la pena (§ 28.1 StGB) o solo la agrava, atenúa o excluye (§ 28.2 StGB) carece de todo sentido en los delitos de infracción de un deber, porque, desde su punto de vista, todos los elementos de deber jurídico especial son fundamentadores de la pena.³⁷⁷

Por ello, JAKOBS comparte con CORTÉS ROSA y WAGNER³⁷⁸ la tesis de que el § 28.2 StGB no debe ser entendido como un precepto declarativo de que el título de responsabilidad del partícipe “*extraneus*” sea el delito común paralelo, sino como una simple regla de determinación de la pena, en cuya virtud la pena del partícipe “*extraneus*” debe ser atenuada, debiendo ser tomada en consideración en la determinación de la pena la circunstancia de que se trata de la participación en un delito especial.³⁷⁹

j) *La tesis de VOGEL*

³⁷⁶ Vid. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., cit., 23/30.

³⁷⁷ Vid. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., cit., 23/34.

³⁷⁸ Aunque este segundo sólo en relación con algunos delitos de funcionario. Sobre este particular, vid. la exposición de la concepción de WAGNER que se encuentra *supra*.

³⁷⁹ Vid. JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., cit., 23/34.

En su tesis doctoral sobre los delitos de omisión, Joachim VOGEL comparte la opinión —generalizada en la doctrina— de que los delitos de omisión impropia como delitos especiales. Según VOGEL, la exigencia legal de que el autor se encuentre en una determinada posición de garante determina a los delitos de omisión impropia como auténticos delitos especiales, pues también en ellos el autor y destinatario de la norma deben presentar, en todo caso, determinadas cualidades (“*cualificación de autor*”), no pudiendo ser autor del delito, por ello, cualquier persona.³⁸⁰ Tomando como punto de partida la clasificación de JAKOBS en delitos especiales en sentido estricto, en los que la cualificación del autor describe una relación del sujeto con el bien jurídico por el *status* del primero, y delitos especiales en sentido amplio, en los que la relación con el bien surge del comportamiento delictivo,³⁸¹ VOGEL considera dudoso que todos los comportamientos delictivos de omisión impropia puedan ser incluidos en la segunda clase de delitos especiales. Según VOGEL —siguiendo de nuevo a JAKOBS —, los mandatos de garante fundamentados institucionalmente representan delitos especiales en sentido estricto, mientras que los mandatos de garante de aseguramiento (“*Sicherungsgarantengebote*”) en virtud de responsabilidad por el propio círculo de organización no determinan ningún rol o *status* (“*Statusrolle*”) del sujeto, dando lugar, por ello, a simples delitos especiales en sentido amplio.³⁸²

Advierte VOGEL que esta clasificación no debe confundirse con la propuesta por la doctrina dominante entre delitos especiales

³⁸⁰ Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín 1992, p. 136.

³⁸¹ Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht ...*, cit., p. 136.

³⁸² Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht ...*, cit., pp. 136 s.

(“*Sonderdelikte*”) y delitos de deber especial (“*Sonderpflichtdelikte*”). VOGEL no acepta esta segunda clase de delitos, porque considera incorrecta —en contra de lo afirmado por ROXIN y quienes le siguen en esta materia— la idea de que en los delitos especiales, el deber jurídico especial infringido por el autor debe consistir en un deber jurídico extrapenal.³⁸³ A juicio de VOGEL, resulta preferible afirmar que también en los delitos especiales propios, el deber infringido es de naturaleza exclusivamente penal,³⁸⁴ no se trata, por tanto, de un deber previo al Derecho penal.³⁸⁵

Según VOGEL, la calificación de los delitos de omisión de garante como delitos especiales tiene una gran importancia teórica, porque contribuye a distinguir materialmente entre los delitos de “omisión de cualquiera” (“*Jedermannsunterlassen*”) —así, por ejemplo, en el marco del § 323 c StGB (“Quien no preste ayuda en casos de accidente o peligro o necesidad comunes, aunque esto sea necesario y se le pueda exigir de acuerdo con las circunstancias, en especial que sea posible sin riesgo propio relevante y sin la vulneración de otros deberes importantes, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con pena pecuniaria”)— y los delitos de omisión impropia. Según VOGEL, la diferencia entre unos y otros delitos no reside en la “relación con el resultado” de la omisión de garante, ya que también el sentido y el contenido del § 323 StGB se desprende de la relación con el resultado. En los delitos de omisión propia, el autor se encuentra, en relación con el curso lesivo, en la posición de un no interviniente, de un ciudadano cualquiera

³⁸³ Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht* ..., cit., p. 137.

³⁸⁴ Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht* ..., cit., p. 137.

³⁸⁵ Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht* ..., cit., p. 137.

(“*quivis ex populo*”). Por el contrario, el garante se encuentra en una relación especial con el curso lesivo —que es precisamente la que caracteriza la equiparación con la comisión—, no es un sujeto cualquiera.³⁸⁶

k) *La tesis de SÁNCHEZ-VERA*

Siguiendo a su maestro alemán JAKOBS, SÁNCHEZ-VERA opina que el delito puede consistir en la lesión de dos clases de instituciones: las negativas y las positivas. Entre las primeras, SÁNCHEZ-VERA destaca la institución negativa del “*neminem laedere*”, que consiste en la prohibición original y *general* para todo ciudadano de no lesionar a los restantes individuos de la sociedad ni inmiscuirse en su esfera privada sin su consentimiento. Esta institución negativa, que no presupone la existencia de un deber jurídico especial, puede ser lesionada por el individuo, que goza de “libertad de organización” (“*Organisationsfreiheit*”), según SÁNCHEZ-VERA, tanto mediante un hacer como por medio de un no-hacer. Los delitos consistentes en la lesión de la institución negativa “*neminem laedere*” recibe en la concepción de SÁNCHEZ-VERA la denominación “delitos de responsabilidad por organización”.³⁸⁷

Sin embargo, el Derecho penal no debe limitarse al aseguramiento de esferas de libertad externas, sino que también debe contribuir a la construcción de relaciones positivas basadas en instituciones positivas o

³⁸⁶ Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht ...*, cit., pp. 137 s.

³⁸⁷ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit bei Tun und Unterlassen*, Berlín 1999, pp. 29 ss.

roles vinculados a deberes jurídicos especiales. Algunas de estas instituciones positivas o roles son, según SÁNCHEZ-VERA, el rol de padre, madre, policía, juez, etc. Los delitos que atentan contra los deberes específicos que están en la base de estas instituciones positivas, que pueden consistir, igualmente, en un hacer o en un no-hacer, son calificados por SÁNCHEZ-VERA como “delitos de responsabilidad por institución”, o “delitos consistentes en la infracción de un deber” (“*Pflichtdelikte*”).

SÁNCHEZ-VERA distingue los “delitos de responsabilidad por organización” y los “delitos de responsabilidad por institución” mediante el siguiente ejemplo: si alguien va paseando por la calle y ve a un niño que amenaza con caerse al agua, alejándose el sujeto del lugar, cayendo el niño al agua y ahogándose, responderá de distinto modo dependiendo de si es su padre o no lo es. En este segundo caso, el sujeto responderá simplemente por un delito de omisión de deber de socorro (§ 323 c StGB), mientras que en el primero, el sujeto deberá ser castigado por la muerte del niño, ya que se encuentra obligado por una norma que le obliga a construir un mundo común con el niño, por un deber especial de mantenerse con capacidad de prestarle ayuda.³⁸⁸

Para SÁNCHEZ-VERA, en todos los delitos consistentes en la infracción de un deber, la simple infracción de dicho deber constituye un elemento fundamentador de la autoría del delito, con independencia de la mayor o menor entidad de la aportación. De acuerdo con la teoría de los “*Pflichtdelikte*”, en estos delitos solo responderá como partícipe el obligado que no pueda ser autor, por no reunir en su persona todos los elementos del autor. Ello sucede tanto si el deber jurídico especial se encuentra

³⁸⁸ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 41 s.

positivizado como si ello no ocurre. Un ejemplo de “*Pflichtdelikt*” con institución positivizada que tipifica una contribución al hecho que, de acuerdo con su entidad objetiva, no pasaría de ser, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, un comportamiento de participación, es el delito previsto en el § 354.2.3 StGB. En este precepto, el legislador alemán castiga como tipo de autoría el favorecimiento —“*Förderung*— o permiso —“*Gestattung*”— de una lesión del secreto postal por funcionario público. Según SÁNCHEZ-VERA, el contenido de injusto de este delito reside exclusivamente en la infracción del deber especial que recae sobre el funcionario de correos, y no en la realización material del acto de violación de la correspondencia. De este modo, si el referido funcionario entrega a un tercero un paquete a él confiado para su envío para que pueda conocer su contenido, realiza como autor el tipo previsto en el § 354.2.3 StGB, como si el mismo hubiera abierto sin permiso el paquete.³⁸⁹

En cuanto a la lesión de instituciones positivas no expresamente positivizadas, como, por ejemplo, el caso de la madre que deja morir de hambre al niño, la autoría por parte de la madre de un delito de homicidio resulta para SÁNCHEZ-VERA indiscutible, a pesar de que la lesión de una institución positiva a causa de la relación “padres-hijo” que constituye su conducta no aparece expresamente prevista en los § 212 y § 13 StGB, que son los preceptos aplicables al caso. En estos dos casos, a pesar de que, en términos de responsabilidad por organización, el “*quantum*” de dominio que suponen ambas contribuciones únicamente podría conducir a castigar por cooperación, el sujeto activo debe ser castigado como autor de sendos “*Pflichtdelikte*”. Porque las conductas descritas constituyen la lesión de sendas instituciones positivas y de los correspondientes deberes especiales

³⁸⁹ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 153 ss.

que de ellas se desprenden, a saber: fomentar la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración y crear un mundo común con su hijo. Según SÁNCHEZ-VERA, en estos dos casos se da, en puridad, un concurso aparente entre la lesión positiva de un deber jurídico especial (responsabilidad a título de autoría) y una deficiente organización (responsabilidad a título de participación), que debe ser resuelto, en su opinión, en favor de la primera (es decir, en favor de la responsabilidad a título de autoría). Lo contrario (responsabilidad por cooperación, o incluso tentativa de ésta) sería, según el parecer de SANCHEZ-VERA, axiológicamente incongruente.³⁹⁰

Podría argumentarse que, puesto que las expectativas derivadas de la pertenencia a una institución positiva parecen afectar solo a los “*intraanei*”, en tanto que el “*extraneus*” nunca podría convertirse en autor de un “*Pflichtdelikt*”, ello podría representar la impunidad para los partícipes “*extranei*”. Esta solución podría estar abonada, además, por razones vinculadas al principio de accesoriedad, de cuya conformidad las especiales circunstancias altamente personales no serían imputadas accesoriamente al sujeto no cualificado. Sin embargo, la solución de la impunidad del “*extraneus*” no es compartida por SÁNCHEZ-VERA. Señala este autor que los §§ 26 y 27 StGB, que regulan la inducción y la participación, no hacen depender la punibilidad de los partícipes en un delito de la circunstancia de que dichos sujetos también puedan ser autores del delito. Al contrario: el § 28.1 StGB presupone que los “*extranei*” no pueden ser autores.

No es cierto —afirma SÁNCHEZ-VERA— que las expectativas garantizadas por los “*Pflichtdelikte*” no afecten también a los no obligados

³⁹⁰ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 157 s.

positivamente. La especialidad de esta clase de delitos consiste, para SÁNCHEZ-VERA, en que, sin un obligado, la expectativa no puede ser defraudada. La defraudación de la expectativa mediante el comportamiento del autor es, por tanto, el “ojo de la aguja” por el que debe pasar, forzosamente, el injusto de la intervención del partícipe “*extraneus*”. Por este motivo, SÁNCHEZ-VERA considera, siguiendo nuevamente a JAKOBS, que en los “*Pflichtdelikte*”, el contenido de injusto de la conducta del partícipe “*extraneus*” es equiparable al de la conducta realizada por el “*intraneus*”.³⁹¹

Sentada la premisa, por tanto, de que el “*extraneus*” que participa en un delito especial no debe quedar impune, SÁNCHEZ-VERA se pregunta cuál debe ser la regla que decida su responsabilidad. En opinión de SÁNCHEZ-VERA, la solución de la doctrina dominante en Alemania, según la cual en los delitos especiales propios el § 28.1 StGB obliga a hacer responder al “*extraneus*” por el delito especial, mientras que en los delitos especiales impropios debe ser castigado, en aplicación del § 28.2 StGB, como partícipe en el delito común paralelo, es, cuando menos, sorprendente. Porque, si tanto los “*Pflichtdelikte*” propios como los impropios son, en definitiva, “*Pflichtdelikte*”, no se entiende, según SÁNCHEZ-VERA, por qué deben ser sometidos los partícipes en los respectivos delitos a un tratamiento jurídico diferenciado.

Según SÁNCHEZ-VERA, ello es así no solo porque tal solución no sea “armónica”, sino porque conduce a incongruencias valorativas. En efecto, como algunos autores han puesto de relieve, no resulta satisfactorio castigar al “*extraneus*” que participa en un “*Pflichtdelikt*” impropio del

³⁹¹ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 167 ss.

mismo modo que al “*extraneus*” que lo hace en el correspondiente “delito de dominio” (“*Herrschaftsdelikt*”) o delito común paralelo. Así, por ejemplo, en opinión de SÁNCHEZ-VERA, es más grave determinar dolosamente a un funcionario a cometer unas lesiones de funcionario (§ 340 StGB) que convencer a un no funcionario a cometer unas lesiones normales (§ 223 StGB). Porque en el primer caso también se perturba la confianza del ciudadano en el ejercicio del poder estatal y, con ello, una institución positiva, mientras que en el segundo caso solo se lesiona la institución negativa del “*neminem laedere*”.³⁹²

Para evitar las inconsecuencias apuntadas por SÁNCHEZ-VERA en relación con la solución que el § 28.2 StGB da a los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales impropios, un sector de la doctrina ha sugerido la siguiente idea: los delitos especiales impropios no son auténticos delitos especiales, sino solo delitos comunes cualificados o privilegiados. Así, por ejemplo, el delito de lesiones corporales cometidas por funcionario previsto en el § 340 StGB no es un auténtico delito especial, sino solo el delito de lesiones corporales comunes del § 223 StGB, esto es, un “*Herrschaftsdelikt*” cualificado mediante la lesión de un deber. Con ello se conseguiría, en primer lugar, evitar el criticado tratamiento diferencial de los “*Pflichtdelikte*” impropios frente a los propios, al ser penado el “*extraneus*” también en este último caso de acuerdo con el marco penal del hecho cometido por el autor, como si se tratase de un delito, aunque cualificado, comisible por cualquiera; y, en segundo lugar, evitar la equiparación del tratamiento del “*extraneus*” partícipe en un “*Pflichtdelikt*” impropio con el de la participación en delito común, ya que la pena del “*extraneus*” sería la misma que la del autor del

³⁹² Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 171 s.

hecho principal.³⁹³ Sin embargo, SÁNCHEZ-VERA no comparte esta propuesta. De acuerdo con la concepción de este autor, también los “*Pflichtdelikte*” impropios deben ser considerados auténticos “*Pflichtdelikte*”, y no, en cambio, “*Herrschaftsdelikte*”, ya que no constituyen la lesión de una institución negativa, sino la de una positiva.³⁹⁴

En opinión de SÁNCHEZ-VERA, aunque, en aplicación del StGB el inductor o partícipe extraño debe ser castigado de acuerdo con el § 28. 2 StGB con el marco penal del tipo del delito común, ello no significa, sin embargo, que el título de imputación por el que debe responder el “*extraneus*” consiste en participación en el delito común paralelo, sino que responderá como partícipe en el “*Pflichtdelikt*” impropio. Según esta interpretación, tanto el § 28.1 (*echte Pflichtdelikte*) como el § 28.2 (*unechte Pflichtdelikte*) StGB disponen una disminución de la pena para el “*extraneus*” en quien no concurren los especiales elementos personales del injusto. SÁNCHEZ-VERA conviene con ROXIN que si los dos apartados del § 28 StGB no expresan esta atenuación de la pena del “*extraneus*” de modo coincidente, ello es debido simplemente a la “falta de elegancia” (“*Schönheitsfehler*”) del legislador. Según este razonamiento, el § 28.2 StGB no constituye una quiebra del principio de la accesoriedad limitada, sino que, al contrario, del mismo modo que el § 28.1 StGB, hace responder al partícipe por el injusto del autor, evitándose, con ello, las incongruencias valorativas expresadas *supra*. Las modificaciones del marco penal significan únicamente reglas de determinación de la pena, igual que éstas

³⁹³ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 184 s.

³⁹⁴ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 186.

concurrirían de lo contrario en el ámbito de la participación (§ 27.2 StGB).³⁹⁵

Algunos “*Pflichtdelikte*” pueden ser cometidos tanto por acción como por omisión. La doctrina dominante considera que los supuestos de comisión por acción de “*Pflichtdelikt*” dan lugar a delitos de infracción de deber impropios, debiendo responder el “*extraneus*”, *ex* § 28. 2 StGB, por el delito común correspondiente. En cambio, en los casos de “*Pflichtdelikt*” por omisión, suele afirmarse la concurrencia de un “*echte Pflichtdelikt*”, porque el deber de actuar recae únicamente sobre el cualificado, sin que exista un delito común paralelo exclusivamente en los casos de acción, debiendo responder el “*extraneus*” por el “*Pflichtdelikt*” *ex* § 28.1 StGB. Así, por ejemplo, el delito consistente en la puesta en libertad de presos por parte de funcionario público (“*Gefangenenbefreiung im Amt*”), previsto en el § 120.2 StGB, puede cometerse tanto por acción (abriendo la puerta) como por omisión (no cerrándola cuando está abierta). Según la doctrina dominante, si un “*extraneus*” induce al funcionario encargado de la vigilancia de los presos a abrir la puerta, esto es, a cometer el delito por acción, responderá de acuerdo con el § 28.2 StGB. En cambio, si un “*extraneus*” induce al referido funcionario a no cerrar la puerta, esto es, a cometer el delito por omisión, deberá responder por el § 120.2 StGB en virtud del § 28.1 StGB en relación con el § 49 StGB.³⁹⁶

Siguiendo a CORTÉS ROSA, SÁNCHEZ VERA es del parecer de que la solución de la doctrina dominante conduce a la insostenible consecuencia de que al inductor de la lesión del deber mediante omisión se

³⁹⁵ *Vid.* SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 187.

³⁹⁶ *Vid.* SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 187 ss.

le castiga más que al que hace lo propio con respecto a la acción, cuando en realidad es irrelevante que la lesión del deber se produzca por acción o por omisión, ya que ello puede ser simplemente una mera consecuencia de la automatización. Así, por ejemplo, en el citado delito de puesta en libertad de presos, las puertas de la prisión podrían abrirse o cerrarse automáticamente, sin que ello deba influir —afirma SÁNCHEZ-VERA— en el contenido de injusto del comportamiento delictivo. La punibilidad de los intervinientes en el hecho no puede depender de la organización interna del sistema de seguridad.³⁹⁷

Como ya se ha señalado *supra*, SÁNCHEZ VERA cree que el contenido de injusto de los “*Pflichtdelikte*” impropios es el propio de los (propios) “*Pflichtdelikte*”. Si en estos casos se aplica el § 28.2 StGB es porque el elemento personal especial no fundamenta la pena, sino que la agrava. Sin embargo, SÁNCHEZ-VERA advierte que estas dos afirmaciones se contradicen. Para este autor, si los “*Pflichtdelikte*” impropios tienen el mismo contenido de injusto que los “*Pflichtdelikte*” propios, entonces, una de dos: o no son “*Pflichtdelikte*” *impropios*, o bien la calificación de estos delitos como “*impropios*” está vacía de contenido. Si el injusto de los “*Pflichtdelikte*” impropios no coincidiera con el de contenido de injusto de los “*Pflichtdelikte*” propios, entonces el tratamiento unitario de ambas clases de delitos en relación con el § 49.1 StGB no constituiría el modo más correcto de solucionar el problema. A juicio de SÁNCHEZ-VERA, de lo que se trata es, precisamente, de saber si existen, en realidad, “delitos *impropios* de infracción de un deber”; esto es, de conocer si los especiales elementos personales en los llamados “*Pflichtdelikte*” impropios agravan o fundamentan la pena; es decir, si los

³⁹⁷ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 189 ss.

así llamados tipos básicos son tipos básicos del “*Pflichtdelikt*” impropio o no.³⁹⁸

SÁNCHEZ-VERA es de la opinión de que también en los “delitos de infracción de un deber” impropios tiene lugar la lesión de una institución. El “*extraneus*” que participa en un delito de esta clase no solo participa en la lesión del bien jurídico, sino también en todos los aspectos del injusto del delito. Así, por ejemplo, en el —repetidamente aludido por SÁNCHEZ-VERA— delito de lesiones corporales cometidas por funcionario público, el “*extraneus*” partícipe no solo toma parte en las lesiones corporales de las que es autor el funcionario, sino también en la frustración de la expectativa de la sociedad en el correcto funcionamiento de la administración. Precisamente aquí reside, según SÁNCHEZ-VERA, la diferencia más importante entre la teoría de los “*Pflichtdelikte*” y la teoría clásica de los “*Sonderverbrechen*”. A juicio de SÁNCHEZ-VERA, esta última teoría no contempla los delitos especiales como la lesión de una institución positiva, sino que considera que la lesión del deber especial debe ser considerada, exclusivamente, como modificación o incremento cuantitativo del contenido de injusto del delito común.³⁹⁹

De acuerdo con todo esto, no puede extrañar que SÁNCHEZ-VERA entienda que una utilización consecuente de la teoría de los “*Pflichtdelikte*” no deje espacio alguno para una categoría como la de los “*Pflichtdelikte*” impropios. O bien no se da lesión alguna de una institución positiva, y, de este modo, tampoco un “*Pflichtdelikt*”, o bien dicha lesión concurre, y esta lesión fundamenta la punibilidad. “*Tertium non datur*”.

³⁹⁸ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 196.

³⁹⁹ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 197.

Para SÁNCHEZ-VERA, no existen delitos con contenido de injusto de grado intermedio al de los “*Pflichtdelikte*” propios y los delitos comunes. La teoría de los “*Pflichtdelikte*” impide ver en los llamados “*Pflichtdelikte*” impropios un contenido de injusto distinto (¿más leve?) que en los “*Pflichtdelikte*” propios. En ambos casos se trata de la lesión de una institución positiva. O bien se da esa lesión, en cuyo caso la especificación de si se da un “*Pflichtdelikt*” propio o impropio resultará completamente superficial; o bien no se da, con lo que ya no cabrá afirmar la existencia de un “*Pflichtdelikt*”. El hecho de que haya un llamado tipo básico externamente comparable al “*Pflichtdelikt*” que pueda ser cometido tan solo por un obligado negativamente mediante un defecto de organización resulta, para el tipo del “*Pflichtdelikt*” completamente indiferente. Porque ni de la redacción del § 28 StGB, ni de la teoría de los “*Pflichtdelikte*” se desprende que dichos supuestos deban merecer un tratamiento jurídico distinto.⁴⁰⁰

En los casos de los llamados “delitos de infracción de un deber impropios” se da —concluye SÁNCHEZ-VERA— un concurso aparente de leyes entre el “*Pflichtdelikt*” (responsabilidad por institución) y el tipo básico de “*Herrschaftsdelikt*” (responsabilidad por organización) o delito común (“*Jedermannsdelikt*”). El delito que se corresponde aparentemente, en un sentido exterior-causal, con el “*Pflichtdelikt*” no constituye, sin embargo, un tipo básico del que el correspondiente “*Pflichtdelikt*” consista en su tipo cualificado o privilegiado. En caso de concurrir ambos tipos, deben ser tratados de acuerdo con las reglas de los concursos aparentes de leyes, resuelto a favor de la aplicación del § 28.1 StGB.⁴⁰¹

⁴⁰⁰ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 198.

⁴⁰¹ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 199.

Si todos los supuestos de participación de un “*extraneus*” en delitos de infracción de un deber deben ser resueltos aplicando el § 28.1 StGB, con independencia de si el referido delito de infracción de deber tiene, o no, un delito común paralelo, ¿cuál es el ámbito de aplicación que le queda al § 28.2 StGB? SÁNCHEZ-VERA cree que la aplicación de este precepto debe quedar limitada a los elementos meramente agravantes del tipo, como, por ejemplo, la profesionalidad (“*Gewerbsmäßigkeit*”) en los delitos de encubrimiento (§ 260 StGB) y hurto (§ 243.1.3 StGB), o la habitualidad en el delito de caza ilegal (§ 292.2.1 StGB).⁴⁰²

Afirma SÁNCHEZ-VERA que en aquellos supuestos no se trata de varios delitos realizados, sino que aquella coincidencia fundamenta un concurso *aparente* de ambos delitos. Ello es así porque descansa sobre la base de una relación de inclusión, según la cual todo comportamiento del obligado positivamente también cae en la institución positiva, sin que suceda lo mismo al revés. En efecto, la institución positiva incluye todos los elementos de la general (la negativa) y, al menos, un elemento más: el obligado positivamente debe construir también un mundo común. Existe, así, una relación de especialidad: la institución positiva es especial con respecto a la negativa. Por tanto, la lesión de una institución positiva por un obligado positivo es un caso especial de la lesión de una institución negativa por el mismo obligado positivamente. Solo se ha realizado un delito, concretamente un “*Pflichtdelikt*”.⁴⁰³

Al definir la participación en un “*Pflichtdelikt*” como la intervención en el mismo sin lesión del deber, SÁNCHEZ-VERA equipara

⁴⁰² Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 205.

⁴⁰³ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 207 ss.

las tres formas de participación en el delito: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. El autor se plantea, entonces, la siguiente cuestión: si una contribución al hecho (sin lesión del deber) con el “*quantum*” de una autoría debe conducir a la participación (con la pena del § 28. 1 StGB en relación con § 49 StGB), ¿debe suceder lo propio con una intervención con el “*quantum*” de un cómplice sin dominio del hecho? En opinión de la jurisprudencia y un sector de la doctrina, por ejemplo de SÁNCHEZ-VERA, se impone aquí una doble atenuación de la pena, de acuerdo con los § 28.1 StGB en relación con los §§ 49 StGB y 27.1 StGB. Según SÁNCHEZ-VERA, en los casos en que el “*quantum*” del “*extraneus*” represente, sin embargo, un aportación de inducción, la pena tan solo será atenuada de conformidad con los §§ 28. 1 StGB y 49 StGB, ya que de aplicar la doble atenuación antes propuesta, se ignoraría la determinación legal —finaliza SÁNCHEZ-VERA— de que la complicidad debe ser castigada en menor medida que la inducción.⁴⁰⁴

7.3. Crítica a las teorías del injusto especial vinculadas a la idea de deber jurídico especial

7.3.1. Introducción

Como ya se apuntó *supra*, las teorías de los deberes jurídicos especiales se instauran en la tradición lógico-formal de las concepciones del delito como infracción de una norma de BINDING y NAGLER, y constituyen un perfeccionamiento de estas últimas a la vista de sus insuficiencias. Las teorías del deber especial se apoyan, por tanto, sobre la base de la teorías de las normas especiales. En mi opinión, tanto las teorías

⁴⁰⁴ Vid. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 211 ss.

de la norma especial de BINDING y NAGLER como las concepciones del deber especial de WELZEL, KAUFMANN y otros autores que han sucedido a éstos son merecedores de importantes objeciones. Interesa, por ello, analizar, en primer lugar, las críticas que pueden ser formuladas contra las teorías de la norma especial, para detenernos, a continuación, en la exposición de los argumentos críticos invocables contra las teorías del deber jurídico especial.

7.3.2. *Valoración crítica de las teorías de la norma especial*

A juicio de algunos autores, las concepciones del ámbito de validez personal limitado de las normas penales especiales son incorrectas desde su esencia misma. Partiendo de argumentos de distinta naturaleza, este sector doctrinal es de la opinión de que es erróneo afirmar la existencia de normas con un círculo limitado de destinatarios, porque todas las normas se dirigen a todo el mundo.⁴⁰⁵

Sin embargo, en mi opinión, esta crítica —que en caso de ser estimada tendría la virtud de zanjar desde el principio la discusión sobre el destinatario de la norma en los delitos especiales, porque presenta a las concepciones de la norma con círculo limitado de destinatarios como radicalmente inadmisibles— no puede prosperar. Creo preferible entender que las concepciones del ámbito de validez limitado de la norma penal especial aciertan al afirmar que solo el “*intraneus*” puede ser destinatario de la norma de conducta en los delitos especiales. En efecto, solo tiene sentido, por ejemplo, obligar a guardar secreto profesional a quienes hayan tenido conocimiento de algún dato secreto por razón o con ocasión de su

⁴⁰⁵ Así Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 165 s.; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 259 ss.; RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed., § 22/27.

profesión. Guardar un tal secreto solo es preceptivo para dichos sujetos cualificados, no para todo el mundo. Del mismo modo, malversar caudales públicos solo está prohibido para la autoridad o el funcionario público que tenga a su cargo efectos o caudales públicos. Carecerá de sentido prohibirlo al resto de autoridades o funcionarios públicos, así como a los particulares, ya que ni aquéllos ni éstos pueden ser motivados para que no realicen una conducta que no *pueden* realizar.

Tampoco puede aceptarse la crítica que BRUNS dirige desde otro punto de vista contra la teoría de la limitación del ámbito personal de la norma. Según este autor, si la idea de la limitación de la norma al círculo de personas cualificadas típicamente en los delitos especiales fuera correcta, entonces la autoría mediata, la inducción y la cooperación en un delito especial de un sujeto no cualificado deberían quedar impunes. Como esto último sería político-criminalmente inadmisibles, debe acabar concluyéndose —siempre en opinión de BRUNS— que la idea de la norma especial con círculo limitado de destinatarios es una idea equivocada.

A la crítica de BRUNS se opone WELZEL. En opinión de este segundo autor, si el “*extraneus*” no puede ser autor mediato de un delito especial no es porque la norma no se dirija contra él, sino simplemente por virtud de la aplicación del indiscutido principio según el cual quien no puede ser autor directo de un delito —y no cabe duda de que el “*extraneus*” no puede serlo de un delito especial— tampoco puede ser autor mediato o coautor. Por lo que respecta a la punibilidad de la inducción o cooperación del “*extraneus*” en un delito especial afirma WELZEL que una de las razones que la explican consiste, precisamente, en la imposibilidad de castigarle como autor en casos de merecimiento de pena (fundamentación negativa de la participación del “*extraneus*” en los delitos especiales). Según WELZEL, que la intervención de un sujeto no cualificado en un delito especial solo pueda ser castigada cuando ésta se produce a título de inducción o complicidad no es precisamente un argumento en favor de la tesis de BRUNS, sino que, antes bien, juega en su contra. WELZEL considera a la inducción y la participación causas de extensión de la pena. El “*extraneus*” que induce o coopera en un delito especial no es castigado por cometer el delito como *autor*, sino por haber participado en el hecho antijurídico del que es autor otro sujeto. Es más: en estos casos, el “*extraneus*” no solo no es castigado como autor del delito especial, sino que en ningún caso podría haber sido su autor.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., cit., p. 170; 7ª ed., cit., p. 173; 11ª ed., cit., p. 195 [4ª ed. castellana, p. 229]). Para una detallada exposición de la discusión entre BRUNS y WELZEL vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., pp. 438 s.

La crítica de BRUNS a la teoría de la norma especial de WELZEL parece partir de la premisa de que la norma que se dirige al autor y la que se dirige al partícipe son, en realidad, la misma norma. Según este razonamiento, existiría una única norma de conducta que tendría por destinatarios a todos los sujetos intervinientes en el hecho. En lo que alcanzo a ver, puede decirse que BRUNS siguió en la tesis de la norma común para autor y partícipe a Karl BINDING. Este último autor distinguió entre la infracción de las normas generales y la infracción de las normas especiales. Las normas generales pueden ser infringidas, tanto mediata como inmediatamente, por cualquier sujeto. Distinto es el caso de las normas especiales. En esta segunda clase de normas, BINDING considera preferible distinguir entre su infracción inmediata y su infracción mediata. Según este autor, mientras que solo los sujetos pertenecientes al círculo de obligados pueden infringir de forma inmediata la norma especial, ésta puede ser infringida mediata o indirectamente, en cambio, por cualquier sujeto de derecho. Así, por ejemplo, el “*extraneus*” que induce o coopera en un delito especial infringe indirectamente la correspondiente norma especial.⁴⁰⁷ La tesis de la existencia de una única norma dirigida contra todos los intervinientes en el hecho con independencia de la clase de aportación prestada por cada uno de ellos, defendida por BINDING y seguida por BRUNS, encuentra en Ulrich STEIN y su teoría de la “urgencia” (“*Dringlichkeit*”) de la norma a su principal valedor en la actualidad.⁴⁰⁸

Sin embargo, la corrección de la tesis de BINDING, BRUNS y STEIN se encuentra lejos de resultar evidente. Asiste la razón a WELZEL, en mi opinión, cuando afirma que al partícipe en un delito especial no se le castiga por cometer el delito como autor, sino por ayudar a que otro lo cometa. Con ello WELZEL parece insinuar algo que, en mi opinión, es cierto: el autor infringe la norma que le prohíbe realizar la acción típica, mientras que el partícipe infringe una norma distinta: la que le prohíbe participar en la realización del tipo por parte de otro. Solo el autor realiza el tipo. El partícipe contribuye a que el autor lo realice. Si ello es así —como creo—, entonces no habría inconveniente para afirmar que la norma que prohíbe realizar la acción típica de un delito especial solo puede ser infringida por el sujeto cualificado, mientras que la que prohíbe ayudar a dicho sujeto podría ser infringida, en cambio, por cualquiera.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Vid. BINDING, *Die Normen ...*, I, cit., 1922 [reimpresión 1991], p. 127. Sobre la distinción entre norma inmediata del autor y norma mediata del partícipe, críticamente, LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 260.

⁴⁰⁸ Vid. STEIN, *Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín 1988, pp. 238 ss. y *passim*.

⁴⁰⁹ En idéntico sentido se pronunció LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 254.

En opinión de ALCÁCER GUIRAO,⁴¹⁰ la norma que prohíbe la prevaricación no va dirigida solo a quienes efectivamente son funcionarios. Serán destinatarios de esta norma todos aquellos que, de acuerdo con un juicio objetivo de previsibilidad, presenten esa cualidad en el momento en que se disponen a actuar. De este modo, quien aparezca objetivamente como funcionario infringirá la norma que prohíbe prevaricar si realiza la conducta típica del delito de prevaricación, con independencia de si carecía, en realidad, de esa cualidad. No podrá castigarse por delito consumado, porque falta un elemento del tipo objetivo: la cualidad de funcionario. Pero nada obstará a la punición de la conducta como tentativa.⁴¹¹

Por mi parte, considero más prudente mostrarse escéptico en torno a la cuestión acabada de plantear. Es posible que pueda afirmarse que ambas clases de normas son diferentes. En cualquier caso, y sin entrar en el fondo de la cuestión, lo cierto es que lo altamente discutible de la cuestión acabada de plantear, así como de la relativa a si la norma dirigida al autor es la misma que la que tiene por destinatario al partícipe probablemente viene a poner de manifiesto que el criterio de las normas con círculo de destinatarios limitado es demasiado formal no solo para aprehender la esencia valorativa de los delitos especiales, sino también para hacer lo propio con la distinción entre las diversas formas de autoría entre sí y de éstas con las distintas formas de participación.⁴¹²

Que la idea de la limitación del círculo de destinatarios de la norma en los delitos especiales sea correcta no significa, sin embargo, que esta noción resulte adecuada para explicar satisfactoriamente la esencia de los delitos especiales y resolver correctamente los problemas que genera la intervención de extraños en esta clase de delitos. Desde mi punto de vista, la teoría de los delitos especiales como delitos con normas con un círculo especial de destinatarios no consigue ni lo primero ni lo segundo. Esta incapacidad obedece, principalmente, a que la teoría que ahora se analiza constituye una derivación de una contemplación del delito merecedora de serias objeciones. Me estoy refiriendo a la teoría que contempla el delito

⁴¹⁰ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 33 y 40.

⁴¹¹ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 33.

⁴¹² Defiende esta opinión entre nosotros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 703 s.

como la infracción de una norma o de un deber. De acuerdo con las teorías del delito como infracción de una norma o un deber, el delito no consiste —o no únicamente— en la lesión de un bien jurídico; sino —o, cuando menos, sobre todo— en la infracción de una norma o un deber.

Las teorías del delito como infracción de una norma o de un deber son merecedoras, en mi opinión, al menos de dos importantes objeciones. La primera consiste en que estas teorías permiten fundamentar con mayor facilidad un Derecho penal de corte autoritario. La segunda objeción tiene por objeto su excesivo grado de *formalismo*.

a) *Las teorías de la infracción de la norma o de un deber permiten fundamentar con mayor facilidad un Derecho penal de corte autoritario*

Un Derecho penal en que el delito sea contemplado como la infracción de una norma imperativa o un deber es un ordenamiento jurídico más autoritario que otro en cuyo marco el delito sea entendido como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Cuando se afirma —como en la actualidad hace, por ejemplo, JAKOBS⁴¹³— que el Derecho penal no persigue la protección de bienes jurídicos, sino la protección de la vigencia de la norma, lo que en realidad se está declarando es lo siguiente: el delito es algo negativo que debe ser evitado; pero ello no responde a que represente una amenaza de intereses socialmente relevantes cuya lesión o puesta en peligro puede afectar a la participación de los individuos en la

⁴¹³ Vid. JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción” (1992) [traducción de Manuel Cancio Meliá], en *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 116 ss., 119 y 123 s.; el mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), 1996, pp. 17 s., y 25 ss.; el mismo, *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (traducción de Manuel Cancio Meliá), 1999, pp. 34 ss.

vida social, sino únicamente a que expresa una oposición a la norma imperativa, con total independencia de su concreto contenido.

Como acertadamente afirma MIR PUIG, un Derecho penal que proteja la vigencia de la norma como fin en sí mismo, que defina el delito, por tanto, como la infracción de normas imperativas prohibitivas o preceptivas, sea cual sea el contenido de las mismas, es un Derecho penal que pone el acento en los *deberes* de los individuos. Un Derecho penal que destaque, en cambio, los bienes jurídico-penales como intereses o valores merecedores de protección penal atiende en mayor medida a los *derechos* de sus sujetos. La primera clase de Derecho penal constituye un Derecho penal *autoritario*. La segunda, en cambio, un Derecho penal *liberal*.⁴¹⁴

Que ello es así lo demuestra la propia historia de la humanidad en uno de sus más funestos capítulos: el régimen nacionalsocialista alemán del Tercer Reich alemán. En efecto, el Derecho penal propio de este régimen político se caracterizó esencialmente por entender el delito como la infracción de un deber, y no, en cambio, como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Este cambio de orientación se debió a la idea — política— de que el concepto de bien jurídico era un concepto que, debido a su naturaleza liberal-individualista, debía ser superado por un concepto más adecuado a la concepción “totalizante” de un Estado autoritario: el concepto de *deber*.⁴¹⁵

⁴¹⁴ Vid. MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, pp. 7 s.

⁴¹⁵ Vid. MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, pp. 7 s. Constituyen una prueba evidente de lo acertado de la observación de MIR algunos de los trabajos más significativos del Derecho penal del nacionalsocialismo alemán. Cfr., por ejemplo, DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940; Erik WOLF, *Vom Wesen des Täters*, 1932; el mismo, “Tattypus und Tätertypus”, en *ZakDR*, 1936; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín, 1935; el mismo, “Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma”, en *DStr* 1937; GALLAS, “Zur Kritik der Lehre vom

b) *Las teorías de la infracción de la norma o de un deber son excesivamente formales*

Las teorías de la infracción de la norma o de un deber pueden ser acusadas, en segundo lugar, de ser excesivamente formales.⁴¹⁶ Este excesivo formalismo da lugar, en mi opinión, a una doble consecuencia: 1) las teorías de la infracción de la norma o el deber conducen a una petición de principio; y 2) las teorías de la infracción de la norma o el deber no permiten explicar la conveniencia de distinguir estadios intermedios anteriores a la completa infracción de la norma, ni la responsabilidad penal del sujeto de la infracción.

b.1. *Las teorías de la infracción de la norma conducen a una petición de principio*

Concebido como infracción de una norma, el delito se presenta como una conducta cuyo contenido depende en exclusiva de la decisión del legislador. Esto es, del derecho positivo. Como ya pudo comprobarse *supra*, una tal concepción del hecho delictivo abre las puertas, de par en par, a la posibilidad de un Derecho penal autoritario. No es éste, sin embargo, el único inconveniente que cabe ver en la dependencia que las teorías de la infracción de la norma o el deber presentan en relación con el derecho positivo. Cuando, como suele suceder, el derecho positivo no determina de un modo taxativo el contenido de la norma jurídica, la definición del delito como infracción de una norma o deber conducirá, en

Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, en *FS-Gleispach*, 1936; Hellmuth MAYER, “Der Verbrechensbegriff”, en *DStr* (5) 1938 y MEZGER, “Die Straftat als Ganzes”, en *ZStW* (57), 1938.

⁴¹⁶ *Vid.* DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, cit., p. 32.

realidad, una petición de principio. No es correcto excluir *ab initio* de la categoría de las conductas constitutivas de delito a un determinado comportamiento por considerar que no constituye la infracción de la correspondiente norma jurídica. Porque de lo que se trata es, precisamente, de elaborar criterios que permitan determinar cuál es el contenido de la norma en cuya infracción consiste el delito, así como cuándo se produce dicha infracción. La elaboración de estos criterios constituye, en realidad, una de las funciones del instrumento más característico de la Dogmática jurídico-penal como disciplina encargada del análisis *normativo* del delito: la teoría de delito.⁴¹⁷ Para esta última, el criterio de la infracción de una norma o un deber jurídico nunca podrá ser un punto de llegada o conclusión del análisis normativo del delito; sino, al contrario, únicamente un punto a partir del cual pueda emprenderse este análisis. Los deberes jurídicos especiales no constituyen entidades ontológicas existentes en la *realidad* fenomenológica, no son algo existente “en sí”, no forman parte de la realidad empírica. Al contrario, los deberes jurídicos constituyen el *resultado*, la síntesis de una valoración normativa. Por ello, partir de la existencia o inexistencia “real” de un deber como criterio determinante de la punibilidad o impunidad, respectivamente, conduce a una argumentación circular.⁴¹⁸

b.2. *Las teorías de la infracción de la norma no permiten explicar la conveniencia de distinguir estadios intermedios anteriores a la completa infracción de la norma, ni la responsabilidad penal del sujeto de la infracción*

⁴¹⁷ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 1/28 y 32.

⁴¹⁸ De la misma opinión LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 57. En un sentido parecido se pronuncia JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, p. 732.

Como ha afirmado MIR PUIG en un reciente trabajo, el criterio de la infracción de la norma no consigue explicar satisfactoriamente por qué es conviene distinguir en Derecho penal entre *tipicidad objetiva*, *tipicidad subjetiva* y *antijuricidad*. Del mismo modo, la idea de confrontación con la norma tampoco resulta suficiente para entender la *imputación personal* del hecho al sujeto.⁴¹⁹

La distinción entre *tipicidad objetiva*, *tipicidad subjetiva* y *antijuricidad* como los tres primeros niveles de la imputación objetiva y subjetiva del hecho al sujeto, en primer lugar, resulta perfectamente prescindible desde una concepción del delito que lo contemple como infracción de una norma. Es más: la distinción de la infracción de la norma en estos tres *niveles* incluso podría ser contraria a la propia lógica interna de aquel criterio. La infracción de la norma, en efecto, se da o no se da. “*Tertium non datur*”. No en vano, alguno de los más destacados representantes de la concepción del delito como infracción de la norma — singularmente Günter JAKOBS— ha defendido incluso la conveniencia de prescindir por completo de las categorías de la tipicidad y la antijuricidad, pronunciándose a favor de un análisis del delito como *acción* que se enfrenta a la norma poniendo en cuestión su vigencia.⁴²⁰

No obstante, lo cierto es, sin embargo, que tampoco los autores que desde el finalismo más ortodoxo entendieron el delito como la infracción de una norma de determinación prohibitiva o preceptiva renunciaron a la distinción entre la tipicidad y la antijuricidad de la

⁴¹⁹ Vid. MIR PUIG, “Valoraciones, normas y antijuricidad penal”, *LH-Cerezo Mir*, p. 9.

⁴²⁰ Vid. JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción” (1992) [traducción de Manuel Cancio Meliá], en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 121 ss. y *passim*.

conducta. Este es el caso de Hans WELZEL y Armin KAUFMANN. Estos dos autores se caracterizaron por ir todavía más allá de la idea de norma especial, acudiendo a la noción de “deber jurídico especial”. No obstante, también estos dos autores partieron de una concepción del delito como infracción de una norma. En esta concepción, el tipo consiste en la descripción de la *acción prohibida* (delitos de acción) o *preceptiva* (delitos de omisión). El tipo penal incorpora, por tanto, el “contenido / materia de la norma” (“*Norminhalt / Normmaterie*”).⁴²¹ El tipo penal describe la acción de matar, la acción de lesionar, o la acción de robar como acciones prohibidas. La realización de la acción prohibida por la norma da lugar a la realización a del tipo. De este modo, con la mera realización del tipo —esto es, con la realización de la acción prohibida, o la no realización de la acción preceptiva—, el sujeto infringirá la norma de conducta. Con la realización del tipo, la conducta entra en contradicción con la norma prohibitiva. La acción típica deviene una conducta “*antinormativa*” (“*normwidrig*”).⁴²²

Sin embargo, desde la perspectiva finalista, ello no significa todavía que una tal conducta sea *antijurídica*. No todo comportamiento antinormativo es antijurídico. Según el finalismo, el ordenamiento jurídico no solo consta de normas prohibitivas o preceptivas, sino también de “proposiciones permisivas” (“*Erlaubnissätzen*”). Cuando una conducta realiza el tipo —esto es, infringe la norma de prohibición—, pero se encuentra, en cambio, *permitida*, esta conducta es —siempre según la doctrina finalista— antinormativa, pero no, en cambio, antijurídica. A pesar de que la conducta infringe la norma prohibitiva, esta infracción de la

⁴²¹ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., cit., pp. 49 s.; KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 141.

⁴²² Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., cit., p. 50.

norma se produce *en general, en abstracto*. La conducta infringe una norma general abstracta. Pero en el caso concreto, esta norma general abstracta no se convierte para el sujeto, sin embargo, en un deber jurídico concreto. En ausencia de este deber jurídico concreto, la conducta del sujeto consiste en un comportamiento antinormativo (contrario a la norma de prohibición general y abstracta) “conforme a derecho” (“*rechtmässig*”). Para que una conducta pueda ser considerada antijurídica, el finalismo exige no solo que constituya la realización de un tipo —esto es, la infracción de una norma individual—, sino que dicha realización típica sea “contraria al ordenamiento jurídico como un todo” (“*Widerspruch einer Verbotstatbestandsverwirklichung zur Rechtsordnung als Ganzer*”).⁴²³ A partir de este razonamiento, el finalismo considera conductas “prohibidas”, pero no antijurídicas, tanto la realización de la conducta típica de un delito especial por parte de un “*extraneus*” como la realización de la conducta típica bajo la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos de una causa de justificación.⁴²⁴ A mi juicio, ninguna de estas dos tesis resulta, sin embargo, aceptable.

b.2.1. *Conducta típica de un delito especial por parte de un “extraneus” como conducta “prohibida”*

Afirma Armin KAUFMANN en su *Teoría de las normas* que los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales no pertenecen al tipo, sino a la antijuricidad. Así entendidos, los elementos de la autoría de los delitos especiales, su ausencia no daba lugar para KAUFMANN a la inexistencia del tipo, sino a la ausencia de antijuricidad. La realización por

⁴²³ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., cit., pp. 50 s.

⁴²⁴ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 210.

parte del “*extraneus*” de la conducta prevista en el tipo de un delito especial da lugar a la aparición del tipo correspondiente, aunque no puede ser castigada por no ser antijurídica. La conducta del “*extraneus*” infringe la norma de prohibición pero no es antijurídica. El “*extraneus*” no infringe el *deber* jurídico especial de no dejarse sobornar que recae sobre el funcionario, porque no lo es *realmente*. La infracción de la norma abstracta dirigida contra todos da lugar —según KAUFMANN— a la tipicidad de la conducta. La infracción del deber concreto que resulta de aquélla, en cambio, a la afirmación de su antijuricidad.⁴²⁵

Sin embargo, esta distinción entre norma abstracta dirigida contra todo sujeto y deber jurídico concreto con ámbito personal de validez limitado a los “*intranei*” que KAUFMANN establece en el marco de los delitos especiales resulta, en mi opinión, artificiosa. En efecto, ¿dónde empieza el deber jurídico concreto y acaba la norma en los delitos especiales? ¿Por qué se afirma que el “*extraneus*” se distingue del sujeto cualificado por que no infringe el *deber* especial, en lugar de entender que la diferencia entre uno y otro reside en el ámbito de destinatarios de la *norma*?

Según mi parecer, en los delitos especiales carece de sentido determinar la materia de prohibición separando el sujeto de la acción. No es correcto afirmar, por ejemplo, que prevaricar está prohibido en general — es decir, que es típico—, pero que cuando quien prevarica no es un funcionario, sino un particular, entonces la conducta no será antijurídica porque no infringe el deber jurídico especial. Si la norma de conducta pretende determinar el comportamiento del sujeto motivándole, entonces

⁴²⁵ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 210.

carece de sentido prohibir la prevaricación “en sí”, sino solo prohibir la realización de esta conducta únicamente a quien pueda cometerla. El sujeto inidóneo para prevaricar difícilmente podrá ser motivado por la norma que prohíbe prevaricar. Como materia de prohibición, como objeto de la norma prohibitiva, la *acción* de prevaricar es indisociable del *sujeto* “prevaricador”. Acción de prevaricar y sujeto que prevarica forman un todo inescindible. La primera solo puede existir en tanto que cometida por el segundo. Que ello es así lo demuestra el hecho de que el propio KAUFMANN reconoció en la segunda formulación de su teoría de los elementos de deber jurídico (1983) que, en contra de lo afirmado en su *Teoría de las normas*, los elementos “puros” de autoría —esto es, los pertenecientes exclusivamente a la “autoría” y no a la acción— en realidad no existen.⁴²⁶

La tajante escisión entre el *autor* y la *acción* —y sus respectivos elementos— operada en los delitos especiales por el primer KAUFMANN y por su maestro WELZEL pone de relieve hasta qué punto la teoría de las normas, y la idea del delito como infracción de una norma de determinación influyeron en el finalismo ortodoxo. Es correcto analizar la norma imperativa partiendo de su contemplación como un instrumento integrado por tres elementos: sujeto activo (emisor), sujeto pasivo (destinatario) y objeto (acción prescrita).⁴²⁷ Sin embargo, que sujeto pasivo o destinatario y objeto o acción prescrita constituyan dos elementos de la norma susceptibles de ser individualizados⁴²⁸ no significa que las

⁴²⁶ *Vid.* KAUFMANN, ADPCP 1984, pp. 12 s.

⁴²⁷ La clasificación procede de BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho* (traducción a cargo de Ruiz Miguel), 1990, p. 285. *Vid.* MIR PUIG, *LH-Cerezo*, p. 16, nota 20.

⁴²⁸ *Vid.* KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 141.

consecuencias que el finalismo dedujo para los delitos especiales de esta circunstancia sean correctas. En efecto, ¿puede compartirse la idea defendida por WELZEL y el primer KAUFMANN según la cual en los delitos especiales basta para la infracción de la norma imperativa con la realización de la *acción prescrita*? En los delitos especiales propios, ¿puede realizar la acción prescrita un sujeto distinto a su *sujeto pasivo* o *destinatario*?

En mi opinión, la respuesta a estas dos preguntas debe ser, en ambos casos, *negativas*. Resulta preferible afirmar que en los delitos especiales propios el “*extraneus*” no infringe la norma porque no puede realizar la acción prohibida. La confusión que domina las distinciones entre norma y deber jurídico especial, o entre elementos de la acción y elementos de la autoría, refrendadas por WELZEL y el primer KAUFMANN, revela, en realidad, que la concepción que explica el delito como la infracción de una norma no es capaz de aprehender correctamente el *sentido* de la exigencia de idoneidad del sujeto en los delitos especiales.⁴²⁹

b.2.2. *Conducta típica realizada bajo la concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos de una causa de justificación como conducta “prohibida”*

Tampoco la tesis según la cual la realización justificada de la acción típica supone ya la infracción de la norma de determinación es de recibo. Como con razón afirma MIR PUIG, carece de sentido decir que una acción típica pero justificada infringe la norma prohibitiva o preceptiva de conducta. Los tipos penales y las causas de justificación forman parte del

⁴²⁹ Vid. NOWAKOWSKI, “Literaturbericht: Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 6^a ed., 1958“, JZ 1958, p. 416.

mismo cuerpo legal: el Código penal. Y una ley con pretensiones de lógica interna no puede presentar a una única conducta como prohibida y permitida al mismo tiempo. Resulta más convincente afirmar que la conducta típica justificada no constituye la infracción de la norma de conducta. Porque el contenido de dicha norma de conducta no está representado únicamente por la acción típica, sino por su realización sin la concurrencia de causas de justificación. Con la realización del tipo objetivo y el tipo subjetivo, y su correspondiente imputación al sujeto, todavía no puede decirse que la conducta infrinja la norma primaria de determinación dirigida al ciudadano. Para que ello ocurra es necesario, además, que la realización de la conducta típica tenga lugar sin la concurrencia de causas de justificación. Esto es: que la conducta realice el *tipo de injusto* del correspondiente delito.⁴³⁰

Lo insatisfactorio de la tesis finalista expuesta en el texto viene a poner de relieve, en realidad, que todos aquellos intentos de contemplar el delito exclusivamente como la infracción de una norma de conducta están llamados a fracasar. Solo desde una concepción del delito basada no solo en las normas y su infracción, sino también en los *valores* y los *juicios de valor*, será posible aprehender el diferente sentido *valorativo* de las distintas categorías del delito. Desde la concepción del delito que agota la esencia del delito en la infracción de una norma de conducta no es posible, en efecto, explicar satisfactoriamente dónde reside la diferencia entre la conducta típica justificada y la conducta típica y antijurídica. El criterio del enfrentamiento con la norma no basta para dar con la clave de esta diferencia. Porque esta diferencia no descansa en un plano *normativo*, sino *valorativo*.

⁴³⁰ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 6/30 y 16/10; el mismo, *LH-Cerezo Mir*, pp. 9 ss.

Tipicidad objetiva, tipicidad subjetiva y antijuricidad constituyen tres niveles de imputación dotados de *distinto significado valorativo*.⁴³¹ Cada uno de estos niveles tiene un significado valorativo específico,⁴³² y cada valoración presupone la anterior, y no viceversa. De acuerdo con este planteamiento, cuando una acción objetiva y subjetivamente imputable es realizada bajo la concurrencia de una causa de justificación debe ser contemplada como una acción disvaliosa para el Derecho penal. Porque al juicio de desvalor representado por la tipicidad, la categoría de la antijuricidad añade la ausencia de la valoración positiva de la conducta que ésta habría merecido en el supuesto de que su realización hubiera sido necesaria para salvaguardar algún interés prevalente.⁴³³

De la concepción de la antijuricidad como infracción de una norma general y abstracta no permitida por una causa de justificación se desprende una segunda consecuencia. Puesto que una norma de conducta solo puede ser infringida por quienes pueden conocerla, la conducta realizada por un inimputable profundo o por quien se encuentre en una situación de error de prohibición invencible no podrá ser considerada antinormativa y tampoco antijurídica. Las normas de conducta pretenden determinar el comportamiento de los sujetos por medio del procedimiento comunicativo de la motivación. Para que la norma pueda motivar, es necesario que se dirija a sujetos que puedan conocerla. Solo esta clase de sujetos, los sujetos motivables por la norma, pueden infringirla. La norma de determinación solo se dirige contra quienes pueden infringirla; y solo

⁴³¹ *Vid.* MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, pp. 2 y 11.

⁴³² *Vid.* MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, pp. 2 y 14.

⁴³³ *Vid.* MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, pp. 14 s. Para un análisis más detallado del contenido específico de las valoraciones que se encuentran en la base de cada uno de los niveles de imputación del delito *vid.* MIR PUIG, *op.cit.*, pp. 14 ss.

puede infringirla quien puede conocerla. Los sujetos que no pueden ser considerados destinatarios de la norma desde este punto de vista tampoco pueden infringirla.⁴³⁴ Por este motivo, no tiene razón Armin KAUFMANN cuando afirma, oponiéndose a BINDING, que “todo el mundo es destinatario de todas las normas” (“*Jedermann ist Adressat jeder Norm*”).⁴³⁵

Según KAUFMANN, no es posible distinguir entre normas dirigidas a todos los individuos y normas que, en cambio, solo se dirigen a un círculo limitado de personas pertenecientes a una determinada esfera de sujetos. Como ya se expuso *supra*, KAUFMANN considera incorrecto partir ya *a priori* de la idea de que estas normas especiales solo pueden ser vulneradas por un círculo limitado de sujetos. Así las cosas, este autor cree que no es cierto que las normas de conducta se dirijan solo a quienes tengan capacidad para cumplirlas. Esto es, a los sujetos mayores de edad que no sufran una enfermedad mental que les impida entenderlas y cumplirlas, en el caso de los delitos *comunes* (capacidad *general* para delinquir), y a los “*intraanei*” en el de los delitos *especiales* (capacidad *especial* para delinquir). Ello es así —en opinión de KAUFMANN— porque, si bien es cierto que ni menores ni enfermos mentales se encuentran en condiciones de entender y cumplir la norma, no lo es menos —prosigue KAUFMANN— que los menores de edad se acabarán convirtiendo en adultos y los enfermos mentales pueden sanar.⁴³⁶

El razonamiento de KAUFMANN no puede ser admitido por dos motivos. Por lo que respecta a los delitos comunes, debe señalarse, en primer lugar, que en una sociedad donde solo existiesen, además de un legislador, incapaces profundos y personas imposibilitadas de acceder a las normas de conducta, carecería de toda lógica intentar determinar de todos modos su comportamiento por medio de normas de motivación. Así lo afirma, con razón, MIR PUIG.⁴³⁷ Si esta clase de normas pretende tener

⁴³⁴ Vid. BINDING, *Die Normen ...*, I, cit., p. 126.

⁴³⁵ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 165 s.; ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, cit., pp. 13 s.

⁴³⁶ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 165 s.

⁴³⁷ Vid. MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, pp. 17 s.

alguna utilidad práctica, entonces deberá convenirse que su existencia solo tiene sentido ante sujetos que puedan cumplirlas.

El argumento de KAUFMANN según el cual las normas de conducta también deben dirigirse contra enfermos mentales porque tanto éstos como aquéllos devendrán sujetos capaces de *infringir el deber concreto* que resulta de la norma para la situación concreta tampoco es, por lo demás, de recibo. No puede negarse, ciertamente, que, en algunos casos, el enfermo mental profundo puede sanar. Pero ello no explica, sin embargo, que tenga sentido dirigirle la norma de conducta cuando todavía no ha alcanzado este segundo estadio. Resulta más lógico afirmar, en cambio, que la norma se dirige también al enfermo mental profundo que no puede ser motivado en absoluto por la norma hasta que no esté curado de su enfermedad en términos que le permitan conocerla y ser motivado por la misma.

Frente a la idea de que el inimputable profundo puede cometer un hecho antijurídico como consecuencia lógica de la concepción de la antijuricidad como infracción de la norma de conducta defendida por la concepción que ahora se crítica, es preferible partir de un planteamiento diferente: la conducta del inimputable puede ser, como la de cualquier sujeto, antijurídica; pero ni aquél ni éste *responderán penalmente* por ello. Este planteamiento alternativo solo es posible rechazando la premisa de que la antijuricidad penal requiere la infracción de la norma primaria imperativa y entendiendo, en cambio, que aquella categoría solo puede ser entendida correctamente desde un punto de vista *valorativo*.⁴³⁸

⁴³⁸ Vid. MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, p. 18.

En segundo lugar, y ya desde el punto de vista de los delitos especiales, tampoco resulta lógico entender que la norma primaria de conducta en cuya infracción consiste el delito no solo se dirige contra el “*intrañeus*”, sino que lo hace, en realidad, contra todos. Carece de sentido, en efecto, afirmar, por ejemplo, que la prohibición de dictar resoluciones injustas afecta no solo a los funcionarios públicos competentes para dictarlas, sino también a quienes no lo son, e incluso a los particulares. En definitiva, a todos. Prohibirle a un particular dictar una resolución injusta carece de todo objeto. Del mismo modo que antes se afirmaba que en una sociedad integrada exclusivamente por enfermos mentales profundos carecería de sentido la existencia de normas, debe afirmarse ahora que una sociedad sin sujetos competentes para dictar resoluciones no necesitaría normas que prohibiesen dictar resoluciones injustas. Solo quien puede hacerlo podrá ser motivado para que no lo haga.

Para quienes conciben a los delitos especiales como la infracción de una norma especial, los delitos especiales constituyen delitos de naturaleza esencialmente *normativa*. Siguiendo esta línea de pensamiento, SÁINZ DE ROBLES ha afirmado entre nosotros que el “delito especial (...) presenta en todo caso una estructura fuertemente normativizada”,⁴³⁹ así como que “el delito especial tiene una esencia normativa”.⁴⁴⁰ Este punto de vista debe ser, sin embargo, matizado. Es cierto que en muchos casos, la restricción del círculo de posibles autores del delito especial tiene su fundamento en razones de naturaleza normativa. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos de funcionario. Sin embargo, ello no siempre ocurre. Como con razón ha puesto de relieve, entre otros, HERZBERG, no todos

⁴³⁹ *Vid.* SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 629.

⁴⁴⁰ *Vid.* SÁINZ DE ROBLES, *LH- Beristain*, p. 630.

los elementos personales que limitan la autoría en los delitos especiales tienen contenido normativo. Algunos de estos elementos consisten —en su propia terminología— en “elementos personales valorativamente neutros”. HERZBERG considera que es un elemento personal valorativamente neutro que determina la aparición de un delito especial, por ejemplo, el elemento “hombre” (“*Mann*”) del delito de acciones exhibicionistas (§ 183 StGB).⁴⁴¹

También von HIPPEL criticó duramente la concepción normológica de los delitos especiales presente en NAGLER entendiendo que la esencia de esta clase de delitos reside, en cambio, en que solo determinados sujetos está físicamente capacitados para ejecutar directamente el delito.⁴⁴² No obstante, las concepciones de HERZBERG y von HIPPEL no son absolutamente coincidentes. En efecto, mientras que el primero es de la opinión de que no todos los delitos especiales pueden ser explicados como infracciones de deberes especiales, sino que algunos lo son y en otros la restricción del círculo de autores tiene, en cambio, un fundamento fáctico, von HIPPEL cree, en cambio, que este último aspecto constituye la esencia de todos los delitos especiales. Como la de HERZBERG, la concepción de von HIPPEL tiene la virtud, en mi opinión, de evidenciar las insuficiencias de las tesis de las normas y los deberes especiales. Pero creo que la argumentación de von HIPPEL adolece precisamente —aunque en un sentido distinto— de uno de los más importantes defectos de las teorías de las normas especiales: se trata de una concepción excesivamente unilateral.

Es cierto que ni la terminología ni el contenido de la argumentación defendida por HERZBERG son merecedores de una valoración completamente positiva.⁴⁴³ Pese a ello, lo cierto es, sin embargo, que la referencia de SÁINZ DE ROBLES a la supuesta naturaleza

⁴⁴¹ Vid. HERZBERG, “Die Problematik der ‹‹besonderen persönlichen Merkmalen›› im Strafrecht”, en ZStW 1976 (88), pp. 82 s. y 84; el mismo, *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, 1977, pp. 33 s.; el mismo, “Der agent provocateur und die ‹‹besonderen persönlichen Merkmale›› (§ 28 StGB)”, JuS 1983, pp. 741 s.; el mismo, “Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale”, GA 1991, pp. 148, 169 y nota 39, 170, 174 y nota 55, y 180 s.

⁴⁴² Vid. von HIPPEL, *Lehrbuch, AT*, cit., pp. 382, 437 y 482. Sobre este aspecto de la concepción de von HIPPEL, vid. BRUNS, DStr, 1938, p. 163.

esencialmente normativa del delito especial permite plantearse, en un sentido más amplio, la siguiente cuestión: ¿es correcto hablar de delitos con naturaleza *normativa* en oposición a delitos con naturaleza *no normativa*, o incluso *ontológica*? La doctrina jurídico-penal ha sido predominantemente partidaria de dar a esta pregunta una respuesta afirmativa. No en vano, se defiende con cierta frecuencia la idea de que mientras que los delitos de acción tienen naturaleza activa, los delitos de omisión e imprudentes, en cambio, son de naturaleza esencialmente normativa.

En mi opinión, la distinción entre delitos de naturaleza (esencialmente) ontológica y delitos de naturaleza (esencialmente) normativa tiende a simplificar demasiado el objeto de la discusión. Creo preferible afirmar que una y otra clase de delitos son, en realidad, de naturaleza normativo-valorativa. Debe afirmarse, en primer lugar, que el delito no constituye una realidad ontológica que existe en la realidad empírica. Lo que existe realmente es el substrato fáctico que le sirve de base. Pero el delito es un *concepto*, una *valoración*, un constructo resultante de convenciones sociales. El delito de acción no consiste, en efecto, en la mera causación de un resultado, sino en una infracción jurídico-penalmente desvalorada de la *norma* que prohíbe causarlo. Tampoco los delitos omisivos pueden ser explicados a partir de la mera inactividad, sino solo desde su entendimiento como infracciones de normas prescriptivas. Ambas clases de delitos, los de acción y los de omisión, se explican, en suma, como infracciones normativas. La diferencia esencial entre ambas clases de delitos no se explica, por tanto, por la supuesta naturaleza ontológica de los primeros y la aparente naturaleza normativa de los segundos. Ambas clases de delitos son de naturaleza normativa. La

⁴⁴³ *Vid.* la valoración crítica de las tres formulaciones de la concepción de HERZBERG que se realiza *supra* en este mismo apartado del presente trabajo.

referida diferencia esencial reside en la *naturaleza* de las normas infringidas por cada clase de delito. Así, mientras que los delitos de acción se explican a través de la infracción de normas de naturaleza *prohibitiva*, los de omisión, en cambio, descansan sobre la base de la inobservancia de normas *prescriptivas*. En mi opinión, el recurso al argumento de la naturaleza normativa de la omisión, frente a la ontológica de la acción, únicamente se entiende a partir de un concepto *causalista* de acción y una concepción *causalista* de los delitos comisivos.

Lo anterior no significa, sin embargo, que asista la razón a HARDWIG⁴⁴⁴ cuando afirma, siguiendo a BRUNS, que resulta insatisfactorio reconocer solo a ciertos elementos la naturaleza jurídica de elementos de deber jurídico, ya que todo elemento típico participa, en su opinión, de esa misma naturaleza jurídica. En opinión de HARDWIG, todo elemento describe la situación de deber que sirve de base al tipo en relación con un mandato o una prohibición. Por mi parte, creo, en cambio, que la posición de HARDWIG es completamente insostenible, porque niega la validez de un criterio clasificatorio de los elementos del tipo incuestionable en la actual dogmática penal. Se trata de la distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos del tipo.⁴⁴⁵

Por lo demás, suele afirmarse que los autores que defienden un concepto *causalista finalista* o *personal* de acción penal reconocen a este concepto una naturaleza *ontológica*; mientras que los partidarios de un concepto *social* o *negativo* consideran, en cambio, que se trata de un concepto *normativo*. Esta afirmación se confirma a la vista de las observaciones formuladas por algunos de los representantes de estos conceptos tanto en nuestro país como en Alemania. Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, defensor de una versión matizada del concepto *causalista* de acción, considera que la vuelta a un concepto normativo de acción, lejos de constituir un avance en el tiempo, supondría un claro retroceso. GIMBERNAT fundamenta su afirmación en un argumento de carácter histórico-material: la aparición de la teoría *causal* de la acción—a finales del s. XIX y principios del s. XX— se produjo precisamente para aclarar el confusionismo que había generado el concepto *hegeliano* del delito, hasta entonces dominante.⁴⁴⁶ Por su parte, CEREZO

⁴⁴⁴ Vid. HARDWIG, GA 1957, p. 176.

⁴⁴⁵ Sobre estas dos clases de elementos típicos *vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 9/65 ss.

⁴⁴⁶ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, “Sobre los conceptos de acción y comportamiento”, en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, pp. 182 ss.

MIR, partidario del concepto *finalista* de acción, no duda en destacar, por su parte, la naturaleza ontológica de las estructuras lógico-objetivas, entre las que incluye a la acción.⁴⁴⁷

La consideración del concepto *finalista* de acción como concepto de naturaleza *ontológica* es puesta en tela de juicio en Alemania por ROXIN,⁴⁴⁸ y, entre nosotros, por GIMBERNAT ORDEIG.⁴⁴⁹ El primero considera que el concepto *final de acción* constituye un producto jurídico-normativo por excelencia, ya que adelanta contenido jurídicos que posteriormente vuelven a hacer acto de presencia en otras categorías normativas de la teoría del delito para la configuración del dolo, el error de prohibición y los requisitos de la participación. GIMBERNAT, por su parte, considera que la teoría final de la acción puede ser interpretada de dos formas diferentes: a) si se identifica *finalidad* con *voluntariedad*, entonces coincide con el concepto *causal* de acción; pero b) si se identifica *finalidad* con *dolo*, entonces es una doctrina *normativa* de la *acción típica*.⁴⁵⁰

LUZÓN PEÑA media en esta discusión tomando partido en favor de ROXIN y GIMBERNAT. Para LUZÓN, la más clara prueba de que el concepto finalista de acción es un concepto normativo la constituye el hecho —en su opinión indiscutible— siguiente: tanto los orígenes como la evolución del referido concepto se encuentran claramente cortadas por el patrón del delito comisivo doloso. Ello explica que el concepto finalista de acción tropiece con graves obstáculos en la explicación de los delitos de omisión y los delitos imprudentes. Esta circunstancia no puede ser considerada —siempre en opinión de LUZÓN— una simple coincidencia, sino que, antes bien, constituye en realidad un pronunciamiento en toda reglas: el concepto final de acción está pensado para el delito comisivo doloso. Ello se explica del siguiente modo: en el contexto en que surge en Alemania el concepto finalista de acción, es el delito comisivo doloso el tipo de delito que se presenta, con mucho, como el de más frecuente punición, mientras que, por contra, las formas delictuales omisivas e imprudente punibles tan solo de modo excepcional.⁴⁵¹

⁴⁴⁷ Vid. CEREZO MIR, “La naturaleza de las cosas”, en el mismo, *Problemas fundamentales de Derecho penal*, 1982 (= RGLJ, 1961 [Julio-Agosto], pp. 56 s.).

⁴⁴⁸ Vid. ROXIN, “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, en el mismo, *Problemas básicos del Derecho Penal*, cit., pp. 84 ss.

⁴⁴⁹ Vid. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, 1966 (reimpresión 1990), pp. 80 ss.

⁴⁵⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., cit., p. 208, nota 93.

⁴⁵¹ Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 255.

Por lo que respecta al concepto *personal* de acción jurídico-penal, su carácter ontológico se desprende sin dificultades de su propio enunciado (la acción debe ser entendida como “manifestación de la personalidad”⁴⁵² y del rechazo de todo concepto de acción que adelante datos sobre las categorías *normativas* del delito de la tipicidad o la antijuricidad profesado por uno de los máximos seguidores del concepto en España: LUZÓN PEÑA.⁴⁵³

Los autores que se muestran partidarios, en cambio, de un concepto *social* (“acción es [...] comportamiento humano socialmente relevante”,⁴⁵⁴ o *negativo* (según la definición de BEHRENDT o HERZBERG, acción es la “no evitación evitable de una diferencia de resultado”)⁴⁵⁵ de acción acuden, en cambio, a elementos de naturaleza valorativa, como el de “relevancia social” (concepto social de acción), o incluso decididamente normativa, como el de “evitabilidad” (concepto negativo de acción).⁴⁵⁶

Por último, aquellos autores que renuncian a la formulación de un concepto genérico de acción desvinculado del tipo⁴⁵⁷ consideran que es preciso sustituir un tal concepto por otro *normativo* de *conducta típica*. El motivo de esta toma de posición sería el siguiente: para hallar un concepto de acción que resulte de algún modo útil para el derecho penal, sería necesario atender a la configuración de las normas penales a ellas correspondientes. Éstas son, en definitiva, las que determinan cuáles son los elementos que debe reunir en cada caso la conducta humana para ser típica.

7.3.2. *Valoración crítica de las teorías del deber jurídico especial en sentido estricto*

⁴⁵² Vid. ROXIN, *Derecho penal*, PG, I, cit., § 8/42.

⁴⁵³ Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, I, cit., pp. 271 s. Sobre todo ello, vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 7/21.

⁴⁵⁴ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 296.

⁴⁵⁵ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 7/21.

⁴⁵⁶ Este último término, entendido como “evitabilidad de una diferencia de resultado” (la muerte, por ejemplo, lo es con respecto a la vida) también es empleado en la actualidad por JAKOBS, *Derecho penal*, PG, cit., pp. 168 ss., como común denominador de los delitos de acción (“causación individualmente evitable del resultado”) y de omisión (“no impedimento evitable de un resultado”). Sobre todo lo anterior, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, I, cit., pp. 249 s.

⁴⁵⁷ Como es el caso, entre nosotros, de OCTAVIO DE TOLEDO / HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., 1996, pp. 41 s., o de COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 4ª ed., 1996, pp. 347 s.

a) *Valoración crítica general*

Puesto que, como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, las teorías del deber jurídico especial pueden ser contempladas como una continuación de las teorías de las normas especiales, las críticas formuladas *supra* contra las teorías de las normas especiales también pueden hacerse extensivas a las teorías del deber jurídico especial. De este modo, puesto que ya se dijo que las teorías de la infracción de una norma o de un deber son merecedoras, en mi opinión, al menos de dos importantes críticas; a saber: permitir fundamentar con mayor facilidad un Derecho penal de corte autoritario, y un excesivo grado de formalismo, estas críticas también pueden ser dirigidas, en mayor o menor medida, contra las concepciones del delito especial como infracción de una norma o un deber especial que de aquéllas se derivan.

No obstante, contra las teorías del deber jurídico especial cabe esgrimir, además, al menos, otro argumento crítico más específico: los elementos limitadores de la autoría no son elementos de la “antijuricidad” o de la “autoría” como categorías separadas del tipo, sino que pertenecen a la tipicidad.

Como ya se ha señalado repetidamente, Armin KAUFMANN defendió en su *Teoría de las normas* la consideración de los elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales como elementos de deber jurídico especial pertenecientes a la *autoría*, y no a la *acción*; o lo que en la terminología de otros autores partidarios de la teoría de los elementos de deber jurídico especial (WELZEL, HARDWIG o STRATENWERTH, por ejemplo) es lo mismo: pertenecientes a la *antijuricidad*, y no a la *tipicidad*. Esta doble conclusión se apoya fundamentalmente —recuérdese— en la

teoría de los tipos “abiertos” de WELZEL. Según esta teoría, en algunos tipos —los “abiertos”— el legislador describe la materia de prohibición no solo mediante la descripción de elementos objetivo-materiales. En esta clase de tipos, la comprobación de si la conducta antinormativa también debe ser considerada antijurídica no debe ser realizada de forma positiva mediante la verificación de los llamados “elementos de deber jurídico de la antijuricidad”.⁴⁵⁸ En opinión de WELZEL, los elementos del autor constituyen elementos de deber jurídico especial de la antijuricidad.⁴⁵⁹ Como ya fue expuesto *supra* con motivo de la crítica a la teoría de las normas con círculo especial de destinatarios tanto la distinción entre “elementos de la autoría” y “elementos de la acción” (primer KAUFMANN), como la distinción entre “elementos del tipo” y “elementos de deber jurídico pertenecientes a la antijuricidad” (WELZEL, HARDWIG o STRATENWERTH) resultan complementemente artificiosas.⁴⁶⁰

A pesar de que entre nosotros incluso se ha creído ver en el Derecho positivo comparado la demostración de la validez de la teoría de los elementos de deber jurídico especial,⁴⁶¹ estimo preferible considerar, en

⁴⁵⁸ Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, cit., p. 3. En la concepción de WELZEL, los “elementos de deber jurídico de la antijuricidad” forman parte de una categoría más amplia denominada “elementos de deber jurídico”. Los elementos que nos ocupan comparten categoría con otras cuatro clases de elementos: a) reglas generales de antijuricidad; b) falta de adecuación social; c) deber jurídico en los delitos de omisión; y d) deber objetivo de cuidado en los delitos imprudentes. Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, cit., pp. 3 ss.

⁴⁵⁹ Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, cit., pp. 4 s.

⁴⁶⁰ En este sentido MAURACH, NJW 1962, p. 767; ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, cit., p. 74; RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed., § 22/27.

⁴⁶¹ Se trata de BACIGALUPO ZAPATER. En opinión de este autor, el § 15.3 ÖStGB adopta expresamente el punto de vista según el cual el deber que incumbe al autor no es un elemento del tipo, sino de la antijuricidad, no debiendo distinguirse entre el error inverso sobre la existencia del deber y el error sobre las circunstancias fácticas que lo fundamentan, y conduciendo el error inverso, en ambos casos, a un error de prohibición

cambio, que ni es posible entender los elementos de la autoría de los delitos especiales sin atender a la acción típica, ni cabe concebir elementos que fundamenten la antijuricidad que no pertenezcan al tipo. Según mi parecer, la teoría de los elementos de deber jurídico especial parte de una premisa incorrecta: los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales no pertenecen al tipo, sino a la antijuricidad. En mi opinión, los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales son auténticos elementos del tipo.

Es cierto que en la mayor parte de los casos, los elementos que restringen el círculo de autores consiste en elementos normativos.⁴⁶² Sin embargo, en contra de lo que insinúa la teoría de los tipos “abiertos” de WELZEL, ello no significa que dichos elementos pertenezcan al tipo, sino a la antijuricidad,⁴⁶³ ni tampoco que los elementos en cuestión deban ser tratados de modo distinto a los restantes elementos normativos.⁴⁶⁴

al revés, esto es, a un delito putativo impune. *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., p. 351. A mi juicio, que la afirmación de BACIGALUPO sea correcta es altamente dudoso. Puesto que el fundamento de esta última afirmación se encuentra vinculado al análisis de la problemática que plantean los supuestos de sujeto inidóneo, estimo preferible exponerlo con más detalle *infra* con motivo del estudio de esta cuestión.

⁴⁶² *Vid.* MAURACH, “Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Reschsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens”, NJW 1962, p. 767.

⁴⁶³ *Vid.* MAURACH, NJW 1962, p.768: el mismo, *Tratado de Derecho penal*, PG, II, cit., p.197; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht*, AT, II, 7ª ed., § 40/173. En opinión de ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, cit., p. 188, la doctrina finalista tuvo la virtud de advertir la “especialidad” de ciertos elementos del tipo. Pero no acertó al considerarlos elementos exclusivamente pertenecientes a la antijuricidad, en lugar de concebirlos como integrados por un substrato fáctico (elemento del tipo) y una consecuencia de derecho (elemento de la antijuricidad). Por esta razón considera preferible ROXIN entender que elementos tales como “funcionario” o “cónyuge” constituyen “conceptos normativos de carácter específicamente jurídico” (GRÜNHUT), y que los delitos de los que forman parten deben ser contemplados como “delitos de valoración jurídica” (MEZGER). *Vid.* ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, cit., p. 76.

⁴⁶⁴ Así MEZGER, *LK*, 7ª ed., 1954, § 59, p. 435, criticando el concepto de “elemento de deber jurídico especial” de WELZEL, así como su tratamiento diferenciado de los

A mi juicio, la teoría de los elementos de deber jurídico especial de los tipos “abiertos” defendida por WELZEL, participa del defecto común del que adolecen las teorías “normológicas” del delito: es incapaz de aportar un criterio válido que permita discernir las diferencias *valorativas* existentes entre la *tipicidad* y la *antijuricidad*. Como ya se ha apuntado más arriba, es preferible entender —en contra del finalismo ortodoxo— que todos los elementos *fundamentadores* de la antijuricidad se encuentran recogidos en el tipo, y que éste constituye, por tanto, *ratio essendi* del juicio de antijuricidad penal.⁴⁶⁵

En la *tipicidad* se trata de imputar objetiva y subjetivamente a un sujeto una conducta o resultado como *dañosa*, por consistir en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, así como emitir sobre ellas un juicio de desvalor por su *dañosidad*. En esta categoría, de lo que se trata es, por tanto, de *imputar* y *desvalorar* una conducta o un resultado como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Para ello también es necesario *imputar* al sujeto las condiciones que permiten conectar con éste el objeto de imputación (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico)⁴⁶⁶ y *desvalorar* estas condiciones.⁴⁶⁷ Esta doble exigencia se debe a lo siguiente: para poder *imputar* a un sujeto una conducta o un resultado

restantes elementos normativos del tipo. En idéntico sentido von WEBER, “Negative Tatbestandsmerkmale”, *FS-Mezger*, 1954, p. 189. Sobre ello BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 102 y 105.

⁴⁶⁵ En este sentido MIR PUIG, *Derecho penal*, *PG*, 5ª ed., 6/30; el mismo, *LH-Cerezo Mir*, pp. 14 s. *Vid.* también von WEBER, *FS-Mezger*, p. 189.

⁴⁶⁶ *Vid.* MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología* (Congreso Internacional Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000), Madrid 2001, p. 402.

⁴⁶⁷ *Vid.* MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, p. 22.

desvalorado como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es necesario imputarle todas aquellas condiciones, elementos o características del autor que influyen en el ataque al bien jurídico. Tal es el caso de las cualidades requeridas por el autor en los delitos especiales.⁴⁶⁸ La *antijuricidad* consiste, en cambio, en la imputación objetiva y subjetiva a un sujeto de la lesión o puesta en peligro típicas de un bien jurídico no necesaria para la salvaguarda de intereses jurídicos prevalentes en el caso, así como en la formulación de un juicio de desvalor sobre aquella por este último motivo. Se trata, en suma, de ponderar los intereses en juego y decidir si la conducta merece o no una valoración negativa.⁴⁶⁹

Salta a la vista que la cuestión relativa a si se produce o no la concurrencia de los presupuestos objetivos de la cualidad del autor de un delito especial nada tiene que ver con esta ponderación de intereses. Los intereses en juego en el caso concreto podrán ser unos u otros con completa independencia de si se da o no aquella cualidad. Ignorarlo significaría equiparar como supuestos análogos casos que nada tienen que ver entre sí. Desde una tal concepción, por ejemplo, las conductas consistentes en revelar un secreto profesional en una situación de estado de necesidad como la hacerlo sin ser el profesional requerido por el tipo serían merecedoras de la misma calificación jurídica —conducta típica, pero no antijurídica— pese a su evidente disparidad. Para evitar esta insatisfactoria consecuencia, estimo preferible entender que los elementos de autoría de los delitos especiales configuran el objeto del juicio de imputación y de la valoración de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que tiene lugar en la *tipicidad*; y constituyen, a la vez, *presupuestos* de la antijuricidad de

⁴⁶⁸ Vid. MIR PUIG, *Modernas tendencias ...*, cit., p. 402; el mismo, *LH-Cerezo Mir*, p. 22.

⁴⁶⁹ Vid. MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, p. 15.

la conducta, en tanto que la conducta o resultado objetiva y subjetivamente *imputables y desvalorados* como lesión o puesta en peligro representan el objeto del juicio de imputación y la valoración de este juicio que tiene lugar en la *antijuricidad*. Los elementos de autoría de los delitos especiales no son, por tanto, *elementos* de la antijuricidad, sino solo *presupuestos* de la misma.

b) *Valoración crítica de algunas teorías del deber jurídico especial en sentido estricto: ROXIN, WAGNER, CORTÉS ROSA, JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA*

b.1. *Valoración crítica de la teoría del deber jurídico especial de ROXIN*

Desde que en 1963, con motivo de la publicación de la primera edición de su *Täterschaft und Tatherrschaft*, ROXIN propusiera la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, muchos son los autores alemanes y españoles que se han adherido a su planteamiento. En mi opinión, esta adhesión múltiple viene a demostrar que la tesis de ROXIN es, al menos como punto de partida para la resolución de los problemas que han sido planteados en este apartado, ampliamente compartible. En efecto, creo que ROXIN acierta cuando señala que la esencia de algunos delitos especiales, así como de la relación de imputación de la acción típica en que consiste la relación de autoría, puede ser explicada de modo más preciso por la idea de infracción de un deber. Que ello sucede, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en el delito de administración desleal, o en el de revelación de secreto profesional me parece evidente.

Del mismo modo, debe ser valorada positivamente la idea, también defendida por HERZBERG, de que no siempre que se produce una limitación del círculo de posibles autores de un delito, dicha limitación obedece a la existencia de un deber jurídico especial. Así, mientras que, como ya se ha afirmado, ello resulta indiscutible en los delitos de funcionarios, en el delito de descubrimiento y revelación de secretos, y en el delito de administración desleal, no ocurre lo mismo, sin embargo, en otros delitos en que la limitación del círculo de autores no se corresponde con un contenido de injusto superior, por lo que nada impedirá que el partícipe “*extraneus*” responda con misma pena que el “*intraneus*”. ROXIN considera que en estos últimos delitos, los elementos que limitan la autoría no son elementos personales especiales, sino que cumplen una función meramente “tipificadora”.

ROXIN califica como elemento “tipificador” en el sentido que acaba de ser referido, entre otros, el elemento “hombre” del delito de exhibicionismo masculino (§ 183 StGB). La consideración de este elemento como un elemento no personal en el sentido aludido por ROXIN parece difícilmente discutible, porque solo de una forzadísima interpretación del tipo podría deducirse —sin duda de modo incorrecto— que sobre el hombre recae un deber jurídico especial que tiene por objeto la no realización de acciones exhibicionistas. Más discutible me parece, sin embargo, la distinción que ROXIN hace entre los delitos de infracción de un deber especial y otros delitos en que, en su opinión, el elemento limitador de la autoría desempeña una función meramente tipificadora, como, por ejemplo, el delito de alzamiento de bienes o el de abandono no permitido del lugar del accidente por un interviniente en el mismo.

Según ROXIN, tampoco estos dos delitos pueden ser cometidos como autor por cualquiera, sino solo por el deudor y por un sujeto que haya intervenido en el accidente, respectivamente. Sin embargo, sobre ninguno de estos tres sujetos recae un deber jurídico especial que convierta la conducta del autor cualificado en una conducta con un contenido de injusto superior, por lo que nada impedirá que el partícipe “*extraneus*” responda con misma pena que el “*intraneus*”. En estos delitos, el motivo que ha impulsado al legislador a restringir el círculo de posibles autores es el siguiente: el bien jurídico se encuentra especialmente expuesto al riesgo de ser puesto en peligro o lesionado por parte de un círculo de sujetos pertenecientes a un determinado ámbito social, porque para estos sujetos, la ejecución es más sencilla y, por ello, la conducta es, desde una perspectiva “*ex ante*”, más peligrosa para el bien jurídico protegido. En mi opinión, aunque este último razonamiento es correcto, creo que mediante el mismo, ROXIN no consigue explicar suficientemente la diferencia teórica y práctica que, en su concepción, existe entre estos delitos y los delitos de infracción de un deber especial. En efecto, tendría sentido afirmar que en los delitos de infracción de un deber especial, lo que fundamenta el injusto no es la mera infracción del deber, sino que, al contrario, la especial vulnerabilidad del bien jurídico a manos del sujeto cualificado le obliga especialmente a no lesionarlo. Del mismo modo, sería razonable pensar que en los delitos de abandono del lugar del accidente o de alzamiento de bienes, de la especial posición que el interviniente en el accidente o el deudor ocupan en relación con el bien jurídico surge un deber especial que obliga especialmente a dichos sujetos a no abandonar el lugar del accidente o a no distraer el patrimonio en perjuicio de los acreedores. Con ello, unos y otros delitos se confunden, sin que, en mi opinión, la concepción de ROXIN ofrezca un criterio claro de delimitación entre ambas clases de delitos. Por lo demás, ROXIN considera que todos los delitos especiales

consisten en delitos de infracción de un deber especial, lo cual me parece hartamente discutible. En el presente trabajo se defiende un concepto de delito especial en sentido amplio como delito en el que la ley restringe el círculo de posibles autores, con independencia de si el elemento limitador de la esfera de autores es comunicable accesoriamente o no.

Contra la teoría de los delitos de infracción de un deber de ROXIN ha sido formulada, en segundo lugar, una crítica que, según creo, todavía no ha sido replicada satisfactoriamente por ROXIN. La crítica tiene por objeto el carácter “extrapenal” del deber jurídico especial infringido por el autor. En efecto, si los delitos especiales se distinguen del resto de delitos por su especial contenido de injusto, entonces no es correcto afirmar que su esencia reside en la infracción por parte del autor de un deber que está fuera del Derecho penal, ya que, si así fuera, no podría decirse que el contenido de injusto de los delitos especiales es especial con respecto al del resto de los delitos. Desde el punto de vista del injusto penal, las conductas del “*extraneus*” y del “*intraneus*” serían idénticas, porque infringirían un deber penal común, y solo desde un punto de vista extrapenal tendrían distinto contenido de injusto, al infringir la conducta del sujeto cualificado un deber de naturaleza extrapenal que no infringe, en cambio, el segundo.

Según DEICHMANN, lo que distingue a los delitos especiales no es la infracción de un deber extrapenal, sino la de un deber penal especial. DEICHMANN reconoce que, en ocasiones, el legislador se ha referido expresamente a determinadas relaciones jurídicas extrapenales. Sin embargo, esta circunstancia es meramente formal, y carece de eficacia general y material para la resolución de los problemas de autoría y

participación que plantean los delitos especiales.⁴⁷⁰ De lo contrario, es decir, si el criterio de la infracción de un especial deber jurídico extrapenal tuviera una eficacia material como criterio de determinación de la autoría, la inexistencia de dicho deber extrapenal tendría como consecuencia necesaria la imposibilidad de afirmar la autoría del delito. Así, por ejemplo, en los delitos de apropiación indebida de cosa confiada al depositario (§ 246.2 StGB), administración desleal con especial relación de confianza (§ 266.1.2 StGB) o los delitos de omisión de garante, lo que fundamenta el injusto penal no es la validez del contrato civil que pueda obligar extrapenalmente al sujeto, sino la existencia fáctica de una relación de confianza o la función de protección del bien jurídico asumida, de hecho, por el sujeto.⁴⁷¹

En relación con el delito de lesiones corporales cometidas por funcionario público (§ 340 StGB), WAGNER acusa a ROXIN de no aclarar por qué razón el deber de no inferir malos tratos en el ejercicio del cargo público consiste en un deber de naturaleza extrapenal. En opinión de WAGNER, el referido deber se deriva directamente del § 340 StGB en relación con el antiguo § 359 StGB, actual § 11.2 StGB, que contiene el concepto penal de funcionario público.⁴⁷² Para WAGNER, además, la concepción del deber extrapenal especial es demasiado inconcreta, porque no aclara si dicho deber consiste en un deber frente al ciudadano o en un deber frente al Estado.⁴⁷³ Por último, WAGNER acusa a ROXIN de no resolver la cuestión de cómo debe estar configurada la relación entre el

⁴⁷⁰ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, cit., pp. 29 s.

⁴⁷¹ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, cit., p. 29.

⁴⁷² Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 72.

⁴⁷³ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 72.

ejercicio del cargo y la lesión corporal, en relación con el delito de lesión corporal en el cargo público, ni de concretar cuál es la importancia que debe tener esta relación para el injusto de la lesión corporal en el cargo.⁴⁷⁴

En mi opinión, las críticas de DEICHMANN y WAGNER ignoran algo que, sin embargo, ha advertido con acierto VOGEL. Según este autor, en defensa de la teoría de los deberes jurídicos extrapenales de ROXIN puede decirse que en aquellos delitos que consisten, en su opinión, en un deber jurídico extrapenal, la norma extrapenal infringida debe entenderse incorporada, mediante la remisión de la ley penal, al ordenamiento jurídico-penal. Así, estas normas extrapenales deben ser interpretadas, en todo caso, de acuerdo con los principios que dominan el Derecho penal y los fines que persigue la sanción penal. La norma extrapenal pasa a formar parte, de este modo, de la norma penal.⁴⁷⁵

Con ello, VOGEL se opone a la posición defendida por la doctrina clásica en contra de la técnica legislativa del llamado “modelo de remisión” (“*Verweisungsmodell*”), en cuya virtud la norma especial como norma extrapenal se considera constitutiva de la norma penal y del tipo penal. Uno de los principales representantes de este sector crítico fue NAGLER. Según este autor, la norma especial extrapenal se refiere en el Derecho civil a la relación entre privados, en el Derecho público a la relación del Estado como dueño del servicio y los funcionarios, los soldados, etc. Sin embargo, en Derecho penal es dudosa la relación del autor con el Estado como “fuente de Derecho”, como “titular del *Imperium* frente a sus súbditos”.⁴⁷⁶

Por lo que se refiere a la “*apreciación multifactorial*” (“*Mehrfaktorenansatz*”) de ROXIN en relación con la interpretación de la expresión “elementos personales especiales” del § 28 StGB, la solución de

⁴⁷⁴ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 72.

⁴⁷⁵ Vid. VOGEL, *Norm und Pflicht ...*, cit., p. 130, notas 27 y 29. De la misma opinión Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas...*, cit., p. 277.

⁴⁷⁶ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., pp. 22 ss.

ROXIN ha sido calificada por SCHÜNEMANN como una concepción que renuncia por completo a la explicación de los “elementos personales especiales” acudiendo a un criterio único, y que clasifica aquellos elementos en tres grupos (elementos especiales de la culpabilidad, causas personales de exclusión y de levantamiento de la pena, y posiciones de deber fundamentadoras de la autoría) sistemáticamente desconectados. Con ello, la apreciación multifactorial de ROXIN deviene, en opinión de SCHÜNEMANN, una construcción excesivamente entregada a la tópica que carece de toda capacidad para fundamentar adecuadamente cuál debe ser el criterio que decida la cuestión de cuándo la participación de un “*extraneus*” en un delito especial merece una pena inferior a la del “*intraneus*”.

En mi opinión, SCHÜNEMANN no es, precisamente, el autor más legitimado para criticar a ROXIN por ser excesivamente tópico en el análisis de la cuestión relativa a los elementos personales especiales. Como podrá comprobarse *infra* con motivo de la exposición y valoración crítica de la teoría unitaria de SCHÜNEMANN, la concepción defendida por este autor resulta igual de casuística, o más si cabe, que la defendida por ROXIN. De hecho, SCHÜNEMANN fundamenta su solución unitaria en la necesidad de analizar, caso por caso, la necesidad o merecimiento de pena de la conducta del partícipe extraño, comparándola con la que necesitaría o merecería si fuera el autor del delito, al entender que la cuestión planteada no puede ser resuelta de una vez por todas aplicando un criterio general y abstracto.

Sin embargo, la crítica de SCHÜNEMANN tiene la virtud de revelar que la ausencia de sistemática que se evidencia en la concepción de ROXIN conduce a este autor —igual que ocurre con el propio

SCHÜNEMANN— a la elaboración de criterios de dudosa fiabilidad. Tal es el caso, por ejemplo, del criterio de la “gran distancia respecto a la autoría” que caracteriza a los no funcionarios que participan en un delito de funcionario. Para ROXIN, si un no funcionario participa en un delito de funcionario, tiene pleno sentido imponerle una pena inferior a la prevista para el autor funcionario, porque el no funcionario no solo no ha sido autor del delito de funcionario en el caso enjuiciado, sino que no podría serlo en ningún caso. Esta incapacidad le “distancia” de la autoría, convirtiendo su aportación en menos necesitada o merecedora de pena.

Desde mi punto de vista, tiene razón SCHÜNEMANN cuando afirma que la referida “distancia” existente entre el autor y el partícipe no es algo que caracterice a los delitos especiales, o a los delitos de funcionario en concreto, sino que consiste en una circunstancia que se da en relación con todos los delitos. Así, por ejemplo, tampoco el cómplice de un hurto que no tenga ni dominio del hecho ni ánimo de apropiación se “distanciará” más de la autoría que aquel sujeto en quien sí concurren aquellos dos requisitos.⁴⁷⁷

Es cierto que en el ejemplo de SCHÜNEMANN, la “distancia” del cómplice con respecto a la autoría es, de acuerdo con el criterio de ROXIN, inferior que en los delitos especiales, porque si el cómplice dominase el hecho y quisiera quedarse con la cosa sustraída sería autor del delito. Sin embargo, no es menos cierto que el no funcionario también podría llegar a ser funcionario y, con ello, posible autor del delito. La crítica de SCHÜNEMANN pone de manifiesto que, en una concepción de los delitos especiales que los contemple, no como “delitos de clase” o “delitos de

⁴⁷⁷ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 363.

status”, sino como delitos vinculados a determinadas posiciones sociales en relación con la protección especial de determinados bienes jurídicos, cualquier sujeto puede ocupar en algún momento de su vida cualquier posición social que le convierta en un sujeto especialmente obligado. Por ello, lo relevante para valorar el contenido de injusto de la conducta del extraño que participa en un delito especial propio consiste, en mi opinión, no tanto en si el partícipe es o no un “*extraneus*” como si su aportación ha sido más o menos decisiva para la realización del tipo. Por el mismo motivo, creo poder afirmar que en los delitos especiales impropios, la decisión sobre el merecimiento de pena del partícipe “*extraneus*” no debe deducirse de la distancia existente entre el “*intraneus*” y el “*extraneus*” en términos de idoneidad para la autoría, sino de la comparación de la pena del extraño por la participación en el delito especial con la que le sería impuesta por la participación en el delito común paralelo. Por lo demás, el criterio de la “distancia” de ROXIN parece ignorar que el legislador considera algunas formas de participación igual de relevantes, en términos de pena, que la intervención en el hecho del autor. Así, por ejemplo, el StGB —igual que el CP español— ha decidido castigar al inductor de un delito común con la misma pena que a su autor, y ello a pesar de que, por definición, el inductor se encuentra “alejado” de la autoría por no concurrir en él la condición que, en la concepción de ROXIN, determina la autoría en los delitos comunes: el dominio del hecho.

b.2. *Valoración crítica de la teoría del deber jurídico especial de WAGNER y CORTÉS ROSA*

Una de las principales aportaciones de WAGNER y CORTÉS ROSA a la teoría de los delitos especiales consistió en una explicación del § 28 StGB que pretendió entender las regulaciones previstas en los dos

apartados de dicho precepto como regulaciones no contradictorias entre sí, sino, al contrario, como reglas susceptibles de armonización. Con la incorporación al StGB del actual § 28.1 StGB, la letra de la ley parece distinguir entre elementos personales especiales fundamentadores de la pena, por una parte, y elementos personales especiales que la agravan, atenúan o excluyen, por otra, sometiéndolos a un tratamiento diferenciador en cuya virtud los primeros son comunicables (aunque con una atenuación) al “*extraneus*”, y a los segundos, en cambio, solo son imputables a aquellos sujetos en quienes concurren.

A la luz de esta regulación legal del tratamiento de los elementos personales especiales, la aportación de WAGNER y CORTÉS ROSA se apoyó en la siguiente idea: una cosa es el título por el que debe responder el “*extraneus*”, esto es, la “*declaración de culpabilidad*” (“*Schuldspruch*”) y otra la pena que debe serle aplicada. Según estos dos autores, es cierto que el § 28.1 StGB castiga al extraño que participa en un delito especial propio con la pena del delito especial, y según el § 28.2 StGB, al partícipe “*extraneus*” se le castiga con la pena del delito común paralelo. Pero puesto que una cosa es la pena con que se castiga la conducta del partícipe “*extraneus*” en un delito especial y otra diferente el delito por el que se le debe hacer responder, WAGNER y CORTÉS ROSA no ven inconveniente para interpretar el § 28 StGB del modo siguiente: no solo el § 28.1 StGB, sino el § 28.2 StGB declaran que el partícipe en un delito especial debe ser declarado culpable de haber participado en un delito especial. Pese a que dicha solución no ha sido defendida por nadie para todos los especiales elementos personales modificadores de la pena,⁴⁷⁸ WAGNER la ha

⁴⁷⁸ Así, por ejemplo, en Alemania nadie ha defendido esta solución en relación con el delito, ya derogado, de infanticidio (antiguo § 217 StGB). *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 564.

sostenido para los delitos impropios de funcionarios, con excepción de los llamados “*delitos no imputables al Estado*” (“*Nichtstaaatzurechnungsdelikte*”), mientras que CORTÉS ROSA la ha hecho extensiva a otros delitos especiales.

La interpretación del § 28 StGB propuesta por WAGNER y CORTÉS ROSA fue acogida con entusiasmo por RUDOLPHI y JESCHECK, por una parte, y ROXIN, por otra, por considerarla una construcción que permitía compadecer el derecho positivo con una de las ideas centrales de las concepciones sobre los delitos especiales de estos tres últimos autores: la participación de “*extranei*” en delitos especiales debe ser sometida a un régimen unitario, según el cual el partícipe extraño debe ser castigado, en todo caso, como partícipe en el delito especial, con independencia de si el delito especial es propio o impropio. Esta idea, que tanto en Alemania como en España es defendida por un sector minoritario de la doctrina, es merecedora del máximo apoyo. Tampoco desde el punto de vista adoptado en la presente investigación se alcanza a ver cuál es la relevancia que, en términos de contenido de injusto del delito especial y de la intervención en él del partícipe “*extraneus*”, puede tener la circunstancia de que el delito especial en cuestión tenga, o no tenga, un delito común paralelo.⁴⁷⁹

Cuestión diferente es, sin embargo, si la interpretación de WAGNER y CORTÉS ROSA que ahora se somete a consideración consiga el pretendido objetivo de compadecer la idea del tratamiento unitario de todos los delitos especiales a efectos de la resolución del problema de partícipes “*extranei*” en esta clase de delitos. En mi opinión, es difícil

⁴⁷⁹ De la misma opinión SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 188.

afirmar que en el § 28.2 StGB, el legislador alemán no solo castiga al extraño que participa en un delito especial impropio con la pena del delito común paralelo, sino que también lo declara culpable de haber participado en dicho delito. En efecto, aunque no es absolutamente imposible interpretar el § 28.2 StGB en el sentido sugerido por WAGNER y CORTÉS ROSA, lo cierto es, sin embargo, que dicha interpretación resulta extraordinariamente forzada. Puede afirmarse, sin apenas dudas, que la voluntad del legislador penal no fue la de hacer responder al extraño por el delito especial, sino por el delito común.⁴⁸⁰ Si el legislador alemán hubiera pretendido declarar al “*extraneus*” partícipe en un delito especial, probablemente lo habría hecho expresamente, o, al menos, habría castigado al partícipe con la pena —atenuada— del delito especial. Sin embargo, el § 28.2 StGB no solo no se expresa en tales términos, sino que declara justamente el principio contrario: “si la ley determina que elementos personales especiales agravan, atenúan o excluyen la pena, esto solo rige para el interviniente (autor o partícipe) en quien concurren”.

Ciertamente, la regulación prevista en el § 28 StGB es merecedora de reproche, porque somete a los delitos especiales a un tratamiento diferenciado dependiendo de si se trata de delitos especiales propios o impropios. Por ello, considero que está plenamente justificado proponer, “*de lege ferenda*”, la modificación del actual § 28 StGB por un precepto equivalente que disponga un tratamiento unitario para todos los delitos especiales, con total independencia de que tengan delitos comunes paralelos o no. No obstante, comparto con GRÜNWALD la tesis de que, mientras la modificación legal que acaba de ser sugerida no sea llevada a cabo, resulta incorrecto interpretar el § 28 StGB en el sentido en que lo

⁴⁸⁰ *Vid.* GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 564, que basa esta afirmación en la fundamentación del § 33 del Proyecto de 1962, p. 152.

hacen WAGNER, CORTÉS ROSA, ROXIN, RUDOLPHI o JESCHECK. La interpretación del § 28.2 StGB sugerida por WAGNER y CORTÉS ROSA supondría fraccionar en dos, de forma completamente injustificada, la declaración de la culpabilidad y la declaración de la pena del partícipe “*extraneus*” en un delito especial propio, al remitirse el legislador a otra norma penal para la determinación de la pena. Además, entre los grados de gravedad de las dos normas, la que declarararía la responsabilidad (§ 28.2 StGB) y la que se encarga de determinar su pena (el párrafo correspondiente al delito común paralelo) no existe relación alguna, a diferencia de lo que sucede en los §§ 28.1 y 49 StGB para los delitos especiales propios.⁴⁸¹

Las interpretaciones de WAGNER y CORTÉS ROSA, por fin, no consiguen aprehender correctamente la esencia de la relación concursal que, en mi opinión, existe entre el delito especial impropio y el delito común paralelo. Cuando WAGNER y CORTÉS ROSA distinguen entre la ley que declara el título de responsabilidad del partícipe extraño y la ley que impone la pena, parecen ignorar que, como se fundamentó ampliamente en el Capítulo Segundo de esta Segunda Parte, una y otra ley no se encuentran desconectadas, sino que, al contrario, ambas se encuentran vinculadas por una relación concursal. Concretamente, por una relación de concurso de leyes. El automatismo con que WAGNER y CORTÉS ROSA consideran aplicable la ley del delito especial solo resulta comprensible, o bien obviando esta relación de concurso de leyes entre las dos leyes en juego, o bien aprehendiéndola como una relación de concurso *aparente* de leyes, en la que solo existe *realmente* una de las dos leyes en juego. Como ya se argumentó *supra*, de estas dos formas de entender el

⁴⁸¹ *Vid.* GRÜNWARD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 565.

concurso de leyes, solo la primera, es decir, aquélla según la cual en el concurso de leyes, las leyes en juego concurren *realmente*, esto es, el concurso real de leyes.

Por todo lo anterior, creo que, a la vista del actual § 28.2 StGB, la solución propuesta por WAGNER y CORTÉS ROSA solo puede ser defendida “*de lege lata*” aplicando analógicamente el § 28.1 StGB a los supuestos del § 28.2 StGB, esto es, a los casos de participación en delitos especiales impropios. Sin embargo, salta a la vista que, puesto que ello representaría castigar al partícipe “*extraneus*” con una pena en principio superior a la que le correspondería como partícipe en el delito común paralelo, la aplicación analógica del § 28.1 StGB a los casos que nos ocupan constituiría analogía “*in malam partem*” y, por tanto, prohibida en Derecho penal.

b.3. *Valoración crítica de la teoría del deber jurídico especial de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA*

Desde mi punto de vista, la concepción defendida por JAKOBS y su discípulo SÁNCHEZ-VERA en relación con los delitos especiales y los delitos de infracción de deber constituye una aportación decisiva al estudio de la naturaleza jurídica de los elementos que limitan la autoría en esta clase de delitos, así como a la resolución de los problemas de autoría y participación que se plantean en esta constelación de delitos.

En primer lugar, las concepciones que ahora se analiza aciertan cuando distinguen entre los conceptos de delito especial y delito de infracción de deber. En contra de lo que afirma ROXIN, y de acuerdo con lo que sostienen JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA, en la presente

investigación también se estima preferible partir de un concepto amplio de delito especial, entendido como todo aquel delito en que el legislador ha restringido la autoría a un círculo limitado de sujetos, distinto, por tanto, del concepto de delito de infracción de deber. La conveniencia de esta distinción obedece a que, como ya se expuso *supra* con motivo de la crítica de la concepción de ROXIN, no siempre que el legislador restringe el círculo de posibles autores del delito, lo hace sobre la base de la existencia de deberes jurídicos especiales que recaen sobre el autor.

En segundo lugar, creo que también merece ser elogiada la idea, planteada por JAKOBS y desarrollada hasta sus últimas consecuencias por SÁNCHEZ-VERA, según la cual en los delitos especiales con elementos personales especiales, estos elementos nunca pueden “agravar” o “atenuar” la pena en el sentido del § 28.2 StGB, sino que dichos elementos personales especiales siempre consistirán en elementos fundadores de la pena.

En efecto, puesto que, según creo, los delitos especiales presentan un contenido de injusto especial que los distingue no solo cuantitativamente, sino, sobre todo, cualitativamente del resto de delitos, los elementos limitadores de la autoría contribuyen a fundamentar este contenido de injusto “distinto”. Desde este punto de vista, resulta plenamente compartible la tesis de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA según la cual carece de sentido la distinción entre delitos especiales propios e impropios, ya que todos los delitos de infracción de deber merecen recibir el mismo tratamiento.

Sin embargo, la concepción de los “*Pflichtdelikte*” de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA no puede ser enteramente compartida, ya que, a mi entender, es acreedora de importantes objeciones. En primer lugar, debe recordarse que tanto JAKOBS como SÁNCHEZ-VERA distinguen entre

dos posibles títulos de responsabilidad penal: la responsabilidad por organización y la responsabilidad por institución.

Desde mi punto de vista, la primera de estas dos formas de responsabilidad, que, en palabras de SÁNCHEZ-VERA, constituye la responsabilidad del sujeto que infringe la prohibición general de lesionar al prójimo (“*neminem laedere*”), equivale, explicado con otras palabras — menos claras—, a la clásica responsabilidad penal general por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Por lo que respecta los delitos de responsabilidad por institución, si lo que pretenden decir JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA es que, en estos delitos, el núcleo del injusto consiste en la lesión de una institución prejurídica garantizada por el derecho, como, por ejemplo, la de funcionario, soldado, padre, madre, tutor, persona en quien se confía, etc., o una institución positiva en la que el propio derecho integra al individuo, como por ejemplo, la Administración de Justicia en el caso del testigo,⁴⁸² mediante la infracción del deber jurídico especial que recae sobre el sujeto cualificado, creo que existen motivos para creer que esta idea resulta muy dudosamente admisible.

En primer lugar, la tesis de la responsabilidad por institución positiva sitúa a los delitos que se enmarcan en su seno en una tradición jurídico-penal, la del delito como infracción de la norma o del deber, cuyos posibles peligros y consecuencias insatisfactorias ya fueron sometidos a discusión *supra*, con motivo de la valoración crítica de las teorías del deber jurídico especial en general. Por este motivo, me remito a todo lo que entonces se expuso, por resultar del todo pertinente —como ya fue

insinuado, recuérdese, mediante la referencia a la concepción de JAKOBS— en este punto de la investigación. En relación con este particular, simplemente añadiré que resulta sin duda sintomático que SÁNCHEZ-VERA considere completamente irrelevante en los delitos de infracción de deber que el “*quantum*” de la aportación de cada interviniente en el hecho, por ser la lesión de una institución positiva mediante la infracción del deber lo único que en estos delitos puede decidir la responsabilidad criminal. En mi opinión, aunque la tesis de SÁNCHEZ-VERA tiene la virtud de reflejar lo que hay de simbólico, de comunicativo en el delito, no consigue aprehender la auténtica esencia del concepto de delito. Según creo, si el legislador ha decidido proteger, por ejemplo, el correcto funcionamiento la Administración de Justicia, ello no puede obedecer, simplemente, a que se pretenda obligar al sujeto a crear positivamente “un mundo en común” con los ciudadanos generando la expectativa de que, por ejemplo, las resoluciones judiciales van a ser dictadas correctamente; sino a que el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia es importante para cualquier sistema social que pretenda funcionar con normalidad. Del mismo modo, si tiene sentido castigar con pena a la madre que deja morir de inanición a su hijo recién nacido, debe entenderse que ello no se debe, simplemente, a que la madre no ha fomentado positivamente la especial relación de solidaridad que le vincula a su hijo, sino a que su hijo ha muerto, y su vida constituye un bien merecedor de protección penal en cualquier sociedad mínimamente civilizada.

Contra la teoría de los delitos de infracción de deber de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA también cabe oponer que, en algunos casos, puede atentar, incluso, contra el principio de legalidad. En efecto, sorprende que

⁴⁸² Vid. JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., 25/46.

tanto JAKOBS como SÁNCHEZ-VERA afirmen que en los delitos de infracción de deber da exactamente igual si el sujeto actúa u omite, porque no puede olvidarse que, por más que exista un sujeto cualificado en el sentido del tipo penal, si dicho sujeto no realiza el comportamiento previsto en el tipo, es evidente que nunca podrá realizar el tipo. Ciertamente, en ocasiones, los tipos penales especiales se encuentran redactados de tal modo que, en efecto, la conducta típica puede ser realizada tanto por acción como por omisión. Ello sucede, por ejemplo, en el § 340 StGB. Según este precepto, el funcionario responderá como autor de un delito de lesiones corporales de funcionario cuando, “en el ejercicio de su servicio o en relación con su servicio, *cometa o deje cometer* una lesión corporal”. Sin embargo, como ya ha sido apuntado, ello no siempre ocurrirá. Así, por ejemplo, en el delito de revelación de secreto profesional (§ 203 StGB), el legislador castiga al profesional que “hace público” un secreto que le ha sido confiado por razón de su profesión. ¿Cabe responder en este supuesto en comisión por omisión? ¿Considera el legislador de igual gravedad el comportamiento activo que el omisivo en este ámbito?

La crítica que acaba de ser planteada nos permite enlazar con la polémica que ha suscitado en la doctrina alemana la resolución de la problemática que plantea la participación de un “*extraneus*” en el delito de puesta en libertad de presos (§ 120 StGB). En opinión de la doctrina dominante en Alemania, cuando un “*extraneus*” ayuda a un funcionario encargado de la vigilancia de presos en una cárcel a no evitar la puesta en libertad a los presos que tiene a su cargo, no debe responder como partícipe en el delito especial del funcionario (§ 120.2 StGB), sino, en aplicación del § 28.2 StGB, como partícipe en el delito común del § 120.1 StGB. La razón invocada por este sector doctrinal mayoritario es la siguiente: en estos casos, el funcionario de prisiones, además del delito especial del § 120.2

StGB, comete, en concurso de leyes, el delito común del § 120.1 StGB, por lo que el “*extraneus*” también participa en los dos delitos, siendo el segundo título de imputación en juego (participación en delito común) el más específico para él (principio de especialidad).

Frente a esta solución mayoritaria, SÁNCHEZ-VERA opone que la premisa de la que parte la doctrina dominante es incorrecta, porque el funcionario vigilante que omite evitar la huida de los presos que se encuentran a su cargo solo realiza el tipo del § 120.2 StGB, no, en cambio, el del § 120.1 StGB, de modo que el primer delito constituye, en realidad, el único delito en el que puede participar un “*extraneus*”. Según SÁNCHEZ VERA, ello es así porque, si se hace abstracción mental de los elementos especiales de autor, en el caso del vigilante del presos es evidente que no concurre un tipo básico, porque, abstracción hecha de la condición de funcionario del sujeto, el sujeto dejaría de ser garante del resultado del tipo del § 120.1 StGB.

Para terciar con criterio en esta discusión entre SÁNCHEZ-VERA y la doctrina dominante en Alemania, creo que lo correcto es destacar que SÁNCHEZ-VERA alcanza la solución correcta del problema, aunque resulta más atendible, sin embargo, la argumentación de la doctrina dominante.

En efecto, creo que SÁNCHEZ-VERA tiene razón cuando entiende que el partícipe extraño debe responder por el delito especial, pero considero que se equivoca, en cambio, cuando niega que el funcionario vigilante también realiza el tipo común del § 120.1 StGB. Para comprobar si el referido concurso de leyes entre la autoría del delito del § 120.1 y el del § 120.2 StGB tiene lugar o no, no es necesario —como pretende

SÁNCHEZ-VERA— hacer abstracción mental del elemento personal que limita la autoría en el delito especial. También el funcionario del § 120.2 StGB se encuentra, sin duda, entre los posibles autores del § 120.1 StGB (“*Wer*”). Tanto el extraño partícipe, como el “*intraneus*” autor, *además* de intervenir en el delito especial, lo hacen en uno común. Tanto al “*intraneus*” como al “*extraneus*” se les castigará por su intervención en el delito especial, en virtud del principio de especialidad. En el caso del § 121.2 StGB ello parece ser también así, en la medida en que tanto el “*intraneus*” como el “*extraneus*” se encuentran en un concurso de leyes: el primero realiza tanto el tipo del § 120.2 StGB como el del § 120.1 StGB, debiendo aplicarse el primero en virtud del principio de especialidad; el segundo induce a un delito del § 120.2 StGB y también a uno del § 120.1 StGB, debiendo aplicarse la primera calificación en virtud del principio de especialidad.

Según creo, el equívoco de SÁNCHEZ-VERA probablemente traiga causa de su concepción del concurso de leyes como concurso no real, sino *aparente* de leyes. Como ya se indicó *supra*, esta forma de entender los concursos de leyes no es, sin embargo, merecedora de apoyo.

Por último, debe recordarse que al inicio del presente apartado destinado a la valoración crítica de la concepción defendida por JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA se señaló que la tesis según la cual carece de sentido la distinción entre delitos especiales propios e impropios, ya que todos los delitos de infracción de deber merecen recibir el mismo tratamiento, defendida por estos dos autores, es merecedora de una valoración plenamente positiva.

Sin embargo, ello no significa que, tal y como proponen JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA, todos los casos de participación en delitos consistentes en la infracción de deber deban ser resueltos mediante la aplicación del § 28.1 StGB.

Recuperando el argumento histórico de GRÜNWALD, apoyado desde estas líneas con motivo de la crítica a la solución “*de lege lata*” sugerida por WAGNER, CORTÉS ROSA y ROXÍN, debe recordarse que, aunque la solución de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA es atendible “*de lege ferenda*”, lo cierto es, sin embargo, que, aunque ello resulte sin duda criticable, el legislador alemán dispuso la regulación prevista en el § 28.2 StGB pensando, entre otros elementos, en aquéllos que agravan o atenúan la pena en los delitos especiales impropios, por lo que la interpretación de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA daría lugar a una aplicación analógica del § 28.1 StGB probablemente “*in malam partem*”.

Además, puesto que el § 28.2 StGB se refiere, de modo absolutamente idéntico al § 28.1 StGB, a los “*elementos personales especiales*” (“*besondere persönliche Merkmale*”), y nadie —ni siquiera JAKOBS o SÁNCHEZ-VERA— duda que el § 28.1 StGB incluye los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales propios, parece casi obligado admitir que mediante el § 28.2 StGB, el legislador ha partido de la premisa de que aquellos elementos también pueden modificar la pena en los delitos especiales.

7.4. *Exposición de las teorías del injusto especial no directamente vinculadas a la idea de deber jurídico especial*

7.4.1. *La tesis de VOGLER*

VOGLER distingue entre tres clases de elementos limitadores de la autoría: elementos objetivos de autor que describen determinados ámbitos de la vida o situaciones sociales; elementos objetivos de autor que describen modalidades de conducta especialmente peligrosas; y, en tercer lugar, elementos objetivos de autor que describen posiciones especiales de deber.⁴⁸³

a) *Elementos objetivos de autor que describen la acción típica en determinados ámbitos de la vida o situaciones sociales*

Según VOGLER, en algunas ocasiones, el legislador restringe el círculo de posibles autores de ciertos delitos con la finalidad de describir la acción típica en ciertos ámbitos o situaciones. Ello sucede, por ejemplo, en los delitos de amotinamiento de presos (§ 121 StGB), alejamiento no permitido del lugar del accidente (§ 142 StGB), apropiación indebida (§ 246 StGB), alzamiento de bienes (§ 288 StGB) y puesta en peligro de transporte marítimo, terrestre y aéreo mediante mercancías (§ 297 StGB). Para VOGLER, estas cualificaciones no expresan un injusto específico, sino que constituyen elementos sin sentido o valorativamente neutrales.⁴⁸⁴ Mediante estos elementos, el legislador plasma en la ley el resultado de sus consideraciones político-criminales de naturaleza prejurídica, determinando cuáles son los comportamientos que deben ser castigados con pena. Según VOGLER, en esta clase de delitos, no existe motivo alguno para hacer una

⁴⁸³ *Vid.* VOGLER, “Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt”, *FS-Lange*, pp. 277 ss.

⁴⁸⁴ *Vid.* VOGLER, *FS-Lange*, p. 277.

excepción al principio de accesoriedad de la participación del “*extraneus*”.⁴⁸⁵

b) *Elementos objetivos de autor que describen modalidades de conducta especialmente peligrosas*

En aquellos delitos en que el legislador ha limitado el círculo de posibles autores en atención a la mayor peligrosidad de la conducta, VOGLER entiende que el partícipe “*extraneus*” debe responder con la misma pena que el autor cualificado. Así, por ejemplo, en el delito de pertenencia a una banda (antiguo § 244 núm. 3, actual § 127 StGB), el legislador castiga a sus miembros, no porque los considere sujetos más peligrosos, sino porque la existencia misma de la banda, al representar la implicación de una pluralidad de personas en el hecho delictivo, supone un incremento de la peligrosidad de la conducta. De este modo, puesto que el tercero que, sin pertenecer a una banda, facilita a alguien el acceso a la misma contribuye a este aumento de la peligrosidad objetiva de la conducta, debe responder, para VOGLER, con la misma pena que el autor cualificado.⁴⁸⁶

c) *Elementos objetivos de autor que describen posiciones especiales de deber*

Completamente distinto es —prosigue VOGLER— el tratamiento que merecen los supuestos en que el legislador emplea la calificación del autor para describir una posición de deber especial. Según VOGLER, en

⁴⁸⁵ Vid. VOGLER, *FS-Lange*, p. 277.

⁴⁸⁶ Vid. VOGLER, *FS-Lange*, p. 278.

algunos delitos especiales, como, por ejemplo, en los delitos de funcionario, los elementos que cualifican al autor sirven para describir una posición de deber especial. En opinión del autor que nos ocupa, estos elementos dejan en los delitos que los contienen una marca ético-valorativa adicional que va más allá de la normal dañosidad social de todo delito. El auténtico motivo del mayor merecimiento de pena que tiene para el legislador la vulneración del deber reside, para VOGLER, en la relación social en que se encuentra el funcionario. El rol social que el funcionario desempeña genera una tal clase de confianza en él que si el referido sujeto quebranta el derecho, entonces su conducta aparece como especialmente reprochable. De la titularidad del rol de funcionario se desprende la expectativa de que se comporte con fidelidad al deber. La vulneración del deber por parte del funcionario defrauda la confianza que la ley ha depositado personalmente en el funcionario.⁴⁸⁷ La consecuencia de esta vulneración personal del deber es la defraudación de la confianza de la colectividad en el correcto funcionamiento de la Administración. En palabras de VOGLER: “De acuerdo con baremos valorativos de carácter ético, la vulneración del deber adquiere su injusto específico por medio de la ruptura del tipo de confianza (*“Vertrauenstatbestand”*) basado en el rol social. Mediante la participación en el delito de función pública, el partícipe no se incorpora a este rol social. Porque la “confianza” implica una relación referida a la persona, altamente personal. Según esto, siempre seguirá existiendo una diferencia cualitativa entre la vulneración del deber del propio portador del rol y el favorecimiento de su vulneración. Esta diferencia cualitativa, que se fundamenta en la confianza personal, de la que solo disfruta el funcionario público, y no el sujeto no cualificado,

⁴⁸⁷ Vid. VOGLER, *FS-Lange*, p. 279.

justifica el relajamiento o interrupción de la accesoriedad en los delitos de función pública”.⁴⁸⁸

7.4.2. *La tesis de LANGER*

En el trabajo que constituyó la aportación de LANGER al Libro-Homenaje a Richard LANGE, aquel autor se ocupó monográficamente del concepto de “elementos personales especiales” en el sentido del § 28.2 StGB. Esta categoría comprende para LANGER todos aquellos elementos (objetivos y subjetivos) típicos del delito que caracterizan el sujeto del tipo, como, por ejemplo, “hombre” (“*Mann*”, § 183 StGB), “madre” (“*Mutter*”, antiguo § 217, ya derogado), “funcionario público” (“*Amsträger*”, § 331 StGB), “por codicia” (“*aus Habgier*”, § 211 StGB), “con malicia” (“*böswillig*”, § 223 b StGB) o “con intención” (“*beabsichtigt*”, § 225 StGB). A los elementos personales especiales se oponen, señala LANGER, los elementos *objetivos*, que no contribuyen de ninguna forma a la caracterización del sujeto del delito, como, por ejemplo, la descripción del resultado (“*muerte de una persona*”, § 222 StGB) o la descripción del medio del hecho (“*por medio de un arma*”, § 223 a StGB).⁴⁸⁹

Más difícil resulta para LANGER resolver la cuestión de cuáles de estos elementos deben ser considerados “*especiales*”. Aquí reside para LANGER el problema nuclear de la determinación del concepto. Constata LANGER que ni la interpretación *histórica*, ni la *literal*, ni tampoco por la vía de una interpretación *sistemática* se puede alcanzar resultado positivo alguno sobre el término “especiales” referido a los “elementos

⁴⁸⁸ Vid. VOGLER, *FS-Lange*, p. 279.

⁴⁸⁹ Vid. LANGER, “Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale»”, *FS-Lange*, p. 258.

personales”.⁴⁹⁰ El fracaso de estas tres vías interpretativas justifica el recurso a los criterios *objetivo-teleológicos*. Señala LANGER que el Derecho penal consiste, sobre todo, en los postulados del principio de culpabilidad fundamentado en el merecimiento de pena, de la justicia y de la seguridad jurídica, sobre los que el tipo y las consecuencias jurídicas deben corresponderse entre sí de forma mesurada. LANGER se pregunta, por tanto, en relación con qué elementos personales deben ser “rotas” (“*durchbrochen*”) las reglas generales de la participación. Éstos, y no otros, son los elementos que, según el parecer de LANGER, deben ser calificados como “especiales” a los efectos del § 28 StGB.⁴⁹¹

Bajo este aspecto, LANGER diferencia los elementos personales del hecho penal según su función sistemática. Partiendo de este criterio, LANGER se pregunta en qué casos debe producirse la antes referida “ruptura” de las reglas generales de la participación y la consiguiente afirmación del carácter “especial” del elemento en cuestión. LANGER se plantea esta cuestión en relación con tres distintos tipos de elementos: elementos autónomos de merecimiento de pena, elementos autónomos de la culpabilidad y elementos autónomos del injusto.

a) *Elementos autónomos de merecimiento de pena*

Partiendo del ejemplo del elemento de la habitualidad en la usura habitual de crédito (antiguo § 302 d StGB, actual § 291.1.2 StGB) LANGER considera que en esta clase de elementos debe descartarse ya desde el principio la antes referida ruptura de las reglas generales de la

⁴⁹⁰ Vid. LANGER, *FS-Lange*, pp. 258 s.

⁴⁹¹ Vid. LANGER, *FS-Lange*, p. 259.

participación y su consideración de elementos personales “especiales”. Ello se debe, en opinión de LANGER, a que en estos elementos la imputación individual se deriva forzosamente ya del carácter preventivo-especial de estos elementos ⁴⁹².

b) *Elementos autónomos de la culpabilidad.*

LANGER pone como ejemplo de elemento autónomo de la culpabilidad la extramatrimonialidad en el infanticidio (antiguo § 217 StGB, actualmente derogado). El autor señala que, de acuerdo con los principios generales de la participación, a los que también pertenece el § 29 StGB, tan solo pueden ser imputados a aquél en quien concurren. De este modo, tampoco los elementos autónomos de la culpabilidad constituyen para LANGER “elementos personales especiales” en el sentido del § 28.2 StGB. ⁴⁹³

c) *Elementos autónomos del injusto*

En opinión de LANGER, el límite entre elementos personales generales y especiales transcurre dentro de los elementos personales del injusto. “Elementos personales especiales” son, según LANGER, aquellos elementos personales del injusto que permiten una imputación tan solo en el interviniente que él mismo lo realiza, mientras que la imputación de los restantes elementos del injusto se produce de acuerdo con las reglas de la accesoriedad. A juicio de LANGER, para la determinación de los elementos del injusto que permiten únicamente una imputación altamente

⁴⁹² Vid. LANGER, *FS-Lange*, p. 259.

⁴⁹³ Vid. LANGER, *FS-Lange*, p. 260.

personal, las categorías de la teoría tradicional del injusto, como la “referencia al autor”, el “injusto de la acción” o el “injusto personal”, son completamente inadecuadas.⁴⁹⁴ En su opinión, las categorías decisivas para la delimitación de elementos personales generales y especiales son las categorías “*injusto común*” e “*injusto especial*”. Todo injusto consiste en una “vulneración antinormativa de la comunidad” (“*rechtsnormwidrige Gemeinschaftswertverletzung*”) que aparece, desde un punto de vista objetivo, como lesión del bien jurídico (“*Rechtsgutverletzung*”) y desde un punto de vista personal como vulneración del deber como (“*Pflichtverletzung*”). Aquellos elementos del tipo penal que individualizan este contenido de injusto general, esto es, realizable por cualquiera, constituyen, para LANGER, elementos generales (del tipo) de injusto. Una tal vulneración antinormativa de los valores de la comunidad como elemento *absoluto* del injusto también se encuentra en la base del injusto especial, que incluye, adicionalmente, un elemento *relativo* del injusto. Este último elemento tiene, para LANGER, una doble dimensión *material* y *formal*. El elemento relativo del injusto consiste *materialmente* en la “puesta en manos” de concretos objetos de la comunidad a determinadas personas que modifica el injusto (“*unwertverändernde Überantwortung konkreter Gemeinschaftswertobjekte an bestimmte Personen*”). Por lo que respecta a la dimensión *formal* del elemento relativo del injusto LANGER la ve en la modificación de la urgencia de la correspondiente norma con respecto a aquellas personas; el elemento relativo del injusto (incrementa o atenúa), por tanto, especialmente con respecto a aquellos sujetos el injusto común que le sirve de base. Aquellos elementos de un tipo de delito

⁴⁹⁴ Vid. LANGER, *FS-Lange*, p. 260.

especial que individualizan lo especial de su injusto —esto es, el elemento relativo del injusto— son elementos especiales del (tipo de) injusto.⁴⁹⁵

Puesto que este injusto especial tan solo es comisible en su elemento relativo del injusto por los “*intranei*”, y, de acuerdo con el principio de que todo interviniente (no tan solo según su culpabilidad, sino también) debe ser castigado según su injusto, por ello también tan solo puede imputarse al “*intraneus*”, y, puesto que, por otra parte, son necesariamente elementos personales, estos elementos cumplen con todos los requisitos de la determinación conceptual pretendida. Son, por tanto, especiales elementos personales. Por el contrario, los elementos que describen exclusivamente la lesión del bien jurídico deben imputarse también como personales a los intervinientes según las reglas de la accesoriedad y no pertenecen, por ello, a los especiales elementos personales.⁴⁹⁶

Ya en su tesis doctoral, LANGER defendió también que los delitos especiales se distinguen de los delitos comunes por su contenido de injusto. Así, mientras que el injusto de los delitos comunes consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el de los delitos especiales está formado por dos distintos componentes: la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y la infracción de un deber específico que recae sobre el sujeto activo. Así, por ejemplo, el contenido de injusto completo del delito especial de deslealtad (“*Veruntreuung*”) —tipificado en el antiguo § 246.1, inciso 2º StGB, actual § 246.2 StGB— se compone de dos distintos aspectos: la apropiación de la cosa ajena contraria a derecho como lesión

⁴⁹⁵ Vid. LANGER, *FS-Lange*, p. 261.

⁴⁹⁶ Vid. LANGER, *FS-Lange*, p. 261.

del bien jurídico y la infidelidad como infracción de un deber específico. El injusto de los delitos especiales consta de un aspecto *especial* con respecto al injusto de los delitos comunes: la infracción de un deber. Por este motivo considera LANGER que el injusto de los delitos especiales es un injusto *especial*.⁴⁹⁷

LANGER considera que este elemento especial del injusto de los delitos especiales, la infracción del deber específico, se explica a partir de la existencia de una “relación especial socialmente reconocida” entre el sujeto cualificado por el tipo y el objeto de protección. Esta relación especial permite al sujeto activo incidir específicamente sobre el bien jurídico protegido. El bien jurídico se encuentra en el ámbito de influencia del sujeto. La conexión especial entre un sujeto específico y un determinado objeto valorado por la comunidad que caracteriza el injusto de los delitos especiales revela la voluntad de la sociedad de “poner en manos de” determinados sujetos de la protección de ciertos objetos dotados de un especial con valor social. LANGER expresa esta idea mediante el término “*Überantwortung*”.⁴⁹⁸

Pero no todos los delitos en que la autoría se encuentra restringida a un círculo limitado de sujetos constituyen para LANGER delitos especiales. Porque no puede decirse en todos ellos que se hace responsable al sujeto de la protección del bien jurídico. En un sentido próximo a la teoría de la norma especial distingue LANGER los delitos especiales de los comunes en atención a la mayor o menor urgencia de la “llamada de

⁴⁹⁷ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 229.

⁴⁹⁸ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 390 ss. y *passim*. Vid. sobre esto ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 40.

atención” que contiene la ley. En los delitos comunes, la ley contiene una “llamada *general*” a todos los sujetos, mientras que en los delitos especiales, en cambio, la ley incorpora una “llamada *más urgente*”, que presenta un aumento de la urgencia de la pretensión general y que se dirige tan solo a determinadas personas. Esta llamada más urgente constituye para LANGER, de este modo, un elemento específico de los delitos especiales.⁴⁹⁹

Opina LANGER que la “responsabilidad” de protección del bien jurídico del sujeto activo de un delito especial no siempre tiene el mismo fundamento. La restricción del círculo de posibles autores de los delitos especiales podrá atender, según LANGER, al tipo de objeto de protección, a la existencia de una especial situación fáctica creada por el autor, o a la existencia de una vinculación personal cualificada entre el sujeto y el objeto especial. La aplicación de estos tres criterios conduce en la concepción de LANGER a que la relación especial con el bien jurídico en que debe encontrarse el sujeto activo de un delito especial pueda ser de dos distintas clases: una relación natural de proximidad, por ejemplo, la relación existente entre padres e hijos; o una determinada relación de sujeción, como, por ejemplo, la relación del funcionario de ejecución con la paz familiar y la integridad corporal de los ciudadanos.⁵⁰⁰

Puede comprobarse como en la concepción de LANGER, sujeto y objeto se encuentran conectados por medio de una relación de naturaleza dialéctica. No resulta posible, por ello, comprender a autor y objeto de protección separadamente.⁵⁰¹ Nótese, por lo demás, el evidente paralelismo existente

⁴⁹⁹ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 230.

⁵⁰⁰ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 390 ss. y *passim*. Sobre esto *vid.*, además, STRATENWERTH, *FS-Bruns*, pp. 64 s.; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 41; SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, pp. 626 ss.

⁵⁰¹ Vid. SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 627.

entre la relación entre sujeto-objeto que en LANGER constituye la base misma del injusto especial para los delitos especiales, por una parte, y la concepción defendida por Armin KAUFMANN en su segunda formulación,⁵⁰² por otra. La diferencia entre ambos planteamientos reside en que, a diferencia de LANGER, KAUFMANN incorpora a la relación dialéctica referida por KAUFMANN el elemento del *sujeto pasivo* del delito.⁵⁰³ En la doctrina moderna, la concepción dialéctica de LANGER y KAUFMANN han encontrado reciente acogida entre la doctrina alemana (aunque con matices) en la concepción defendida por SCHÜNEMANN (“dominio sobre la falta de protección del bien jurídico” [*“Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsgutes”*]),⁵⁰⁴ y, entre nosotros, en el seno de una posición doctrinal sostenida por GRACIA MARTÍN (“delitos de dominio social” o “delitos especiales de garante”)⁵⁰⁵ y, recientemente, por su discípula RUEDA MARTÍN.⁵⁰⁶

7.4.3. *La tesis de DEICHMANN*

Siguiendo a LANGER, DEICHMANN toma como punto de partida de su concepción la idea de que el contenido material del injusto se caracteriza no solo por la lesión del bien jurídico contraria a la norma, sino, además, por una determinada relación del sujeto del delito con respecto al bien jurídico. Dicha relación modifica el desvalor de la lesión del bien jurídico. DEICHMANN acoge la calificación de la lesión del bien jurídico como “elemento absoluto del injusto”, y del segundo como “elemento relativo del injusto”.⁵⁰⁷

⁵⁰² Vid. KAUFMANN, ADPCP 1984, p. 12.

⁵⁰³ Vid. KAUFMANN, ADPCP 1984, pp. 12 s.

⁵⁰⁴ Vid. SCHÜNEMANN, ZSchR (97) 1978, pp. 152 ss.

⁵⁰⁵ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro*, I, pp. 354 ss.

⁵⁰⁶ Vid. RUEDA MARTÍN, “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, RDPC 2001, pp. 9 ss.

⁵⁰⁷ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstraftat ...*, cit., pp. 32 s.

Según DEICHMANN, la especial relación con el bien jurídico en que puede encontrarse el sujeto *puede* determinar la existencia de un contenido de injusto especial en la conducta. En ocasiones, la sociedad deposita en determinados sujetos una especial confianza en la custodia de ciertos bienes jurídicos, normalmente en atención a la posición social que aquellos ocupan. Se trata de casos en que la posición social posibilita al autor una específica relación con el bien jurídico. Solo entonces la posición social es relevante para el injusto.⁵⁰⁸

Para DEICHMANN, ello ocurre, por ejemplo, con los funcionarios públicos en el delito de quebrantamiento de custodia previsto en el § 133.3 StGB (“Quien comete el hecho en relación con una cosa que le ha sido especialmente confiada o a la que ha tenido acceso como funcionario o especialmente obligación a la prestación del servicio público, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con pena de multa”), o en el de lesiones corporales cometidas por funcionario (§ 340 StGB), y con aquellos que se encuentran en una especial relación de confianza, como, por ejemplo, en el caso de los delitos de apropiación indebida de cosa confiada al sujeto (§ 246.1 StGB) y administración desleal (§ 266 StGB).⁵⁰⁹

Según el § 266.1 StGB, “Quien abuse de la autorización que le ha sido conferida por ley, mandato administrativo, o negocio jurídico o vulnere el deber de salvaguardar intereses económicos ajenos que le obligue en virtud de ley, mandato administrativo, negocio jurídico o relación de confianza e irroga perjuicio económico a aquél por cuyos intereses patrimoniales tiene que velar, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa”. Señala DEICHMANN que la referencia del § 266 StGB a la existencia de una relación de confianza o jurídica de deber resultaba aún más evidente en la versión del precepto del StGB de 1871, abandonada

⁵⁰⁸ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, cit., p. 34.

⁵⁰⁹ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, cit., p. 33.

posteriormente por medio de la ley de reforma de 25 de mayo de 1933. Este precepto contenía incluso el recurso ejemplificativo a determinadas posiciones sociales.⁵¹⁰

DEICHMANN considera que el análisis de los presupuestos bajo los cuales debe fundamentarse el elemento relativo del injusto carecería de sentido si no se aceptase la idea de que determinadas posiciones sociales pueden crear especiales ámbitos sociales de influencia.⁵¹¹ Señala DEICHMANN a este respecto que una determinada posición social, un funcionario o un oficio, destaca al sujeto que en ella se encuentre en relación con sus posibilidades de influencia sobre determinados objetos de valoración colectiva en comparación con el resto de sujetos de derecho. Según DEICHMANN, aquel sujeto ocupa una “posición clave” (“*Schlüsselstellung*”) con respecto a la integridad de los objetos que se encuentran en su ámbito de influencia, en virtud de la cual la integridad de los objetos de protección depende de su comportamiento de modo especial.⁵¹² La relación con el bien jurídico tan solo puede ser establecida en relación con el círculo cerrado de objetos de protección con respecto a los cuales existe la posición clave.⁵¹³ A juicio de DEICHMANN, la posición clave debe estar basada, por tanto, en un especial ámbito social de influencia. La fundamentación casual de un ámbito de influencia, esto es, la fundamentación por el hallazgo de una cosa o por un curso salvador circunstancial, no constituye —afirma DEICHMANN— un auténtico ámbito especial de influencia, porque no consiste en una posición social,

⁵¹⁰ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 33.

⁵¹¹ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 33.

⁵¹² Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 35.

⁵¹³ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 35.

sino que, al contrario, el ámbito de influencia solo existe, precisamente, como consecuencia de la lesión preexistente del bien jurídico.⁵¹⁴

Las causas de aparición de una posición social y del consiguiente ámbito de influencia al que se refiere DEICHMANN pueden tener, desde la perspectiva adoptada por este autor, una doble naturaleza. Pueden ser, o bien fenómenos más o menos preexistentes al ordenamiento jurídico, como por ejemplo el matrimonio y la familia; o bien posiciones constituidas precisamente por el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo la relación de funcionario.⁵¹⁵

En este contexto, DEICHMANN propone la utilización del término “entrega” (“*Überantwortung*”) —sugerido con anterioridad por LANGER— para referirse a la idea de que, en algunos casos, la comunidad jurídica ha “puesto en manos” de determinados sujetos una específica función de protección en relación con los objetos del bien jurídico que se encuentran adscritos a su ámbito de influencia o les ha otorgado un específico permiso de disposición sobre los mismos.⁵¹⁶

Señala DEICHMANN que al aspecto objetivo se puede contraponer un aspecto personal, el injusto personal. La modificación relativa del desvalor de una lesión del bien jurídico debe ser considerada, según esto, también desde este aspecto. El contenido material de injusto de la “entrega” se presenta bajo el aspecto personal, por tanto, desde la perspectiva de aquél en cuyas manos se ha puesto la protección del bien

⁵¹⁴ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 35.

⁵¹⁵ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 36.

⁵¹⁶ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 37.

jurídico como un deber relativamente incrementado o disminuido de atención respecto del bien.⁵¹⁷

DEICHMANN se pregunta si el fundamento de la pena de la participación en el delito reside en que el partícipe toma parte en el injusto de la conducta del autor, o bien en el injusto de su propia conducta partiendo de la teoría del injusto personal, y de que los elementos personales especiales forman parte del injusto especial, DEICHMANN rechaza la teoría que fundamenta la pena de la participación en la causación del injusto del hecho principal del autor, porque no permite castigar a cada interviniente según el injusto personal por él realizado (§ 28.2 StGB).⁵¹⁸

Para DEICHMANN, desde la teoría del injusto personal y la fundamentación de la pena de la participación a partir de la idea del injusto propio, ni en los delitos especiales propios ni en los impropios — clasificación que DEICHMANN rechaza⁵¹⁹ — tiene sentido defender, “*de lege ferenda*”, la punibilidad del “*extraneus*” en los delitos especiales. Carece de lógica, a juicio de DEICHMANN, castigar al partícipe “*extraneus*” en un delito especial por el injusto del autor, porque el fundamento de la pena de un tal delito de partícipe no puede residir en la causación de una infracción ajena de deber. El núcleo del delito del partícipe es, también en los delitos especiales, el injusto común que está contenido en el correspondiente delito especial.⁵²⁰ No obstante, con la entrada en vigor del § 28.1 StGB, DEICHMANN se ve obligado a afirmar

⁵¹⁷ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ... cit.*, p. 39.

⁵¹⁸ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ... cit.*, p. 14.

⁵¹⁹ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ... cit.*, p. 5.

⁵²⁰ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ... cit.*, p. 15.

—del mismo modo que LANGER— que, “*de lege lata*”, la participación de extraños en delitos especiales propios es punible.⁵²¹

No obstante, DEICHMANN afirma que, pese a que el § 28 StGB impone el castigo del partícipe “*extraneus*” en un delito especial, ninguno de sus dos apartados declara, expresa o tácitamente, que el sujeto no cualificado deba responder por el injusto especial del autor. Este principio general lo establece el § 28.2 StGB, en cuya virtud cada interviniente en el hecho debe responder por el injusto de su conducta. Tampoco el § 28.1 StGB supone, para DEICHMANN, una excepción a este principio. En efecto, aunque dicho precepto declara punible la participación del “*extraneus*” en un delito especial propio, DEICHMANN considera que cabe interpretar dicho precepto entendiendo que el StGB presupone que el merecimiento de pena de la participación de un extraño en un delito especial propio consiste en que el sujeto no cualificado realiza como partícipe únicamente el injusto común también presente, en opinión de DEICHMANN, en el delito especial propio.⁵²²

7.4.4. *La tesis de GERL*

De acuerdo con la concepción de GERL, el § 28 StGB cumple la función de no imputar de un modo estrictamente accesorio aquellos elementos legales del injusto en cuyo contenido el interviniente que no los realice en su propia persona no pueda tomar parte por completo. Esto es lo que sucede, por una parte, con los elementos que describen la peligrosidad personal del autor, y, por otra, con todos los elementos legales que

⁵²¹ *Vid.* DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, cit., p. 15.

⁵²² *Vid.* DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, p. 16.

fundamentan el “injusto especial” de un delito especial. El punto de partida de GERL para la determinación del injusto especial realizado por los elementos personales especiales reside en la esencia misma del delito. Señala GERL que los arts. 1 y 20.2.1 de la GG alemana legitima al legislador a crear únicamente aquellos tipos penales cuya realización menoscabe la vida en común de las personas y sea, por ello, socialmente nociva. El daño social causado por el delito consiste, en opinión de GERL, en la perturbación de ciertas funciones esenciales para la vida en común de los ciudadanos. A dichas funciones GERL las denomina “bienes jurídicos”. A la vista de lo anterior, GERL llega a la conclusión de que todos los elementos que fundamentan o agravan la pena de un delito, incluidos los elementos personales especiales que fundamentan o agravan la pena, describen un comportamiento que menoscaba el bien jurídico.⁵²³

Así las cosas, GERL considera que también el injusto de los delitos especiales debe ser definido tomando como punto de referencia la idea de la protección de bienes jurídicos como funciones sociales o unidades funcionales. GERL ve el fundamento del injusto especial en la existencia de una relación especial con la unidad funcional respectivamente protegida. GERL explica esta relación especial del siguiente modo: sobre una persona individual puede recaer un rol especial relativo a una unidad funcional del sistema social necesaria para el sistema, de tal modo que él mismo tiene que cumplir la función especial en relación con la unidad funcional social referida a la existencia misma de la unidad. GERL engloba estos roles especiales bajo el supraconcepto de “posiciones de deber especial” (“*besondere Pflichtenstellungen*”). La desatención de la responsabilidad personal especial en relación con el bien jurídico que se

⁵²³ Vid. GERL, *Die besonderen persönlichen Merkmale ...*, cit., pp. 72 ss.

deriva de la función provoca la lesión del bien jurídico, y con ello, queda gravemente comprometido el normal funcionamiento del sistema social. La conducta del sujeto especialmente obligado tiene, por ello, un mayor contenido de injusto, por lo que también le corresponde una pena superior. Algunas de estas posiciones de deber especial son, para GERL, el deber legal de alimentos del § 170 b StGB, el de custodia y formación del § 170 d StGB, el de asegurar los intereses patrimoniales ajenos del § 266 StGB, determinados deberes profesionales, como los del funcionario, médico o abogado en diversos delitos, o el deber de esperar en el lugar del accidente que resulta de la intervención en el mismo. Todos estos ejemplos consisten en deberes que no recaen sobre cualquier sujeto. Los elementos que describen dichos deberes merecen, en opinión de GERL, la consideración de “elementos personales especiales” a los efectos del § 28 StGB, y del relajamiento de la accesoriedad que este precepto dispone.⁵²⁴

Frente a estos elementos, GERL distingue una segunda clase de elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales. Se trata de los elementos objetivos de autoría que delimitan el círculo de autores sin establecer deberes especiales del autor. Algunos ejemplos de esta clase de elementos son, en opinión de este autor, los elementos “preso” del delito de amotinamiento de presos (§ 121 StGB), “hombre” del delito de exhibicionismo (§ 183 StGB), “viajero” o “marinero” del delito de puesta en peligro de vehículos marítimos, terrestres y aéreos (§ 297 StGB).⁵²⁵

7.4.5. *La tesis de HAKE*

⁵²⁴ Vid. GERL, *Die besonderen persönlichen Merkmale ...*, cit., pp. 82 s.

⁵²⁵ Vid. GERL, *Die besonderen persönlichen Merkmale ...*, cit., p. 83.

HAKE comparte la opinión, dominante en la doctrina, según la cual el fundamento de la participación en el delito reside en que constituye una lesión del bien jurídico mediante la intervención en el hecho principal de otro.⁵²⁶ En contra de la posición defendida por SCHMIDHÄUSER, LANGER Y DEICHMANN, también en los delitos especiales el alcance del injusto de la conducta del partícipe depende del injusto de la conducta del autor principal. El contenido de injusto de la participación debe determinarse de acuerdo con el injusto del hecho principal. En relación con la participación en los delitos especiales propios, esto significa que también el partícipe debe responder por la vulneración del deber del autor principal “*intraneus*”. Según HAKE, no es cierto —en contra de lo que afirma LANGER— que el § 28.1 StGB tenga carácter fundamentador de la pena del partícipe “*extraneus*” en un delito especial propio. Para HAKE, este precepto prevé, al contrario, una atenuación de la pena, presuponiendo, en consonancia con la doctrina dominante, la punibilidad del “*extraneus*”, que debe fundamentarse, por tanto, en la propia teoría de la participación, esto es, en los preceptos reguladores de la inducción y la complicidad.⁵²⁷ Indica HAKE que lo que caracteriza a los delitos especiales es que, en ellos, se produce la vulneración de un deber especial, y esta vulneración constituye una especie de lesión de un bien jurídico adicional. Es cierto —afirma HAKE— que el “*extraneus*” no vulnera personalmente el deber especial, pero sí que contribuye a su vulneración. Lo correcto es, según esto, imputar también al “*extraneus*” la vulneración del deber.⁵²⁸

⁵²⁶ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., pp. 70 y 75.

⁵²⁷ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 77 y nota 165.

⁵²⁸ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., pp. 80 s.

Por lo que respecta a los elementos del injusto que modifican la pena, la fundamentación de la pena de la participación en el delito conduce a HAKE a defender la imputación al partícipe de todos los elementos concurrentes en el autor. Según HAKE, la opinión dominante según la cual el “*extraneus*” que participa en un delito especial debe ser castigado como partícipe en el delito común paralelo, además de incurrir en la contradicción valorativa consistente en tratar de modo injustificadamente indiferenciado los elementos fundadores y los elementos modificadores de la pena, conduce a una solución que, en el caso de los elementos que agravan la pena, tampoco está en consonancia con la idea de la accesoriadad limitada.⁵²⁹

Desde la perspectiva de HAKE, que el partícipe “*extraneus*” deba responder por el delito especial no significa que su pena deba ser la misma que la del autor. La participación, ciertamente, representa un ataque al bien jurídico típicamente protegido, pero, recuerda HAKE, puede haber elementos del injusto cuya eficacia agravante se base también, o incluso exclusivamente, en circunstancias personales del autor que no ejercen influencia alguna en la lesividad del comportamiento. Señala HAKE que debe averiguarse si existen elementos que caractericen la configuración concreta del hecho principal en el que toma parte el partícipe que no se limiten a describir el modo y la forma en que se produce la lesión del bien jurídico como tal. Esto es, “elementos personales especiales”. Dichos elementos deben ser tratados, en opinión de HAKE, de un modo no estrictamente accesorio. Porque, puesto que el injusto de la participación debe verse en un ataque al bien jurídico típicamente protegido que se produce por medio de la intervención en el hecho de otro, debe tener lugar

⁵²⁹ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 86.

una disminución del injusto en los casos en que falten aquellos elementos que describan el contenido de injusto del hecho principal en su contenido personal desconectado de la lesión del bien jurídico.⁵³⁰

En los delitos especiales, el legislador hace depender la realización del tipo de una determinada cualidad del autor. Esta cualidad puede consistir, en primer lugar, en un elemento descriptivo de la modalidad específica de la lesión del bien jurídico, sin que con ello se declare, al mismo tiempo, nada sobre el círculo de destinatarios de la norma.⁵³¹ En segundo lugar, en los “auténticos” delitos especiales, el elemento de autoría utilizado por el legislador puede cumplir la función de determinar el círculo de personas realmente afectado por la prohibición o la prescripción principal. La cualidad del sujeto que aparece en los auténticos delitos especiales no consiste, exclusivamente, en un elemento de la acción, sino en un elemento del autor. En los auténticos delitos especiales, el legislador no trata solo de describir la naturaleza de la acción típica, sino también de determinar el círculo de los destinatarios de la prohibición.⁵³² Así, por ejemplo, el hecho de que la ley exija como sujeto de la acción de los delitos de función pública a un funcionario, no solo tiene la función de describir la acción del tipo como tal, sino que por esta vía se delimita el círculo de aquellos a quienes en realidad les está prohibido el comportamiento correspondiente. El círculo de destinatarios consiste, en la mayor parte de las ocasiones, en personas que se encuentran en una relación especial con el bien jurídico protegido y de los que la ley debe exigir en especial medida la

⁵³⁰ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., pp. 97 s.

⁵³¹ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., pp. 102 s.

⁵³² Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 103 y nota 245.

obediencia de la norma.⁵³³ Por ello, el funcionario público competente responde en mayor medida de la corrección del contenido de los documentos públicos que un sujeto que no lo sea, de modo que puede afirmarse que el ordenamiento jurídico le exige en mayor medida el respeto de este bien jurídico.⁵³⁴

En opinión de HAKE, la prohibición de participar en un auténtico delito especial alcanza, en contra de lo que sucede con la prohibición de la comisión en autoría, a todos los sujetos de derecho. La infracción de la norma de un sujeto no cualificado por medio de la participación en un delito especial caracterizado por una de aquellas cualidades de autor es menos grave que el caso tipificado, puesto que el partícipe no ocupa la posición especial de confianza que permite presentar el ataque al bien jurídico protegido como especialmente grave. Esto se basa en que el derecho no puede exigirle un comportamiento conforme a la norma en la misma medida que al autor mismo. Porque en los delitos cuyo círculo de autores se encuentra limitado y esta limitación se basa precisamente en una responsabilidad especial del autor para el bien jurídico protegido, debe tenerse en cuenta que un partícipe no presenta esta responsabilidad, ni la especial relación de proximidad (“*Nähebeziehung*”) con el bien jurídico que de ella se deriva. El mandato de la norma dirigido al “*extraneus*” presenta en estos casos una intensidad inferior. Las exigencias del derecho con respecto al “*extraneus*” son menos estrechas que en relación con aquél que, en su calidad de perteneciente a un determinado círculo de personas, es sometido por el ordenamiento jurídico al deber en mayor medida. El

⁵³³ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 103.

⁵³⁴ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., pp. 103 s.

injusto de la acción del partícipe es para HAKE, en consecuencia, inferior en relación con el del autor.⁵³⁵

Apunta HAKE que esta “relación de proximidad” no debe ser confundida con la “distancia” en el sentido de ROXIN. Mientras que en la base de la exclusión de la posibilidad de que los “*extranei*” sean autores de un delito especial se encuentra en ROXIN una delimitación meramente formal, la relación de proximidad aludida por HAKE se basa en la responsabilidad del autor, fundamentada materialmente, por el bien jurídico afectado. No es solamente la vulneración del deber lo que incrementa el injusto del “*extraneus*”, sino su responsabilidad por el bien jurídico, única de la que resulta el deber especial.⁵³⁶

HAKE reconoce que no es el primer autor en defender la idea de la intensidad disminuida del mandato de la norma que se dirige al “*extraneus*” a la que acaba de hacerse referencia, que este autor describe con el término “variación de la urgencia” (“*Dringlichkeitsabwandlung*”) como fundamento de una disminución del injusto del partícipe “*extraneus*”, ya que dicho razonamiento también se encontraba en la base de las concepciones de LANGER⁵³⁷ y STEIN.⁵³⁸

A pesar de llegar a soluciones diferentes, HAKE reconoce que su concepción se aproxima a la de LANGER. El criterio de la “puesta en manos” del sujeto cualificado de la protección del bien jurídico defendido por LANGER es considerado por HAKE, en cualquier caso, como un criterio que tan solo explica uno de los posibles fundamentos de la aparición de la responsabilidad especial del autor con respecto al bien jurídico. A HAKE le parece igualmente imaginable que el derecho someta al individuo a la obligación especial también sin la existencia de una “entrega” en el sentido aludido por LANGER. En su opinión, ello sucede, por ejemplo, cuando el bien jurídico no ha sido “puesto en manos” del autor, sino que ya se encuentra en sus manos. La “entrega” referida por LANGER consiste en un acto meramente

⁵³⁵ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 104.

⁵³⁶ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 104 y nota 247.

⁵³⁷ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 424 ss.

⁵³⁸ Vid. STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, cit., pp. 75 ss.

ficticio, por lo que tienen más sentido, según HAKE, referirse directamente a la relación entre el autor y el bien jurídico.⁵³⁹

STEIN, por su parte, separa de forma drástica, adhiriéndose a RUDOLPHI, entre la norma de comportamiento general-abstracta y el deber de comportamiento que se deriva para el particular.⁵⁴⁰ La urgencia reducida de la norma de comportamiento debe conducir, según este autor, a que de ella se deriven menos deberes de comportamiento concretos para el partícipe que para el autor. La urgencia reducida del deber de comportamiento se desprende, por el contrario, de la medida de la preponderancia de los puntos de vista correspondientes en relación con ella. Señala críticamente HAKE que STEIN deja sin contestar la pregunta de en qué momento debe completarse la variación de la urgencia. Señala HAKE que es preciso tener en cuenta que también el partícipe puede ser un “obligado especial” (“*Sonderpflichtiger*”), para el que el “tú no debes inducir a un (determinado) delito especial” rija con la misma urgencia que para el autor principal mismo. La variación de la urgencia que disminuye el injusto no tiene lugar, para HAKE, en el momento de la norma de comportamiento general-abstracta, sino que está referida al destinatario y ocupa un lugar ya en la concreción de la norma abstracta de comportamiento en relación con el deber concreto de comportamiento del particular.⁵⁴¹

En suma: a juicio de HAKE, en determinados delitos, la prohibición o mandato que se dirige al partícipe pueden ser menos intensos que el mencionado en el tipo correspondiente. Pero esta intensidad no sirve para determinar el bien jurídico protegido o la modalidad del ataque dirigido contra éste. Tan solo afecta a la cuestión de la antinormatividad cuantitativa del comportamiento. Sobre la base de la naturaleza accesoria de la participación, esto conduce a la necesidad de tener en consideración por medio de una disminución de la pena la circunstancia de que al contenido de injusto del comportamiento del partícipe le falta este aspecto del injusto referido al bien jurídico. Con ello se pone de manifiesto que pese a la dependencia del contenido del injusto de la participación con

⁵³⁹ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., pp. 105 s.

⁵⁴⁰ Vid. STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, cit., p. 106.

⁵⁴¹ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 106.

respecto al hecho principal, su contenido de injusto puede ser disminuido por la menor intensidad de la prohibición dirigida al partícipe.⁵⁴²

En opinión de HAKE, las concretas posiciones de deber contenidas en el § 28 StGB son: la cualidad de funcionario,⁵⁴³ el deber de guardar secreto (§ 203 StGB),⁵⁴⁴ el deber de velar por el patrimonio (§ 266 StGB) y de tener confiada la cosa (§ 246.2 StGB),⁵⁴⁵ la posición de garante en el delito de omisión impropia⁵⁴⁶ y las relaciones de deber mencionadas en el antiguo § 223 StGB, actual § 225 StGB (malos tratos de sujetos necesitados de protección).⁵⁴⁷

Mucho más discutible le parece a HAKE la afirmación de este extremo en relación con la posición como testigo o como perito en los delitos de declaración, la posición de deudor (§§ 283 StGB —bancarrota— y 288 StGB —quebrantamiento de ejecución forzosa—), la cualidad de interviniente en un accidente (§ 142 StGB), y la cualidad como hombre (§§ antiguo 175 StGB —homosexualidad masculina— y 183 StGB —actividades exhibicionistas—).

Por lo que respecta a si la posición como testigo o como perito en los delitos de declaración representa un elemento que justifique la aplicación del § 28.1 StGB, HAKE se pregunta si los delitos de declaración son delitos de propia mano. En contra de la aplicabilidad del § 28 StGB a esta constelación de

⁵⁴² Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 107.

⁵⁴³ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 107.

⁵⁴⁴ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 109.

⁵⁴⁵ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 109 y nota 109.

⁵⁴⁶ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 110.

⁵⁴⁷ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 110.

supuestos podría hablar el hecho de que el bien jurídico protegido, esto es — en opinión de doctrina y jurisprudencia—, la Administración del Justicia, posiblemente solo puede ser puesto en peligro mediante la declaración de las personas comprendidas en los §§ 153 a 156 StGB. Esto hablaría en favor de ver en la limitación del círculo de autores tan solo una delimitación en el sentido de que tan solo estas personas puede acceder en realidad al bien jurídico protegido.⁵⁴⁸ HAKE se muestra, sin embargo, en desacuerdo con esta posición, porque considera que la Administración de Justicia también puede ser puesta en peligro por declaraciones distintas a las que los §§ 153 ss. StGB castigan con pena. La limitación del círculo de autores debe tener, en opinión de HAKE, otro fundamento. Éste podría ser, en su opinión, la posición especial de deber del destinatario de la norma.⁵⁴⁹ El hecho de que el legislador ha sometido al que declara al deber en especial medida se desprende de la pena prevista en estos preceptos con la prevista en el § 160 StGB para el sujeto que induce a otro a prestar una declaración falsa. La importante diferencia de pena entre los referidos preceptos está motivada porque en el hecho del que declara directamente tiene lugar la vulneración de un deber que le alcanza personalmente e independiente de la lesión del bien jurídico. Señala HAKE que la justificación material de este deber puede encontrarse, sobre todo, en el hecho de que la resolución judicial depende en gran medida de la observancia del testigo o de las partes, así como de la posibilidad de confiar en los peritos. A esto debe añadirse la advertencia que se dirige al sujeto que debe declarar recordándole su deber de veracidad en la prestación de su declaración. También en los delitos de declaración es posible observar, para HAKE, en suma, la presencia de una intensidad incrementada con la que la ley exige el respeto del bien jurídico, de modo que la posición como funcionario o como perito, así como la posición de parte en los §§ 153 y 154 StGB, deben ser contempladas como elementos personal especial.⁵⁵⁰

La doctrina está dividida en torno a la cuestión de si la posición de deudor de los §§ 283 y 288 StGB representa un elemento personal especial.⁵⁵¹ En opinión de HAKE, carece de sentido afirmar la existencia de un deber especial que recae sobre el deudor, ya que no existe motivo alguno para que el deudor deba responder en una medida especial de la posibilidad de que los derechos del acreedor se vean fácticamente satisfechos. A HAKE le parece más convincente afirmar que por medio de la tipificación de los §§ 283 y 288 StGB, el legislador se ha decidido por una protección fragmentaria, tipificando únicamente los supuestos típicos de la frustración de los derechos del acreedor. El que la causación del perjuicio al acreedor deba ser producida por el deudor mismo es para HAKE, en consecuencia, un elemento que

⁵⁴⁸ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 111, nota 274.

⁵⁴⁹ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 111.

⁵⁵⁰ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 112.

⁵⁵¹ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 113.

únicamente describe la modalidad de la lesión del bien jurídico penalizada. Se trata, por tanto, de un “elemento referido al hecho” (“*tatbezogenes Merkmal*”).⁵⁵²

La cualidad de interviniente en el accidente constituye, en opinión de HAKE, una circunstancia que describe exclusivamente los menoscabos de las pretensiones civiles que deben realizar el tipo, sin que con ello se declare nada sobre una responsabilidad incrementada. HAKE no advierte por qué motivo debería recaer sobre el interviniente en el accidente que entra en consideración únicamente como autor tan solo por razón de su posible contribución a la causación un deber especial de aseguramiento de las pretensiones de los restantes intervinientes. Según HAKE, este extremo queda demostrado por medio de una comparación con el delito previsto en el § 323 c StGB (“omisión de la prestación de auxilio”). Este último precepto establece para el mero causante deberes de solidaridad únicamente en caso de peligros graves que se limiten por medio del criterio de la exigibilidad. En opinión de HAKE, tan solo podría deducirse una responsabilidad especial del interviniente en el accidente que incremente el injusto si la cualidad de autor presupusiera en el § 142 StGB una contribución a la causación del accidente que infrinja un deber, de modo que pudiera resultar una forma de responsabilidad parecida a la injerencia. Pero esta idea es, sin embargo, incompatible con el tenor literal del § 142 StGB, que considera autor a todo aquel cuyo comportamiento haya podido contribuir, de acuerdo con las circunstancias, a la causación del accidente.⁵⁵³

Tampoco merece para HAKE la consideración de elemento personal especial la cualidad de hombre del delito previsto en el § 183 StGB (actividades exhibicionistas), porque la pertenencia a un determinado sexo no sirve, en su opinión, para fundamentar una responsabilidad especial. Cuando el legislador limita la punibilidad al exhibicionismo masculino, lo único que se expresa con ello es, a juicio de HAKE, la valoración de que éstas son las únicas formas que el legislador considera tan peligrosas como para castigarlas con pena.⁵⁵⁴

En suma: en la concepción de HAKE, la cuestión de si un determinado elemento constituye un deber especial del autor depende de si el elemento designa una responsabilidad especial del autor en relación con el bien jurídico protegido, que le conduzca —y solo a él— a un incremento

⁵⁵² Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 113.

⁵⁵³ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., pp. 113 s.

⁵⁵⁴ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit* ..., cit., p. 114.

de la intensidad con la que el derecho le reclama el cumplimiento de la norma.⁵⁵⁵

7.5. *Valoración crítica de las teorías del injusto especial no directamente vinculadas a la idea de deber jurídico especial*

Como ya ha sido expuesto *supra*, la teoría del injusto especial presenta a los delitos especiales como aquellos delitos de los que solo pueden ser autores ciertos sujetos que pueden incidir de un modo especial en el bien jurídico gracias a la *posición* que ocupan o la *situación* en que se encuentran. La limitación de la autoría en los delitos especiales no trae causa —según los defensores de la teoría que nos ocupa— de *quién* o *cómo* es el sujeto, sino de la *posición* ocupada por éste o la *situación* en que se encuentra. Con el recurso a esta idea, la teoría del injusto especial viene a oponerse, con razón, a uno de los más antiguos y pesados lastres que los delitos especiales se han visto obligados a arrastrar: los delitos especiales son delitos “estamentales” o “de clase”. En el Derecho penal del Antiguo Régimen, e incluso en el Derecho penal liberal clásico, los delitos especiales fueron merecedores, ciertamente, de este calificativo. En efecto, los delitos especiales constituyeron en sus orígenes delitos cuya autoría se encontraba limitada a una especie particular de seres humanos: los sujetos pertenecientes a ciertas *clases* o *estamentos* sociales. Según este concepto de delito especial, esta constelación delictiva constituía uno de los más claros paradigmas del llamado Derecho penal “*de clases*” o “*estamental*”, defendido hasta principios del siglo XX en Alemania por algunos de los

⁵⁵⁵ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 115.

más destacados representantes de la Escuela Clásica de Derecho penal, como Karl BINDING o su discípulo Johannes NAGLER.⁵⁵⁶

WAGNER criticó también la concepción de LANGE recuperando el argumento que ROXIN opuso a la tesis de NAGLER. En efecto, ROXIN consideró que la categoría de los delitos especiales, presente en la concepción de NAGLER, no comprende en realidad el momento decisivo para la autoría en los delitos de funcionario, porque, en opinión de ROXIN, no es la cualidad de funcionario lo que convierte a alguien en autor de un delito. En opinión de WAGNER, la misma objeción puede formularse contra el elemento de LANGE de la “*adecuación a la autoría*”. Solo el sujeto no da lugar al delito. Esto rige en especial también para el delito de lesión corporal en el cargo, que no se agota, según WAGNER, en que un funcionario en el sentido del StGB maltrate corporalmente a alguien, sino que presupone que esto sucede en ejercicio o con ocasión del ejercicio de un cargo público. En opinión de WAGNER, la cuestión decisiva para la delimitación del delito común del delito de funcionario no consiste en si el autor tiene un “*status personal especial*”, sino si debe cometer el hecho en conexión interna con el ejercicio del cargo.⁵⁵⁷

Con la llegada de la idea de Estado social al Derecho penal se pasa a entender que el Estado solo estará legitimado para intervenir penalmente cuando persiga la protección de la sociedad mediante la evitación de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos. Desde el punto de vista del Derecho penal de un Estado *social* de derecho interesado por la protección de intereses socialmente valiosos, toda limitación legal arbitraria del círculo de posibles autores de un delito operada a partir de criterios desvinculados de la función de protección de bienes jurídicos resultaría sencillamente inadmisibles. Si lo que se pretende es evitar la lesión de bienes jurídicos, ello solo podrá conseguirse castigando únicamente a quienes puedan incidir especialmente sobre aquéllos por virtud de la posición social que ocupan. Desde esta perspectiva social, la idea de la

⁵⁵⁶ Vid. BINDING, *Die Normen ...*, I, cit., p. 127; NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., pp. 8 ss.

⁵⁵⁷ Vid. WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 67.

restricción del círculo de autores como acto de soberanía del legislador basado en la pertenencia formal del sujeto activo del delito a una clase o estamento —que encajaba adecuadamente en el marco de un Estado liberal extremo— debía ser, por tanto, superada. La teoría que se encargó de poner de manifiesto esta circunstancia, así como de materializar la referida superación, fue —y todavía lo es en la actualidad— la teoría del injusto especial.

Así lo entiende entre nosotros, en mi opinión con razón, SÁINZ DE ROBLES. Escribe SÁINZ DE ROBLES: “(...) los elementos del tipo de injusto del delito especial tienen que justificar la decisión de la ley. La acción descrita y el objeto de la acción, en su caso, por su relación con la posición del sujeto y con el bien jurídico, han de constituir la explicación objetiva de por qué hay un delito especial, que no una manifestación de Derecho estamental. (...) Es fundamental, pues, que la ley haya tomado en consideración la posición del sujeto”.⁵⁵⁸

Gracias a la contribución de esta teoría, los delitos especiales ya no son contemplados en la actualidad como un vestigio propio de un Derecho penal clasista. No cabe dudar, por tanto, que la referencia a la idea de injusto especial representó para la teoría de los delitos especiales un evidente progreso. Ello debe ser reconocido como un incuestionable mérito de la teoría que nos ocupa.⁵⁵⁹

Acaba de comprobarse que la teoría del injusto especial presenta a los delitos especiales como una categoría delictiva compatible con el Derecho penal de un Estado social. Pero la idea de que la restricción del círculo de autores debe fundamentarse en la existencia de una determinada relación *material* entre el sujeto y el bien jurídico protegido, defendida por la teoría del injusto especial, no solo encaja correctamente en el marco de

⁵⁵⁸ Vid. SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 629.

⁵⁵⁹ Así lo cree también SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 628.

un Derecho penal *social* protector de bienes jurídicos. La teoría del injusto especial también tiene la virtud de mostrar a los delitos especiales como una clase de delitos compatible con el Derecho penal de un Estado *democrático* respetuoso con el principio de igualdad. La teoría que nos ocupa demuestra que los delitos especiales no contradicen, por definición, el principio de igualdad ante la ley. Según la teoría del injusto especial, es cierto que la ley solo se dirige contra determinadas personas, y no, en cambio, contra todas. Pero no lo es menos —prosигuen los defensores de esta teoría— que ello no sucede de un modo *arbitrario*, sino en atención a la *posición social* especial ocupada por estas personas, así como a la relación de éstas con el bien jurídico protegido que dicha posición permite ostentar. De acuerdo con esta comprensión de los delitos especiales, si solo ciertos sujetos pueden ser autores de un delito especial, ello no se deberá a que sean como *son*, o a que pertenezca a una determinada clase social, sino a la *situación* o *posición* en que se *encuentran*. Sujeto activo de un tal delito no solo podrá serlo el sujeto perteneciente a una determinada “clase” o “especie” de personas, sino cualquier sujeto que alcance la cualidad, la condición, o la situación referida por la ley. Ello sucede, por ejemplo, en los delitos impropios de omisión, considerados por un amplio sector de la doctrina delitos especiales.⁵⁶⁰

Aunque es razonable poner en duda, ciertamente, que *todos* los delitos puedan ser explicados a partir de la referencia a la especial relación del sujeto con el bien jurídico protegido determinada por su posición o situación en la sociedad, no cabe negar, en cambio, que ello puede ocurrir al menos en algunos delitos especiales. En relación con estos últimos, ocurre que la limitación de la autoría a sujetos que se encuentran en

⁵⁶⁰ Vid. SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, pp. 628 s.

determinadas posiciones sociales no solo no se opone al principio de igualdad ante la ley, sino que constituye, al contrario, el único modo de respetarlo. Ello sucede, concretamente, en los delitos especiales impropios (así, por ejemplo, en el delito de malversación de caudales públicos en relación con el de apropiación indebida) y, sobre todo, en algunos subtipos agravados por razón del sujeto activo. Así, por ejemplo, seleccionar de entre los sujetos que pueden cometer un delito de detención ilegal (esto es, *todos*) a aquéllos que ocupan una posición social (la de autoridad o funcionario público) que les permita hacerlo con mayor facilidad, y castigarlos con mayor dureza (art. 167 CP) constituye una medida que respeta escrupulosamente el postulado *positivo* del principio de igualdad según el cual “lo desigual debe ser tratado de forma desigual”. En los delitos especiales propios, en cambio, la limitación de la autoría no es —en mi opinión— tanto consecuencia del principio de igualdad como de la propia *naturaleza de las cosas*. Por ejemplo: si el CP 1995 ha decidido restringir el círculo de autores del delito de prevaricación judicial (en sus distintas modalidades) a los Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales (arts. 446-449 CP), ello se debe a que la lesión del bien jurídico tan solo está al alcance de aquellos sujetos pertenecientes a alguna de las tres esferas sociales señaladas. En efecto, no puede obligarse a dictar una resolución judicial que no sea “injusta” a cualquier otra “clase” de sujeto, a un sujeto que, por no ser ni Juez, ni Magistrado, ni Secretario Judicial, no se encuentre habilitado para dictar resolución en el marco de un proceso judicial.

7.6. *Exposición de la teoría del bien jurídico especial*

7.6.1. *Introducción*

Según el parecer de un sector minoritario de la doctrina alemana, lo que distingue a los delitos especiales del resto de delitos es el carácter especial del bien jurídico que en ellos se protege. De acuerdo con esta concepción, a diferencia de lo que sucede con los protegidos en los delitos comunes, los bienes jurídicos de los delitos especiales solo pueden ser lesionados por determinadas personas. El deber de no lesionar el bien jurídico solo recaerá, por tanto, sobre aquellos sujetos que pueden lesionarlo.

La idea del bien jurídico especial ha sido desarrollada históricamente por medio de dos distintas formulaciones: a) una primera formulación, de acuerdo con la cual los delitos especiales constituyen la lesión o puesta en peligro de *un* bien jurídico especial. y b) una segunda versión de la teoría del bien jurídico especial, más moderna, de cuya conformidad los delitos especiales lesionan o ponen en peligro dos bienes jurídicos: un bien jurídico común y un bien jurídico especial. Según esta segunda formulación, el bien jurídico común podría ser lesionado por cualquiera; el especial, en cambio, solo por determinados sujetos.

La idea del bien jurídico especial único (1) fue seguida a principios del s. XX, entre otros autores,⁵⁶¹ por BERNHARDT y WOOTHEKE. El más destacado representante de la segunda versión de la teoría del bien jurídico especial que se refiere a la idea del bien jurídico doble (2) ha sido, por su parte, Ulrich STOCK.⁵⁶²

⁵⁶¹ También ha defendido la teoría de los bienes jurídicos especiales SALM (citado por ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 39), y se ha pronunciado en un sentido parecido DÜNKELMEYER (citado por LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 52).

⁵⁶² *Vid.* sobre todo lo anterior, con ulteriores referencias bibliográficas sobre las dos versiones de la teoría del bien jurídico especial LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 190 ss.

7.6.2. *La teoría del bien jurídico especial único. Las concepciones de BERNHARDT y WOOTHKE*

Señala BERNHARDT en su tesis doctoral sobre la participación en delitos con elementos personales especiales que “los delitos comunes se basan en una lesión de bienes jurídicos importante para todos los individuos de la sociedad y a cuyo reconocimiento se encuentran obligados todos. (...). Distinto es el caso de los delitos especiales. La esencia de esta clase de delitos consiste, como ya se ha señalado, en que el precepto penal solo se dirige a un grupo de personas limitado, descrito de modo determinado; lo decisivo es que, debido a la posición especial que estos círculos de individuos ocupan en la comunidad jurídica, recaen sobre ellos deberes que los distinguen del resto de sujetos. Estos deberes se fundamentan, a su vez, en que el Estado y el orden económico ha hecho responsable a una clase delimitada de personas de bienes jurídicos que solo puede ser alcanzados por estas personas como consecuencia de su relación especial. Por este motivo, la ley penal solo se dirige contra este grupo de sujetos, y reclama de este círculo su obediencia. Su punibilidad se fundamenta en que están vinculados a la protección del bien jurídico especial que ha sido puesto en sus manos; la lesión de este deber da al delito su fundamento y su carácter”.⁵⁶³ En relación con la problemática de la participación de “*extranei*” en delitos especiales, y más concretamente de la que plantea la inducción de no funcionario a un delito de funcionario, WOOTHKE sostuvo, por su parte, que los bienes jurídicos protegidos en

⁵⁶³ Vid. BERNHARDT, *Der Einfluss persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer (§ 50 StGB)*, Posen, 1909, pp. 43 s.

esta constelación de delitos son especiales porque se encuentran únicamente al alcance del funcionario.⁵⁶⁴

7.6.3. *La teoría del bien jurídico doble. La tesis de STOCK*

En su monografía sobre el desarrollo y la esencia de los delitos de funcionario, STOCK creyó advertir que la diferencia entre los delitos propios e impropios de funcionario residía en el bien jurídico protegido. Así, mientras que los delitos propios de funcionario consisten en la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la Administración pública, en el caso de los delitos impropios de funcionario resulta lesionado o puesto en peligro, además, un segundo bien jurídico. Este segundo bien jurídico será distinto dependiendo del delito en juego. En la concepción de STOCK, mientras que en los delitos propios de funcionario es preponderante —por no decir que absolutamente fundamentadora de la esencia misma del delito— el menoscabo del interés supraindividual de la función pública, en los delitos impropios de funcionario la nocividad del delito viene determinada, en cambio, por la lesión de aquél interés colectivo y la de un segundo bien jurídico individual adicional. En palabras del propio STOCK: “Todos los delitos de funcionario representan, sin excepción, un menoscabo o abuso de la administración pública. (...) El carácter de los delitos de funcionario como ataques contra los intereses de la sociedad puede reconocerse de un modo especialmente claro en los tipos que contienen necesariamente lesiones de bienes jurídicos de personas individuales, de su integridad corporal, de su libertad, de su intimidad domiciliaria, etc., esto es, en los delitos impropios de funcionario. En los

⁵⁶⁴ Vid. WOOTHKE, *Die Strafbarkeit des nichtbeamteten Anstifters zum reinen Beamtenverbrechen und des nichtmilitärischen Anstifters zum reinen Militärverbrechen*, Bonn, 1916, pp. 3 y 27.

delitos propios de funcionario predomina, por el contrario, el carácter de perturbación de la autoridad del organismo”.⁵⁶⁵

7.7. Crítica de la teoría del bien jurídico especial

7.7.1. Introducción

Contra la teoría del bien jurídico doble compuesto por un bien jurídico común y otro especial defendida por el sector doctrinal encabezado por STOCK puede objetarse, como hace LANGER, que no existen bienes jurídicos especiales en el sentido de que solo puedan ser lesionados por cualquiera, sino que, al contrario, todos los bienes jurídicos pueden ser lesionados por todos; y que, en muchos casos, los mal llamados bienes jurídicos “especiales” ni siquiera constituyen bienes jurídicos protegidos autónomamente tipos penales.⁵⁶⁶ A la primera de estas dos ideas de LANGER ya se hizo referencia *supra* con motivo de la crítica de este autor a la teoría del bien jurídico único. Interesa ahora en mayor medida, por ello, exponer brevemente la segunda.

LANGER demuestra la corrección de la idea de que los mal llamados bienes jurídicos “especiales” ni siquiera constituyen, en muchos casos, bienes jurídicos protegidos autónomamente en tipos penales por medio de la comparación de dos delitos: el delito de extorsión (*Erpressung*), previsto en el § 253 StGB, y el delito de extorsión para declarar (*Aussagenerpressung*) del § 343 StGB. En opinión de este autor,

⁵⁶⁵ Vid. STOCK, *Entwicklung und Wesen der Amtverbrechen*, Leipzig, 1932, p. 251. Sobre la teoría del bien jurídico doble vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, pp. 247 s.

⁵⁶⁶ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 248 s.

solo el delito de extorsión representa la lesión de dos distintos objetos de protección penal: la libertad y el patrimonio. En efecto, aunque se hiciera abstracción mental del primero de estos dos intereses en juego, la libertad, la conducta seguiría siendo constitutiva de un delito contra el patrimonio individual (así, por ejemplo, un delito de estafa del § 263 StGB). No ocurre lo mismo, sin embargo, con el delito de extorsión para declarar. En este delito, si se hace abstracción de la lesión a la libertad no queda en pie desvalor alguno que merezca convertirse en objeto de punición. No puede negarse —reconoce LANGER— que el contenido de injusto de la extorsión para declarar no se agota en el desvalor del menoscabo de la libertad, sino que va acompañado de un desvalor adicional. No obstante ello, tampoco puede ser negado —concluye— que este desvalor adicional carece de un significado valorativo autónomo. Esto es, no representa la lesión de un bien jurídico.⁵⁶⁷

Por lo que respecta a la teoría del bien jurídico único, de acuerdo con la cual la lesión del bien jurídico protegido en los delitos especiales solo está al alcance de los “*intranei*”, tampoco puede ser aceptada. De lo contrario, no resultaría sencillo explicar dos de los extremos actualmente más incuestionados por la doctrina en materia de delitos especiales: la punibilidad del partícipe “*extraneus*” en todos los delitos especiales y la punibilidad como autor del partícipe en algunos supuestos de delitos de funcionario previstos expresamente por la ley.

Estas dos objeciones no son, sin embargo, las únicas que cabe formular contra la teoría del bien jurídico único. No en vano, uno de los máximos detractores de esta tesis, LANGER, la rechaza sobre todo a partir de un tercer argumento. Según este autor, cuando se alude al criterio del bien jurídico especial, en muchas ocasiones se está confundiendo la inidoneidad del “*extraneus*” para lesionar el bien jurídico protegido del delito especial con su incapacidad para

⁵⁶⁷ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 249.

cometer el delito de propia mano. Como ya se vio con motivo de la exposición y valoración crítica de los distintos modelos de concepto de delito especial propuestos por la doctrina, algunos autores han descrito los delitos especiales como delitos de propia mano de “*intranei*”. Esto es, como delitos que solo pueden ser cometidos directamente por un sujeto cualificado. Tal es el caso, por ejemplo, de Robert von HIPPEL.⁵⁶⁸ Dejando al margen lo discutible de esta formulación como definición válida para todos los delitos especiales, así como de la propia categoría de los delitos de propia mano, lo cierto es que LANGER tiene razón cuando afirma que la calificación de un delito especial como delito que solo puede ser cometido de propia mano por un “*intraneus*” no puede deducirse, sin más, de la supuesta “especialidad” del bien jurídico, sino que depende exclusivamente de la concreta redacción del tipo. De hecho, LANGER defiende la idea de que, tanto desde un plano prejurídico como desde un plano legal, carece de sentido hablar de bienes jurídicos cuya lesión solo está al alcance de los sujetos cualificados.⁵⁶⁹

7.7.2. Punibilidad del partícipe “*extraneus*” en todos los delitos especiales

La cuestión relativa a si el “*extraneus*” interviniente en un delito especial debe responder con la misma pena que el autor, o bien debe hacerlo con una pena inferior, constituye una de las que suscitan un mayor grado de discusión doctrinal en el marco de la teoría de los delitos especiales. Esta discusión, así como una propuesta de solución al problema acabado de plantear, será abordada en el Capítulo Cuarto de la presente Segunda Parte. Mucho menos discutida es, en cambio, la cuestión de si el partícipe “*extraneus*” en un delito especial debe responder *de algún modo* o bien debe quedar completamente libre de pena. Debe señalarse, en primer lugar, que la cuestión acabada de referir tan solo puede ser planteada con sentido en relación con los llamados delitos especiales propios. En efecto, en los delitos especiales impropios, la punibilidad del “*extraneus*” se encuentra garantizada, ya que podrá responder, en todo caso, como partícipe en el delito común paralelo. Pero el tratamiento que merece la

⁵⁶⁸ Vid. von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930 (reimpresión 1971), pp. 382 y 437.

⁵⁶⁹ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 247, nota 107.

participación del “*extraneus*” tampoco ha generado especial controversia en relación con los llamados delitos especiales propios. En el marco de esta clase de delitos, la doctrina penal ha defendido, de forma prácticamente unánime, la tesis de que el “*extraneus*” que participa en un delito especial propio debe ser castigado con pena. A lo largo de todo el desarrollo doctrinal de la teoría de los delitos especiales, desde sus orígenes hasta la actualidad, la solución de la impunidad del “*extraneus*” partícipe en los delitos propios ha sido defendida por la doctrina dominante en muy contadas ocasiones. En la doctrina moderna,⁵⁷⁰ el defensor más destacado de la solución de la impunidad del “*extraneus*” partícipe ha sido Eberhardt SCHMIDHÄUSER.

a) *La solución de la impunidad del “extraneus” partícipe en un delito especial de SCHMIDHÄUSER. Exposición y valoración crítica*

a.1. *Exposición*

En opinión de SCHMIDHÄUSER, la conducta del “*extraneus*” que participa en un delito especial propio no es merecedora de pena. A pesar de que el “*extraneus*” que participa en un delito especial propio también lesiona el bien jurídico protegido, esta lesión no merece ser castigada con pena. No se trata de que el bien jurídico de los delitos especiales propios solo se encuentre al alcance de los sujetos cualificados. O de que aquellos delitos consistan en la lesión de un bien jurídico común, accesible a todos, y de otro especial, solo susceptible de ser lesionado por un “*intranei*”. Para SCHMIDHÄUSER, el bien jurídico protegido en los

⁵⁷⁰ Para una reseña pormenorizada de los partidarios de la impunidad del *extraneus* partícipe en un delito especial propio que pueden ser considerados como pertenecientes a la doctrina clásica *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice ...*, cit., p. 257, nota 91.

delitos especiales propios pueden ser lesionados por cualquiera. Pero solo en el caso del “*intraneus*” esta lesión merece ser castigada. De este modo, toda intervención de un “*extraneus*” en un delito especial deberá quedar sin castigo. Por este motivo, la solución dogmáticamente correcta para el problema del “*extraneus*” partícipe en un delito especial propio es para SCHMIDHÄUSER la impunidad. El autor de referencia fundamenta la falta de merecimiento de pena acudiendo a dos ideas pertenecientes a la teoría de la participación delictiva del propio autor. La primera idea consiste en que la participación en el delito merece menos pena que la intervención a título de autoría. La segunda, en que la contribución del partícipe en el delito debe ser valorada de acuerdo con su propio contenido de desvalor.

De conformidad con la primera idea, afirma SCHMIDHÄUSER que no es correcto castigar al “*extraneus*” que participa en un delito especial propio si no se castiga su intervención en un tal delito a título de autoría. Puesto que esta última aportación es, en efecto, más grave que la primera, carece de sentido castigar la conducta con menor contenido de merecimiento de pena y dejar impune, en cambio, la de mayor gravedad.⁵⁷¹

SCHMIDHÄUSER cree, en segundo lugar, que la contribución del partícipe en el delito tiene su propio contenido de desvalor. SCHMIDHÄUSER llega a esta solución a partir de una explicación del fundamento de la punición de la participación delictiva denominada por el propio autor “teoría del desvalor propio de la participación” (“*Theorie von Eigenunwert der Teilnahme*”). En opinión de SCHMIDHÄUSER, el

⁵⁷¹ Sigue a SCHMIDHÄUSER su discípulo LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 480 s. Sobre todo ello *vid.* también HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 117 s.; GRÜNWARD, “Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (§ 28 StGB)”, en *GD-Armin Kaufmann*, p. 567, nota 60.

contenido de injusto de la participación delictiva no se deriva del injusto de la intervención del autor. La punición de la participación en el delito tiene, en su opinión, un fundamento autónomo, no dependiente del fundamento del castigo del hecho principal del autor. En los delitos especiales, el fundamento de la participación en el delito reside en la causación de la lesión del bien jurídico correspondiente. Es cierto que la ley hace depender la punición de la participación de la existencia de un hecho principal típico y antijurídico. Pero ello no significa, a juicio de SCHMIDHÄUSER, que el injusto de la conducta del partícipe resulte del injusto del hecho principal del autor. En su opinión, la exigencia legal nada declara sobre el *fundamento del injusto* de la participación, sino que solo concierne a su *punibilidad*.⁵⁷²

SCHMIDHÄUSER ha defendido la corrección de la solución de la impunidad del “*extraneus*” que participa en un delito especial tanto con anterioridad como con posterioridad a la incorporación al StGB en 1968 de la atenuación obligatoria de la pena para el “*extraneus*” que participa en un delito especial propio por medio del § 50. 2 StGB 1943, convertido posteriormente en el § 28. 1 StGB 1975 (“si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) elementos personales especiales [§ 14. 1] que fundamenten la punibilidad del autor, su pena debe ser disminuida de acuerdo con el § 49. 1”), actualmente en vigor. Esto es, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*.⁵⁷³

⁵⁷² Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, cit., p. 267. Siguió este planteamiento LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 465 s., y en la actualidad lo hace también HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 41, nota 42 y p. 42.

⁵⁷³ La redacción actual de este precepto debe su existencia a la Segunda Ley de Reforma Penal del 4 de julio de 1969, que se convirtió en derecho vigente en Alemania el 1 de enero de 1975. El § 28. 1 StGB 1975 se corresponde literalmente con el § 50. 2 StGB 1943 después de la modificación experimentada por este precepto por medio del art. 1 EGOWiG de 24 de mayo de 1968, así como con los §§ 33 y 34 del Proyecto de StGB de

Según SCHMIDHÄUSER, la solución de la impunidad del “*extraneus*” en el delito especial propio era la solución correcta en Alemania hasta que en 1968 se incorporó al StGB del § 50. 2 (actual § 28. 1) StGB. Hasta entonces, en el StGB no se encontraban regulados expresamente los supuestos de participación de “*extranei*” en los delitos especiales con elementos personales especiales *fundamentadores* de la pena. Esto es, en los delitos especiales *proprios*. El StGB solo se ocupaba explícitamente de la participación del “*extraneus*” en los delitos con elementos personales especiales agravantes, atenuantes o excluyentes de la pena (§ 50. 2 StGB 1943). Esto es, de la participación del sujeto no cualificado en los delitos especiales impropios. Este silencio legal sobre la participación del “*extraneus*” en los delitos especiales impropios fue interpretado por SCHMIDHÄUSER como una declaración tácita de la falta de merecimiento de pena de la conducta de referencia. En los delitos especiales propios, el Código penal solo castiga la lesión del bien jurídico cometida por un “*intraneus*”. Solo estos supuestos son considerados como merecedores de pena por la ley.⁵⁷⁴

Con posterioridad a la modificación del § 50 StGB operada por la EGOWiG de 1968, SCHMIDHÄUSER defendió sucesivamente dos soluciones distintas. De acuerdo con una primera formulación, expuesta en la primera edición de su *Tratado de Parte General*, SCHMIDHÄUSER consideró que la incorporación del § 50.2 y el posterior § 28.1 al StGB

1962. Vid. SCHWERDTFEGER, *Besondere persönliche Unrechtsmerkmale*, cit., pp. 39 s. y 42. Para una detallada exposición de la evolución legislativa de los §§ 28 y 29 StGB hasta su configuración actual *vid. infra*, así como SCHWERDTFEGER, *op.cit.*, pp. 33 ss.

⁵⁷⁴ De acuerdo con esta solución DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, cit., p. 15. Sobre todo ello *vid.* WAGNER, *Amstverbrechen*, cit., p. 389; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 117 s.; GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 567, nota 60.

dejaba intacta la impunidad de la participación del “*extraneus*” en un delito especial propio. En su opinión, la aplicación de dicho precepto presuponía la existencia de un supuesto *punible*. En los casos de participación de un “*extraneus*” en un delito especial propio ello, sin embargo, no ocurre. Porque en los delitos especiales, la ley solo considera punible —según el parecer de STRATENWERTH— la participación de los “*intranei*”. SCHMIDHÄUSER revisó esta primera formulación con motivo de la publicación de la segunda edición de su tratado, en la que se adhirió a la solución defendida por su discípulo LANGER en su monografía *Das Sonderverbrechen*.⁵⁷⁵

Desde el punto de vista de LANGER, compartido ahora por su maestro SCHMIDHÄUSER, el § 50.2 StGB 1968 (como el § 28.1 de la Segunda Ley de Reforma) fundamenta la punibilidad del “*extraneus*” partícipe en un delito especial. SCHMIDHÄUSER acabó reconociendo, por tanto, que el StGB había tomado partido en favor de la punición del “*extraneus*” que participa en un delito especial propio. Desde una perspectiva *de lege lata*, la única solución defendible consistía en castigar la conducta de referencia con una pena atenuada respecto de la prevista para el autor idóneo. No obstante ello, SCHMIDHÄUSER siguió creyendo entonces que habría sido preferible dejar dicho comportamiento sin castigo. Por este motivo, el autor reclama *de lege ferenda* que se extienda la regla prevista en el § 28.2 StGB para los delitos especiales impropios (“si la ley determina que elementos personales especiales agravan, atenúan o excluyen la pena, esto solo regirá para el interviniente (autor o partícipe) en quien concurren”) también a los delitos especiales propios.

⁵⁷⁵ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 483 s.

SCHMIDHÄUSER exige, en suma, un tratamiento unitario para toda clase de delitos especiales —tanto propios como impropios— que permita hacer responder al partícipe “*extraneus*” de acuerdo con el “desvalor propio” de su conducta. Esto es, teniendo en cuenta que no lesiona el bien jurídico del delito especial en el sentido legal que determina su punibilidad.⁵⁷⁶ Por este motivo, SCHMIDHÄUSER se pregunta si no sería acaso preferible que los hechos de participación de “*extranei*” que afectan a la especial posición de deber del autor se encontrasen regulados en preceptos penales específicos.⁵⁷⁷

a.2. *Valoración crítica de la solución de la impunidad del partícipe “extraneus” de SCHMIDHÄUSER*

Como ya fue expuesto *supra*, SCHMIDHÄUSER basó la idea de la falta de merecimiento de pena de la participación del “*extraneus*” en un delito especial propio en dos argumentos: 1) la participación en el delito merece menos pena que la intervención a título de autoría; y 2) la contribución del partícipe en el delito debe ser valorada de acuerdo con su propio contenido de desvalor. Sin embargo, la impunidad del “*extraneus*” no puede ser aceptada porque tampoco ninguna de las dos ideas en que SCHMIDHÄUSER la fundamenta resulta ser de recibo.

a.2.1. *Valoración crítica de la idea del menor merecimiento de pena de la participación en el delito que de la autoría*

⁵⁷⁶ Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 10/33 ss. Vid. sobre ello HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 42; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 117 s.; GRÜNWARD, *GD-Armin Kaufmann*, p. 567, nota 60.

⁵⁷⁷ Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, cit., 10/38.

La cuestión relativa a si toda intervención en el delito constitutiva de participación reviste siempre una inferior gravedad objetiva que la que resulta de una intervención de autoría es muy discutible. No resulta sencillo saber si la participación en el delito merece siempre ser castigada con menos pena que la autoría. Dejando al margen esta cuestión, lo que no puede negarse es que algunos ordenamientos jurídicos han partido precisamente de la premisa contraria. Una buena prueba de ello viene representada por el CP 1995 y el StGB alemán. Así, el legislador penal español de 1995, en primer lugar, equipara penológicamente la inducción y la cooperación necesaria a la autoría (arts. 28 II a) y 28 II b), respectivamente, en relación con el art. 61 CP). Y el § 26 StGB, por su parte, dispone la misma pena para el inductor y el autor del delito. Este reconocimiento legal de que algunas formas de participación en el delito deben ser castigadas con la misma pena que la autoría constituye, cuando menos, un indicio de que el supuesto inferior merecimiento de pena de la participación está lejos de ser algo indiscutible.

El argumento *a fortiori* según el cual no es posible castigar la conducta de participación de un sujeto cuando en caso de intervenir como autor su contribución sería impune ha sido puesta en tela de juicio desde los postulados de la teoría de los delitos de infracción de un deber. Dejando al margen —por el momento— la valoración negativa que esta última teoría merece como fundamentación comprensiva de todos los delitos especiales, lo cierto es, sin embargo, que esta concepción consigue explicar satisfactoriamente algunos de los delitos que integran la categoría de referencia. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de prevaricación judicial o de revelación de secreto profesional. En estos delitos, el dominio del hecho no consigue explicar de modo satisfactorio la relación que existe entre el sujeto activo y el bien jurídico protegido. El sujeto se encuentra

especialmente obligado a la protección del bien jurídico, con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho. Puesto que en estos delitos el dominio del hecho no constituye (exclusivamente) el elemento decisivo para la determinación de la relación entre el autor y el bien jurídico protegido, es posible imaginar supuestos en que la participación en el delito sea llevada a cabo con dominio del hecho.

Para expresar esta idea de un modo gráfico puede resultar útil traer a colación dos ejemplos propuestos por HERZBERG:

Ejemplo 1: A, mujer del juez B y experta en derecho, redacta personalmente una resolución injusta favorable a una amiga suya. Su marido, el juez B, que va muy sobrecargado de trabajo, asume agradecido y confiado la resolución injusta dictada por A, sin controlar su contenido.

Ejemplo 2: A, ama de llaves del médico B, aprovecha una ausencia de éste para acceder a su consulta y leer los documentos concernientes a un paciente que le interesan.⁵⁷⁸ Como puede comprobarse, en estos dos ejemplos, el “*extraneus*” no solo interviene en la producción del resultado que se pretende evitar, sino que, además, domina el hecho.

Si, como opina la doctrina dominante, la determinación de la autoría debe atender, en todo caso, al criterio del dominio del hecho, entonces deberá reconocerse que en los ejemplos que acaban de ser expuestos la aportación del “*extraneus*” constituye la aportación propia del autor del delito. A pesar de ello, puesto que en los delitos especiales solo puede ser autor el sujeto cualificado por el tipo, el “*extraneus*” no podrá

⁵⁷⁸ Vid. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 119.

serlo aunque ostente el dominio del hecho. Ello no sucede, sin embargo, cuando el “*extraneus*” interviene en el delito especial como partícipe, esto es, sin dominio del hecho. De este modo, cuando el “*extraneus*” tiene dominio del hecho, esto es, cuando interviene en el hecho con una aportación de autor, queda impune; mientras que cuando lo hace como partícipe, esto es, sin dominio del hecho, su conducta es, en cambio, punible. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho como concepción que pretende erigirse en criterio válido para la determinación de la autoría en toda clase de delitos, castigar a quien interviene en el hecho sin dominarlo y dejar impune, en cambio, a quien sí lo hace constituye una consecuencia difícilmente asumible. No obstante ello, en ninguno de los dos ejemplos de HERZBERG puede ser castigado A como autor del delito especial. En contra de lo que pudiera parecer, ello puede no representar contradicción valorativa alguna. No es descabellado pensar que en algunos casos, el contenido de injusto de la conducta del “*extraneus*” en los dos ejemplos de referencia puede ser inferior al que correspondería a una intervención sin dominio del hecho del “*extraneus*” en un hecho principal de “*intraneus*”. Así, por ejemplo, tiene sentido decir que es menos grave que la mujer del juez redacte directamente una resolución injusta a que le induzca a hacerlo él mismo. Del mismo modo, es posible que sea menos merecedor de pena la revelación de los secretos de un profesional por parte de su ama de llaves que la inducción a que lo haga él mismo. Esto último pone de manifiesto que el contenido de injusto del delito de prevaricación judicial o de revelación de secretos no se agota con la producción del resultado. Esto es, con el dictado de la resolución judicial injusta —ejemplo 1— o la revelación del secreto profesional —ejemplo 2—. También es necesaria la infracción dolosa de un deber especial por parte de determinados sujetos especialmente obligados con una responsabilidad especial: no defraudar la confianza que el ciudadano y la colectividad

tienen depositada en ellos. No cabe duda de que es reprochable que un secreto profesional llegue a conocimiento de un sujeto no autorizado al mismo. Pero probablemente lo es todavía más que este sujeto no autorizado induzca a que sea precisamente el médico encargado de guardar el secreto quien lo traicione. El injusto del delito de revelación de secreto profesional presupone la infracción de un deber especial. Y el contenido de injusto de la conducta del “*extraneus*” que participa en dicho delito exige contribuir a que un profesional infrinja dolosamente su deber de guardar el secreto. Así, por ejemplo, el ama de llaves del ejemplo de HERZBERG no realizará todo el contenido de injusto de la participación en la traición del secreto médico cuando revele dolosamente el secreto, sino solo cuando contribuya a que el médico lo haga. En los casos de participación en la infracción del deber por el especialmente obligado, el “*extraneus*” realiza todo el contenido de injusto de la participación en el delito especial, mientras que en los casos en que él mismo domina el hecho, el contenido de injusto de su conducta no superará, en cambio, la mitad de su contenido de injusto.⁵⁷⁹

a.2.2. *Valoración crítica de la idea del contenido propio de desvalor de la conducta del partícipe*

Tiene razón SCHMIDHÄUSER cuando afirma que el partícipe en el delito debe responder de acuerdo con el contenido de injusto de su propia conducta. Ello no significa, sin embargo, que el fundamento de la punición de la tentativa solo pueda ser explicado —como cree SCHMIDHÄUSER— a partir de una teoría, la del “desvalor propio de la participación”, que se separa radicalmente de los postulados de la concepción dominante en

⁵⁷⁹ De esta opinión HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 119.

Alemania: la teoría dominante de la causación o el favorecimiento.⁵⁸⁰ También desde esta última teoría resulta posible contemplar la conducta del partícipe como un comportamiento dotado de un contenido de injusto propio. Según la teoría de la causación, el fundamento de la participación en el delito se encuentra en el favorecimiento de la lesión o puesta en peligro no justificada de un bien jurídico por parte del autor.⁵⁸¹ La teoría del favorecimiento no obliga a entender, sin embargo, que el partícipe responde por el injusto de la conducta del autor; que al partícipe se le castiga por lo que ha hecho el autor. El fundamento de la punición del partícipe no reside en la realización de la conducta típica prevista en el tipo de autoría correspondiente sin la concurrencia de causas de justificación. El partícipe responde por haber favorecido la realización antijurídica del tipo por parte del autor. La conducta del partícipe consiste, por definición, en una conducta accesoria respecto de un hecho principal de autoría. El favorecimiento del partícipe tiene por objeto, precisamente, este hecho principal. El primero no se entiende sin el segundo.⁵⁸² No obstante ello, puede seguir afirmándose que el comportamiento del partícipe tiene un contenido de injusto propio que lo distingue del que corresponde a la conducta del autor: mientras que este último es castigado por lesionar o poner en peligro el bien jurídico de forma antijurídica, el partícipe lo es, en cambio, por favorecerla. También éste es el planteamiento del que parten el art. 28 CP y los §§ 26 y 27 StGB.

⁵⁸⁰ Advierte HAKE que la denominación “teoría de la causación o el favorecimiento” no describe a una teoría unitaria, sino que integra a dos teorías con distinto contenido: la “teoría simple de la causación” (*vid.* HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 51, nota 83) y la “teoría de la causación orientada a la accesoriadad” (*vid.* HAKE, *op.cit.*, p. 50).

⁵⁸¹ *Vid.* MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 15/29.

⁵⁸² De esta opinión HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 68.

En contra de la tesis defendida por SCHMIDHÄUSER y LANGER, la defensa de la idea del injusto propio del partícipe tampoco obliga dejar impune la participación del “*extraneus*” en un delito especial propio. Comparto con HERZBERG la opinión de que la punición del partícipe “*extraneus*” no contradice en absoluto aquella idea. Es más: es la única solución que permite atender satisfactoriamente al fundamento de la punición del partícipe como favorecedor de la infracción del deber especial por parte del autor.⁵⁸³

7.7.3. Punibilidad del “extraneus” en algunos supuestos de delitos de funcionario previstos expresamente por la ley

El segundo motivo por el que la tesis del bien jurídico especial resulta discutible consiste en la existencia en el derecho positivo de preceptos específicos que castigan la intervención de sujetos no cualificados en delitos tradicionalmente pertenecientes al ámbito de los delitos especiales propios. Tal es el caso de los delitos de funcionario. Tanto nuestro Código penal como el StGB alemán incorporan a la regulación de los delitos de funcionario preceptos que castigan de modo específico conductas realizadas por: a) sujetos que desarrollan una función pública a pesar de no ostentar formalmente el *status* de funcionario público; o b) sujetos completamente desvinculados —tanto formal como materialmente— de la función pública.

a) Preceptos que castigan de modo específico conductas contra la Administración pública realizadas por sujetos que desarrollan una función

⁵⁸³ Vid. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 119; HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., pp. 80 ss. En relación con los delitos contra la administración pública, vid., entre nosotros, RUEDA MARTÍN, RDPC 2001, p. 28.

pública a pesar de no ostentar formalmente el status de funcionario público

No solo aquellos sujetos que ostentan la condición de autoridad o funcionario público pueden ocupar la posición de sujeto activo en un delito contra la función pública. En efecto, también algunos particulares que ejercen ciertas funciones públicas son considerados por la ley autores de ciertos delitos de funcionario. Para devenir sujeto activo de estos delitos, no es necesario ser un funcionario público en sentido *formal* (art. 24 CP⁵⁸⁴ y § 11. 2 a) y b) StGB),⁵⁸⁵ sino que basta con serlo en un sentido material. Esto es, con estar “encargado de cumplir funciones propias de la administración pública en una autoridad o en otra instancia, o por mandato de ella, con independencia de la forma de organización elegida para el cumplimiento de la función” (§ 11. 2 c) StGB). Por lo general, quien ejerce materialmente funciones públicas es una autoridad o funcionario público en sentido formal. En algunas ocasiones, sin embargo, el concepto material de funcionario público no coincide con su concepto formal, porque el sujeto asume las referidas funciones únicamente *de facto*.

En el CP 1995 presuponen un tal concepto material de funcionario el delito de infidelidad en la custodia de documentos y descubrimiento de secretos por particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos (arts. 416 CP); el delito de cohecho cometido por jurado, árbitro, perito o cualquiera persona que participe en el ejercicio de

⁵⁸⁴ Según este precepto, “se considera funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

⁵⁸⁵ Cuyo tenor literal reza del siguiente modo: “En el sentido de la ley es funcionario público quien, de acuerdo con el derecho alemán a) sea funcionario o juez; b) se encuentre en otro tipo de relación funcional de derecho público.

la función pública (art. 422 CP); en el delito de malversación de caudales públicos por los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas (art. 435. 1º CP), los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos (art. 435. 2º CP) y los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares (art. 435. 3º CP); y los delitos de negociaciones y actividades prohibidas a peritos, árbitros y contadores partidores, tutores, curadores o albaceas (arts. 440 CP).⁵⁸⁶ En todos estos delitos, el funcionario en sentido material se encuentra en la misma clase de relación con el bien jurídico en que se encuentra el funcionario en sentido formal en los tipos que requieren esta última condición. Desde un punto de vista valorativo, las dos clases de sujetos se encuentran en idéntica relación material con el bien jurídico. No en vano, el CP 1995 también parece haber partido en los delitos previstos en los arts. 422 y 435 CP de esta identidad valorativa, al disponer para sus autores *la misma* pena que la prevista para los casos en que dichos delitos son cometidos por sujetos con el *status* formal de funcionario público. Y en el caso del delito del art. 440 CP, la pena de inhabilitación especial prevista para particulares que realizan negociaciones y actividades prohibidas es incluso *superior* a la prevista en el art. 439 CP para la autoridad o funcionario público.⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001, p. 19.

⁵⁸⁷ *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001, p. 19. El único delito en el que el legislador castiga al particular que desempeña las facultades inherentes a la función pública con una pena inferior a la prevista para quien ostenta el status formal de funcionario es el delito de infidelidad de documentos o descubrimiento de secretos del art. 416 CP. Pese a que un sector de la doctrina española valora positivamente esta atenuación de la pena (así MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dctor.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, p. 1180), RUEDA MARTÍN la considera, en cambio, incoherente con la equiparación penológica entre las conductas cometidas por funcionarios públicos formales y funcionarios públicos

b) *Preceptos del StGB y del CP 1995 que castigan de modo específico conductas realizadas por sujetos completamente desvinculados, tanto formal como materialmente, de la función pública*

b.1. *Preceptos del StGB*

Por lo que respecta al StGB alemán, suelen ser contemplados como delitos de funcionario “de participación necesaria” los delitos de inducción a falso testimonio del § 160. 1 StGB, el delito de falsedad documental mediata del § 271. 1 StGB y el delito de cohecho previsto en el § 334. 1 StGB. Según el § 160. 1 StGB, “quien induzca a otro a la prestación de un falso juramento será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con pena pecuniaria; quien induzca a otro a la prestación de un seguro falso en declaración jurada o a una declaración no jurada falsa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis meses o con pena pecuniaria de hasta 180 cuotas diarias”. De acuerdo con el § 271. 1 StGB, “quien hace que explicaciones, actuaciones o hechos que son de relevancia para derechos o relaciones jurídicas sean documentados o registrados como consignados o sucedidos en documentos, libros, datos o registros públicos, cuando en realidad no han sido consignados o han sucedido, o ello ha ocurrido, pero de otro modo o por una persona en una cualidad que no le corresponde o por otra persona, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena pecuniaria”. De acuerdo con el § 334. 1 StGB, por último, “quien ofrezca, prometa o garantice a un funcionario público, a un sujeto especialmente obligado para el servicio público o a un soldado del ejército una dádiva para éste o para un tercero como contraprestación por haber asumido una acción de servicio o para que

materiales establecida en los arts.422, 435 y 440 CP. *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001, p. 20.

lo haga en el futuro, habiendo lesionado o lesionando, con ello, su deberes en la prestación del servicio, será castigado con pena de prisión de tres meses a diez años”.⁵⁸⁸

b.2. *Preceptos del CP 1995*

El CP 1995 castiga determinadas intervenciones en delitos de funcionario de particulares que ni formal ni materialmente pueden ser considerados funcionarios públicos. Tal es el caso de los llamados delitos contra la administración pública “de participación necesaria” y del delito de infidelidad en la custodia de documentos previsto en el art. 414. 2 CP.

En los delitos de funcionarios “de participación necesaria” no solo es necesaria la realización de una conducta activa por parte de una autoridad o funcionario público, sino también que un particular lleve a cabo una “acción positiva”. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el delito de tráfico de influencias (arts. 428 y 429 CP), o en el delito de cohecho del art. 423 CP. De este modo, el bien jurídico protegido en el delito del art. 414 CP resulta afectado no solo por el funcionario, sino también por el particular.⁵⁸⁹

Según el art. 414. 2 CP 1995, “el particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior (*scil.* medios puestos para impedir el acceso a documentos cuya custodia tenga encomendada la autoridad o funcionario público), será castigado con la

⁵⁸⁸ Sobre todo lo anterior, aunque en relación con el StGB previo a la entrada en vigor en 1975 de la 2ª Ley de Reforma de 1968, LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 247.

⁵⁸⁹ *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001, p. 23.

pena de multa de seis a dieciocho meses”. El sujeto activo de este delito consiste en un sujeto que ni desde un punto de vista formal, ni desde un punto de vista material puede ser considerado un funcionario. Ni ostenta el *status* formal de un funcionario, ni se comporta *materialmente* como tal por prestar una función pública. El autor del delito del art. 414.2 CP es un simple particular que accede de un modo *puramente fáctico* al bien jurídico protegido. En efecto, el particular que destruye o inutiliza los medios de protección de los documentos a que se refiere el art. 414.1 CP accede a dichos documentos de un modo puramente *fáctico*, no normativo.⁵⁹⁰ La razón por la que el art. 414 castiga tanto al funcionario público (apartado 1) como al particular (apartado 2) consiste en que ambos sujetos tienen un poder de decisión sobre la situación del bien jurídico.⁵⁹¹

8. Elementos “referidos a la dañosidad social del hecho” versus “elementos referidos al desvalor “ético-personal” del hecho”

8.1. Exposición

Según otro grupo de autores, los elementos personales especiales no constituyen elementos de la culpabilidad, sino que consisten en elementos pertenecientes al injusto. Como elementos de la antijuricidad, los elementos personales especiales no accesorios se caracterizarían, a la luz de esta teoría, no solo por describir la dañosidad social del hecho, sino por describir también su contenido de desvalor “ético-personal” basado, principalmente, en la vulneración de un deber basado en la confianza o en

⁵⁹⁰ *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001, p. 20.

⁵⁹¹ *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001, p. 22.

una posición social que obliga a guardar fidelidad.⁵⁹² Representan este planteamiento, entre otros, WELZEL,⁵⁹³ GALLAS,⁵⁹⁴ LANGE,⁵⁹⁵ BLAUTH,⁵⁹⁶ VOGLER⁵⁹⁷ y DOWLAD.⁵⁹⁸

8.1.1. *La tesis de WELZEL*

En 1939, con motivo de la publicación de su trabajo “*Studien zum System des Strafrechts*”,⁵⁹⁹ WELZEL clasifica los elementos que confieren sentido social al hecho delictivo en dos grupos: los elementos relativos al hecho y los elementos relativos al autor. De los primeros, el elemento más importante consiste en la finalidad. Sin embargo, el sentido social del delito también depende de otros elementos personales del autor. WELZEL recuerda que es posible distinguir entre dos clases de elementos de autoría: los presupuestos objetivos del autor, entre los que se cuentan los elementos

⁵⁹² Vid. SCHWERDTFEGER, *Besondere persönliche Unrechtsmerkmale*, cit., p. 107, nota 14.

⁵⁹³ Vid. WELZEL, “*Studien zum System des Strafrechts*”, ZStW 1939, pp. 491-566.

⁵⁹⁴ Vid. GALLAS, *Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, II, AT* (Sesiones 14-25), Bonn 1958, pp. 65-101; “*Täterschaft und Teilnahme*”, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín 1968, pp. 78-129; el mismo, “*Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht. Gutachten für den VIII Internationalen Strafrechtskongreß in Athen*”, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., pp. 130-164 (= *Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß ...*, cit., pp. 3-44).

⁵⁹⁵ Vid. LANGE, *Die notwendige Teilnahme*, Berlín 1940, p. 55.

⁵⁹⁶ Vid. BLAUTH, *Handeln für einen anderen nach geltendem und kommendem Strafrecht*, Heidelberg 1968, pp. 68 ss. y 107.

⁵⁹⁷ Vid. VOGLER, “*Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt*”, *FS-Lange*, p. 279.

⁵⁹⁸ Vid. DOWLAD, *Die Strafbarkeit der aktiven Beteiligung ...*, cit., pp. 91 s.

⁵⁹⁹ Publicado en ZStW 1939, pp. 491-566.

“funcionario”, “comerciante”, “soldado” o elementos similares; y los elementos subjetivos de la autoría, como la intención de apropiación, la tendencia deshonesta, etc. Señala WELZEL que el hecho en todo su contenido (anti) ético-social tan solo puede cometerlo como autor uno tal que presente también estos personales del autor. Solo entonces podrá decirse, en su opinión, que el autor ostenta el dominio completo del hecho. Esto es, no solo el dominio final, sino, además, el dominio social del hecho. Es decir, el dominio del hecho en todo su desvalor ético-social.⁶⁰⁰

8.1.2. *La tesis de GALLAS*

a) *La tesis de GALLAS bajo la vigencia del § 50 StGB 1943*

En opinión de GALLAS, la razón del tratamiento no accesorio de los elementos objeto de la regulación prevista en el § 50.2 StGB consiste en el carácter altamente personal de estos elementos. Ello se observa con facilidad en los elementos exclusivamente referidos al autor que dejan intacta la tipicidad del hecho, tales como las causas que determinan una imputabilidad disminuida del sujeto, la minoría de edad penal o la condición de delincuente habitual. Por tratarse de elementos que afectan a la culpabilidad, desde que en 1943 quedó incorporado al StGB el principio de accesoriedad en su versión limitada, en cuya virtud cada interviniente en el hecho debe ser castigado de acuerdo con su propia culpabilidad, sin tener en cuenta la culpabilidad del resto de intervinientes, estos elementos no son comunicables a aquéllos sujetos en quienes no concurren, a pesar de que los conozcan (§ 50.1 StGB 1943).⁶⁰¹ Sin embargo, no todos los elementos

⁶⁰⁰ *Vid.* WELZEL, ZStW 1939, p. 543.

⁶⁰¹ *Vid.* GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 158.

altamente personales no comunicables accesoriamente previstos en el § 50.2 StGB 1943 consisten en elementos que afectan a la culpabilidad, sino que también existen elementos personales especiales que afectan al injusto.

Según el parecer de GALLAS, ello es posible porque la esencia del injusto no puede verse, exclusivamente, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La adecuación a la legalidad del comportamiento de los sujetos de derecho que son fieles por principio al ordenamiento jurídico se halla enraizada, en opinión de GALLAS, en convicciones o tradiciones morales. En situaciones críticas, que la obediencia al Derecho de sus sujetos se encuentre garantizada no depende tanto del conocimiento de la existencia de la pena como consecuencia negativa de la desobediencia, cuanto de la autoafirmación y fortalecimiento de su actitud interna de fidelidad al Derecho sentidos por los sujetos como consecuencia de la descalificación moral que la comunidad jurídica expresa con el castigo del comportamiento delictivo. El juicio de desvalor moral vinculado a la pena en que se basa su “efecto fortalecedor de la actitud interna”, debe repercutir también en los presupuestos de los que depende la cualidad del delito de un comportamiento. El comportamiento delictivo debe ser merecedor también de la especial “tacha” (“*Makel*”) que con que el sujeto queda marcado como consecuencia de la amenaza y la imposición de la pena. Esta es la consecuencia que se desprende por sí sola de la definición que GALLAS formula de la pena como “*vigencia*”.⁶⁰² El comportamiento delictivo debe distinguirse del desvalor no delictivo también por medio de una cantidad adicional de desvalor moral, de reproche. Aquellos elementos del tipo que deben servir a la descripción del acento ético-social del desvalor son descritos por GALLAS como elementos personales del injusto. La

⁶⁰² Vid. SCHWERDTFEGER, *Besondere persönliche Unrechtsmerkmale*, cit., p. 119.

importancia que estos dos componentes, “peligrosidad” e “inmoralidad” (“*Sittenwidrigkeit*”), deben tener en la relación del uno con el otro es para GALLAS diferente dependiendo del tipo de delito. Así, por ejemplo, en los delitos de causación de la muerte y de lesiones corporales, es dominante el elemento de la lesión del bien jurídico, en la medida en que se deriva directamente del mismo. Ello se debe a que la vida y la integridad corporal representan valores fundamentales para el normal desarrollo de la vida social. Por el contrario, a juicio de GALLAS, hay delitos en los que el acento moral del desvalor aparece con respecto a la peligrosidad del hecho para el bien jurídico protegido como un elemento relativamente autónomo o incluso dominante. Entre éstos incluye GALLAS aquellos delitos que muestran un impacto “ético-personal” en la medida en que a su comisión se encuentra conectada el quebrantamiento de una especial posición de deber.

Ejemplos de esta modalidad delictiva en el StGB 1943 son, para GALLAS, los delitos contra el ordenamiento moral, de homosexualidad, actos deshonestos con animales, alcahuetería o maltrato de animales, de función pública, el soborno, la prevaricación y el falso testimonio.⁶⁰³ Para GALLAS, el contenido material de injusto de esta clase de delitos no se agota en la lesión del bien jurídico o de los intereses protegidos. El funcionario que comete una “lesión corporal” (“*Körperverletzung im Amt*”) del § 340 StGB no solo menoscaba la apariencia de buen funcionamiento de la Administración, sino que vulnera, además, los deberes especiales y la mayor confianza que la colectividad ha depositado en él que se encuentran vinculados a su posición de funcionario. Para la doctrina clásica (para

⁶⁰³ Vid. GALLAS, “Gründe und Grenzen der Strafbarkeit. Gedanken der Strafbarkeit”, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., pp. 10 ss.; el mismo, “Zum Begriff der «Falschheit» der eidlichen und uneidlichen Aussage”, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 276.

BINDING, por ejemplo) el elemento de la infracción del deber de los delitos de funcionario debía ser contemplado como un momento fundamentador de la relación interna entre funcionario y Estado. Según esta concepción, dicho elemento debía ser contemplado desde un punto de vista exclusivamente disciplinario.⁶⁰⁴ A partir de mediados del siglo XX, la doctrina alemana empieza a defender la referida infracción del deber en que incurre el funcionario como componente del injusto merecedor de pena y, más concretamente, como expresión del especial contenido de desvalor ético-social de la conducta.⁶⁰⁵ Los delitos cometidos por funcionarios presentan, según esta concepción, un especial contenido de injusto personal y, con ello, un cierto “tono ético-social” (“*sozialethische Färbung*”).⁶⁰⁶ Solo como consecuencia de este especial contenido ético-social, y no por una supuesta mayor dañosidad social del hecho, adquiere el elemento “funcionario” en el citado delito de lesiones corporales de funcionario el carácter “altamente personal” adicional que justifica limitar la agravación de la pena del § 50.2 StGB 1943 al funcionario, y no hacerla extensiva, en cambio, al partícipe “*extraneus*”. Pese a que GALLAS no cree que la cuestión resulte plenamente indiscutible,⁶⁰⁷ este autor cree que puede afirmarse que el partícipe no funcionario, aunque apoya conscientemente la infracción del deber del autor funcionario, no compensa, con ello, la diferencia cualitativa existente entre la infracción de deberes altamente personales por el titular mismo de esos deberes y la mera cooperación en la

⁶⁰⁴ Vid. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 159.

⁶⁰⁵ Vid. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 159, nota 53.

⁶⁰⁶ Vid. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 148.

⁶⁰⁷ Vid. GALLAS, “*Täterschaft und Teilnahme*”, en el mismo, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 23, nota 84.

infracción del deber ajeno.⁶⁰⁸ Aclara GALLAS que la concepción del reproche ético-social por la infracción de deberes especiales no pone en peligro la nítida separación que debe existir entre las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad. Porque el reproche ético-social contenido en el juicio de injusto no alcanza la actitud interna exteriorizada en el hecho, sino la contradicción objetiva entre el comportamiento del autor y la especial posición de deber que éste asume en el seno de la comunidad.⁶⁰⁹

Por lo que respecta a los elementos personales especiales fundadores de la pena (§ 50.1 StGB), advierte GALLAS que dichos elementos deben concurrir, necesariamente, en la persona del autor. En caso contrario, aunque concurren en el partícipe, faltará un hecho principal típico de autor, siendo todas las intervenciones en un tal hecho, por tanto, impunes. Una participación sin un hecho principal sería una contradicción en sí misma.⁶¹⁰ Pese a que la doctrina venía reclamando una regla de atenuación de la pena del partícipe “*extraneus*” en un delito especial propio, esto es, en un delito cualificado por un elemento de autoría fundador de la pena, la reforma del StGB de 1943 no incorporó al § 50 StGB una tal regla. La doctrina alemana puso de manifiesto que en el ámbito, por ejemplo, de los delitos de función pública aquella circunstancia conduce a un injustificado tratamiento desigual del partícipe no funcionario dependiendo de si el autor principal funcionario comete un delito de funcionario propio, del que tan solo puede ser autor un funcionario público (por ejemplo, el delito de prevaricación judicial), o un delito de funcionario impropio (por ejemplo, el delito de lesiones corporales de funcionario). A

⁶⁰⁸ Vid. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 159, nota 54.

⁶⁰⁹ Vid. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 159, nota 53.

⁶¹⁰ Vid. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 160.

falta de aquella regla, la pena que debe ser impuesta al no funcionario que induce a una prevaricación es la misma que la que corresponde al autor funcionario, mientras que el inductor de una lesión corporal en el ejercicio de función pública debe ser castigado, en aplicación del § 50.2 StGB 1943, por el delito básico de lesiones, para el que está prevista una pena más reducida. Debido a que el especial contenido ético-social de injusto del delito en función pública se basa en el lazo personal de deber del funcionario, también a GALLAS le parece adecuado, “*de lege ferenda*”, compensar el tratamiento del partícipe no funcionario en un delito en función pública propio con el tratamiento del partícipe no funcionario en un delito en función pública impropio. Señala GALLAS que esto tan solo sería posible incorporándose al StGB una atenuación general de la pena en favor del partícipe de un delito en función pública propio al que le falte la cualidad de funcionario.⁶¹¹

A falta de la referida cláusula de atenuación obligatoria de la pena del partícipe “*extraneus*” en un delito especial propio, GALLAS propuso, además de la solución “*de lege ferenda*” que acaba de ser mencionada, una solución “*de lege lata*”: debido a la naturaleza altamente personal de la posición especial de deber y la conexión que se desarrolla a partir de ella fundamentan una diferencia cualitativa entre el comportamiento del “*intraneus*” y el comportamiento del “*extraneus*”, aparece como adecuado castigar a este último únicamente por el delito básico y tener en cuenta su participación en la vulneración del deber del “*intraneus*” mediante la agravación en la fase de determinación de la pena.⁶¹²

⁶¹¹ Vid. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., pp. 160 s., nota 56.

⁶¹² Vid. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 124.

b) *La tesis de GALLAS bajo la vigencia del § 28 StGB*

En las jornadas de profesores de Derecho penal celebradas en Göttingen en 1975, GALLAS insiste en la idea de que la solución al problema de los elementos personales especiales no puede consistir en una solución formal como la de HERZBERG. A juicio de GALLAS, se impone, por el contrario, una solución material. Esta solución material debe partir de dos principios: uno positivo y otro negativo. El principio positivo consiste, según GALLAS, en que todo elemento del tipo, objetivo o subjetivo, que, de acuerdo con su contenido material, afecte a la culpabilidad, esto es, que no afecte al desvalor del hecho, sino al desvalor de la actitud interna del hecho representará un elemento personal especial en el sentido del entonces nuevo § 28 StGB. Constituía un ejemplo de elementos objetivos de la culpabilidad la “extramatrimonialidad” de la mujer en el antiguo delito de infanticidio previsto en el ya derogado § 217 StGB, y exponentes de elementos subjetivos los elementos de actitud interna “con crueldad”, “por propio interés” o “con ánimo de lucro”.⁶¹³

El principio negativo de GALLAS rige del siguiente modo: los elementos personales especiales en el sentido del § 28 StGB no son los elementos típicos objetivos de autoría o los elementos típicos subjetivos que aparecerían como exclusivamente referidos al bien jurídico y que afectarían, así, a la dañosidad social del hecho, por la que el partícipe debe responder completamente. Entre los elementos del injusto de autoría objetivos se encuentra, por ejemplo, el oficio del autor en aquellos delitos especiales en los que el castigo del titular del oficio se basa exclusivamente en que solo puede accederse al bien jurídico por medio de su ataque (por

⁶¹³ *Vid.* GALLAS, en GREBING, ZStW 1976 (88), p. 174.

ejemplo, la infracción penal de los deberes registrales por parte del empresario). Son elementos subjetivos referidos al bien jurídico, por su parte, el “ánimo de apropiación”, el “ánimo de enriquecimiento” o el “ánimo de uso”. La no inclusión de todos estos elementos en el concepto “elementos personales especiales” del § 28 StGB obliga a GALLAS a plantearse la cuestión de si dicho concepto abarca, en realidad, otros elementos que no sean los elementos tipificadores de la culpabilidad. La única clase de elementos que puede añadirse a aquéllos como integrantes de la categoría “elementos personales especiales” es la correspondiente a los elementos del injusto que presentan una componente “ético-personal” y, con ello, altamente personal, que contribuyen a determinar el merecimiento de pena del hecho.

Para GALLAS, el ejemplo más claro de elemento con componente “ético-personal” sigue estando representado por la condición de funcionario público del sujeto en los delitos cometidos en la función pública. Es cierto que la cualidad de funcionario constituye un presupuesto del carácter lesivo del bien jurídico protegido del abuso de la función pública cometido por el sujeto. Solo puede lesionarse el bien jurídico “buen funcionamiento de la administración de justicia” mediando la intervención de un sujeto que ostente la condición de funcionario. Pero a diferencia de lo que ocurre con los delitos especiales que se refieren exclusivamente al bien jurídico, en los delitos de funcionario el hecho no se dirige exclusivamente contra determinados intereses. En esta clase de delitos, el autor vulnera, además, un deber especial que recae sobre él. Esta circunstancia deja en su hecho una marca altamente personal adicional que justifica la aplicación del § 28 StGB. A juicio de GALLAS, la atenuación de la pena prevista en el § 28.1 StGB para el partícipe no cualificado en un delito especial propio (singularmente para el no funcionario que participa en un delito propio de

funcionario) es completamente adecuada. En efecto, aunque al no funcionario no le afecta la marca de la infracción del deber de fidelidad propia del funcionario, no es menos cierto, sin embargo, que también él contribuye a la lesión del bien jurídico vinculada al abuso de la función pública (menoscabo de la autoridad, etc.). Según GALLAS, este razonamiento puede hacerse extensivo, sin más, a todos los delitos militares. En su opinión, los delitos de funcionario y los delitos militares son, por tanto, las dos clases de delitos especiales donde puede afirmarse de forma más inequívoca la presencia de un aspecto “ético-personal” o altamente personal.

En relación con el resto de delitos especiales GALLAS considera, en cambio, que resulta dudoso saber si un determinado tipo de delito debe contarse entre los delitos especiales exclusivamente referidos al bien jurídico o bien a los delitos especiales que ponen el acento en un desvalor altamente personal. Según este planteamiento, será necesario decidir, por ejemplo, si la vulneración penal de los secretos privados (§ 203 StGB) presupone que el autor sea el titular del secreto únicamente debido a que, con el secreto, el bien jurídico protegido está en sus manos; o bien si para la aplicación de aquel tipo es necesaria, además, la concurrencia de un elemento de desvalor “ético-personal”, que podría verse, por ejemplo, en el abuso de una posición de confianza que le ha sido reservada. A juicio de GALLAS, de ello depende negar o afirmar la aplicabilidad del § 28.1 StGB en estos supuestos.⁶¹⁴

⁶¹⁴ *Vid.* GALLAS, en GREBING, ZStW 1976 (88), pp. 175 s.

En conclusión: GALLAS llega a la conclusión de que elementos personales especiales en el sentido del § 28 StGB son los elementos típicos de la culpabilidad y los elementos altamente personales del injusto.⁶¹⁵

8.1.3. *La tesis de LANGE*

A juicio de LANGE, en los delitos de funcionario deben distinguirse dos elementos: la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la Administración y la vulneración del deber ético-social que recae sobre el funcionario por el hecho de serlo. El primero de estos dos elementos consiste, para LANGE, en un elemento de naturaleza objetiva que se encuentra referido al hecho. El segundo, en un elemento altamente personal que se refiere al autor. La distinción entre estas dos clases de elementos evidencia, para LANGE, que esta clase de delito puede ser contemplada desde dos distintos puntos de vista: desde fuera y desde dentro. Contemplado desde fuera, esto es, desde el punto de vista del partícipe no funcionario, el delito contra la Administración lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido. Para el funcionario autor del delito, en cambio, el delito constituye la infracción de los deberes de fidelidad y rectitud personales que recaen sobre el funcionario.⁶¹⁶

8.1.4. *La tesis de BLAUTH*

En su tesis doctoral, Peter BLAUTH entiende que de las dos concepciones sobre la esencia de la antijuricidad defendidas por la doctrina alemana desde principios de los años 30, a saber, aquélla en cuya virtud la

⁶¹⁵ *Vid.* GALLAS, en GREBING, ZStW 1976 (88), p. 176.

⁶¹⁶ *Vid.* LANGE, *Die notwendige Teilnahme*, cit., p. 55.

esencia del injusto reside en la dañosidad social (“*Sozialschädlichkeit*”) de la conducta en tanto que lesiva o peligrosa para bienes jurídicos, y aquella concepción de acuerdo con la cual la esencia de la antijuricidad debe verse en la reprochabilidad ético-social (“*sozialistische Verwerflichkeit*”) de la acción delictiva, esta segunda concepción es ampliamente preferible.⁶¹⁷

Según BLAUTH, si el comportamiento de un sujeto debe ser valorado de acuerdo con baremos ético-sociales, y no desde el punto de vista de la dañosidad social, deberá concluirse que las relaciones del autor con el hecho son de una importancia decisiva para el injusto. Dichas relaciones no solo consisten, desde el punto de vista defendido por BLAUTH, en elementos de naturaleza subjetiva. Al contrario: también están integradas por elementos objetivos del autor, su posición social y los deberes extrapenales dimanantes de esta posición social que pueden influir decisivamente en el juicio de desvalor que se realice sobre el hecho. Así, por ejemplo, en el caso del delito de “lesiones cometidas por funcionario público” previsto en el § 340 StGB, si el contenido de injusto de este delito es superior al que representa el delito de lesiones corporales comunes del § 223 StGB, ello no se debe a que haya sido menoscabada la “confianza en la integridad de la administración”, sino a que los funcionarios públicos, como “servidores del Estado”, están obligados en mayor medida a garantizar el derecho y el orden, y, por ello, la lesión de otra persona, esto es, precisamente el atentado contra el derecho y el orden, resulta especialmente grave cuando es cometido por estas personas. Contemplado como comportamiento socialmente reprochable, el contenido de injusto del delito también puede ser determinado mediante la idea del desvalor de la “vulneración del deber” (“*Pflichtwidrigkeit*”), lo cual dependerá, a su vez,

⁶¹⁷ Vid. BLAUTH, *Handeln für einen anderen ...*, cit., p. 68.

de la importancia valorativa ético-social de los deberes que recaen sobre el autor.⁶¹⁸

Para BLAETH, puesto que los delitos especiales se caracterizan por una especial descripción de la persona del autor en el tipo, y, puesto que la concepción —por él compartida— según la cual la antijuricidad de un delito reside en el carácter socialmente reprochable de la acción pone el acento en el ámbito del injusto en la parte personal del delito, salta a la vista que el contenido de injusto de los delitos especiales propios debe verse, a causa de las cualificaciones especiales del autor, sobre todo en su carácter ético-socialmente reprochable.⁶¹⁹

No obstante, BLAETH considera que en algunos delitos especiales propios, el legislador penal emplea elementos objetivos que limitan la autoría con el objeto, no de describir comportamientos merecedores de un especial juicio de reproche ético-social, sino de regular determinados ámbitos sociales y proteger especialmente ciertos bienes jurídicos que suelen estar implicados en dichos ámbitos.⁶²⁰

Por este motivo, BLAETH estima preferible distinguir entre dos clases de delitos especiales propios: 1) delitos especiales propios cuyo contenido de injusto reside únicamente en la especial dañosidad social de la conducta típica; y 2) delitos especiales propios cuyo contenido de injusto

⁶¹⁸ Vid. BLAETH, *Handeln für einen anderen ...*, cit., p. 71.

⁶¹⁹ Vid. BLAETH, *Handeln für einen anderen ...*, cit., p. 72.

⁶²⁰ Vid. BLAETH, *Handeln für einen anderen ...*, cit., pp. 72 s.

reside, además de en la dañosidad social de la conducta típica, en su especial reprochabilidad ético-social.⁶²¹

a) *Delitos especiales propios cuyo contenido de injusto reside únicamente en la especial dañosidad social de la conducta típica*

Según el parecer de BLAUTH, en algunos delitos, la existencia de un bien jurídico se encuentra estrechamente vinculada a un determinado ámbito social, entonces este bien jurídico se encuentra amenazado, sobre todo, por peligros que proceden de las personas que actúan en dicho ámbito. De este modo, tales elementos objetivos del autor no caracterizan a los delitos especiales de los que forman parte como delitos cuyo contenido de injusto viene determinado por una especial reprochabilidad ético-social de la conducta del autor, sino como delitos con un contenido de injusto objetivo.⁶²²

Uno de los delitos donde ello sucede es, en opinión de BLAUTH, el delito de alzamiento de bienes (§ 288 StGB). Según este autor, es evidente que el bien jurídico protegido, esto es, el derecho patrimonial del acreedor puesto en peligro por la acción típica, no solo puede ser lesionado por el deudor, único sujeto que puede ser autor del delito de acuerdo con lo dispuesto en la ley. También un tercero puede lesionarlo. Si el legislador penal ha decidido restringir el círculo de autores del tipo de modo que solo el deudor pueda ser castigado como autor del delito, ello no se debe a que la conducta del deudor sea merecedora de un especial reproche ético-social. Es cierto que el deudor que realiza la conducta típica prevista en el § 288

⁶²¹ Vid. BLAUTH, *Handeln für einen anderen* ..., cit., p. 107.

⁶²² Vid. BLAUTH, *Handeln für einen anderen* ..., cit., pp. 72 s.

StGB infringe un deber civil consistente en mantener relaciones jurídicas respetando los principios de fidelidad y confianza. Pero ello no significa que, desde un punto de vista penal, su conducta sea especialmente reprochable. Para BLAUTH, si un tercero realizase la conducta típica, su comportamiento sería igualmente reprobable. El motivo que ha impulsado al legislador a castigar el alzamiento únicamente cuando lo realice el deudor es el siguiente: puesto que el deudor está psicológicamente más motivado que nadie para sustraer los objetos patrimoniales del posible “ataque” del acreedor, el derecho económico de este último están expuestos a un mayor peligro por parte del deudor que por parte de cualquier otra persona, es más “accesible” (“*anfällig*”) al deudor que a un tercero. En esta clase de delitos, los supuestos en que un tercero lesione o ponga en peligro el bien jurídico no serán sentidos por la colectividad, ni por su cantidad, ni por su frecuencia, como socialmente insoportables y necesitados, por tanto, de pena.⁶²³

b) *Delitos especiales propios cuyo contenido de injusto reside, además de en la dañosidad social de la conducta típica, en su especial reprochabilidad ético-social*

BLAUTH entiende que un segundo grupo de delitos especiales propios se caracterizan por que, en ellos, el contenido de injusto está determinado tanto por la dañosidad social como por la reprochabilidad ético-social del comportamiento delictivo. De este segundo grupo de delitos destacan, por su importancia, los delitos propios de funcionario. El contenido de injusto de estos delitos no se agota, para BLAUTH, en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos especiales. Antes bien, aquél

⁶²³ Vid. BLAUTH, *Handeln für einen anderen ...*, cit., pp. 74 s.

está determinado, en esencia, por la vulneración de especiales deberes y de la confianza que acompañan a la posición de funcionario. Según BLAUTH, en los delitos propios de funcionario, el elemento de la vulneración del deber es expresión del contenido de desvalor ético-social de desvalor de esta clase de delitos, y no puede ser aprehendido por la idea de lesión del bien jurídico.⁶²⁴

8.1.5. *La tesis de VOGLER*

Según VOGLER, en algunos delitos especiales, como, por ejemplo, en los delitos de funcionario, los elementos que cualifican al autor sirven para describir una posición de deber especial. En opinión del autor que nos ocupa, estos elementos dejan en los delitos que los contienen una marca ético-valorativa adicional que va más allá de normal dañosidad social de todo delito. El auténtico motivo del mayor merecimiento de pena que tiene para el legislador la vulneración del deber reside, para VOGLER, en la relación social en que se encuentra el funcionario. El rol social que el funcionario desempeña genera una tal clase de confianza en él que si el referido sujeto quebranta el derecho, entonces su conducta aparece como especialmente reprochable. De la titularidad del rol de funcionario se desprende la expectativa de que se comporte con fidelidad al deber. La vulneración del deber por parte del funcionario defrauda la confianza que la ley ha depositado personalmente en el funcionario.⁶²⁵

8.1.6. *La tesis de DOWLAD*

⁶²⁴ Vid. BLAUTH, *Handeln für einen anderen ...*, cit., p. 76.

⁶²⁵ Vid. VOGLER, *FS-Lange*, p. 279.

En su tesis doctoral sobre la punibilidad de la intervención activa en supuestos de omisión del deber de auxilio,⁶²⁶ Alexander DOWLAD se ocupó de la cuestión relativa a si la posición de garante en los delitos de comisión por omisión puede ser calificada como uno de los “elementos personales especiales” del § 28 StGB. Para ello, DOWLAD analiza en la primera parte de su investigación el concepto de “elemento personal especial”. Según DOWLAD, un elemento del delito debe ser tratado como “especial” cuando contenga un elemento de deber ético-personal y, con ello, altamente personal, que determine el contenido de injusto, de modo que, desde un punto de vista valorativo, confiera al delito un talante de desvalor altamente personal que sobrepase la dimensión clásica del delito como comportamiento “socialmente dañoso”.⁶²⁷

8.2. *Valoración crítica*

En el haber de la teoría según la cual todos o algunos delitos especiales como delitos con un mayor contenido de desvalor ético-social se cuenta el hecho, difícilmente negable, de que el Derecho penal representa la expresión de un especial reproche ético-social de las conductas que considera constitutivas de delito o falta.

Sin embargo, el criterio propuesto por esta teoría corre el riesgo, en mi opinión, de confundir dos planos que nunca deberían ser confundidos. Se trata de los planos de la moral y el derecho. En efecto,

⁶²⁶ Titulada “Die Strafbarkeit der aktiven Beteiligung an gebotswidrig unterlassener Hilfstätigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Stellung der Garantenpflicht innerhalb der Akzessorietätsregelung (§ 28 StGB)”, y defendida en la Universidad de Bielefeld en 1981.

⁶²⁷ *Vid.* DOWLAD, *Die Strafbarkeit der aktiven Beteiligung ...*, cit., pp. 91 s.

cuando se dice, como hace, por ejemplo, GALLAS, que en los supuestos de participación de extraños en delitos de funcionario, la conducta del no funcionario merece ser castigada con una pena inferior a la que le corresponde al funcionario, porque el desvalor ético-social de la conducta del segundo es superior a la del primero, se corre el riesgo de dar a entender que lo que pretende significarse es lo siguiente: aunque ambas conductas tienen el mismo contenido de injusto penal, la del no funcionario debe ser castigada con una pena inferior porque, desde el punto de vista de la ética social, es menos disvaliosa que la del funcionario.

Si el criterio del especial desvalor ético-social de los delitos especiales debiera ser entendido en este sentido “etizante” o “moralizante”, debería ser rechazado de plano. Algunos de los más tristes episodios de la historia de nuestra ciencia se han encargado de recordar las infames consecuencias a que podría conducir un Derecho penal que castigara comportamientos humanos con penas, o con penas más graves, simplemente por ser inmorales o de mayor gravedad moral o ética. Baste recordar, por ejemplo, el caso del abominable Derecho penal de la Escuela de Kiel. Según esta dirección, la distinción entre injusto y culpabilidad constituía un producto derivado de una concepción liberal del mundo completamente incompatible con la concepción nacionalsocialista del derecho. Por este motivo, desde la perspectiva nacionalsocialista, la referida distinción debía desaparecer. El rechazo de la separación entre injusto y culpabilidad fue, al menos en parte, el resultado de la influencia de un factor principal: la etización del Derecho penal.⁶²⁸ Así, por ejemplo, autores como SCHAFFSTEIN defendieron la tesis de que la ética y el derecho constituían dos realidades que debían coincidir por principio. En

⁶²⁸ Vid. SCHWINGE / ZIMMERMANN, *Wesensschau* ..., cit., p. 43.

efecto, SCHAFFSTEIN nunca ocultó ser un defensor de la llamada “etización del Derecho penal”. Desde este punto de vista, es decir, para un Derecho penal indisolublemente unido a la ética carecía de sentido, ciertamente, dividir el delito en dos partes, una objetiva (el injusto) y otra subjetiva o personal (la culpabilidad). El juicio de reproche ético-jurídico debía tener por objeto los elementos objetivo y subjetivo del delito como dos aspectos indisolubles del delito.⁶²⁹

Es cierto que muchos bienes jurídicos, los más importantes, tienen, además de una dimensión jurídica, una dimensión de carácter moral. Del mismo modo, debe admitirse que los contenidos de la ética y el Derecho penal deben ser armonizados. No es posible que un comportamiento sea reprochable desde un punto de vista ético-social, y valioso, en cambio, desde un punto de vista jurídico; o que, al contrario, un comportamiento sea antijurídico y punible y, al mismo tiempo, ético-socialmente valioso.⁶³⁰ No obstante, ni los bienes jurídico-penales tienen naturaleza exclusivamente moral, ni es correcto proceder a una igualación formal entre la ética y el derecho.

Por lo que respecta a lo primero, debe convenirse que lo que hace que un bien jurídico sea merecedor de protección jurídico-penal no es su aspecto vinculado a la moral, sino algo ajeno a ésta. El Derecho penal no puede proteger intereses exclusivamente morales.⁶³¹ Éste es uno de los límites del “*ius puniendi*” que se derivan del carácter social del Estado social y democrático de derecho: la intervención penal debe ser necesaria

⁶²⁹ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau* ..., cit., p. 47.

⁶³⁰ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau* ..., cit., p. 49.

⁶³¹ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 4/52.

para proteger a la sociedad,⁶³² y no lo sería si pretendiera proteger intereses que no tuvieran una dimensión de valor que excediera de la estrictamente moral.⁶³³

Tampoco una equiparación formal entre derecho y moral, al estilo de la propuesta en su día por SCHAFFSTEIN, puede ser aceptada. La principal consecuencia de una tal igualación sería la siguiente: aunque en principio el juicio de desvalor ético debería recaer sobre las ideas, y el análisis jurídico debería tener por objeto, en cambio, los hechos, sería posible desvalorar éticamente hechos y jurídicamente ideas. De este modo, cabría castigar con penas tanto ideas como procesos mentales meramente internos incluso cuando no se hubieran concretado en una acción.

Salta a la vista, sin embargo, que esta conclusión resulta sencillamente inaceptable,⁶³⁴ pues dejaría en papel mojado una de las principales conquistas liberales de la Ilustración: la máxima “*cogitationis nemo patitur*”. Como apunta GARCÍA AMADO “proclamar, como hizo el nazismo, la unidad entre derecho y (una) moral material equivale a convertir a la moral en jurídicamente coactiva”.⁶³⁵ Por lo demás, si el Derecho penal y la moral fueran completamente equiparados, el ámbito del primero se ampliaría desmedidamente. En efecto, aunque debe admitirse que la determinación de los límites de la punibilidad constituye una

⁶³² Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 4/3.

⁶³³ Vid. RUDOLPHI, *FS-Honig*, p. 167; OTTO, “Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand”, en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Colonia-Berlin-Bonn-Munich 1971, p. 5.

⁶³⁴ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau ...*, cit., p. 49.

⁶³⁵ Vid. GARCÍA AMADO, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, AFD 1991, p. 350.

cuestión de naturaleza político-criminal, no es menos cierto que un Derecho penal que pretenda presumir de ser garantista nunca podrá intervenir en todos aquellos supuestos que no representen una infracción de las exigencias morales mínimas.⁶³⁶ Por último, el intento nacionalsocialista de moralizar el derecho fue completamente contraproducente, porque acabó resultando justamente en lo contrario de lo que pretendía conseguirse: uno de los ordenamientos más injustos y alejados de la moral —de cualquier moral— de la historia de la humanidad. En efecto, la moralización del derecho al margen o por encima de sus formas lo privó por completo de su propia racionalidad interna hasta desbocarlo hacia una total perversión de lo jurídico. Como dijo LAUBNE, “la tiranía de las formas es terrible; pero fuera de las formas no hay más que la barbarie”.⁶³⁷

Algunas de las ideas que acaban de ser expuestas se hallan también en la base de la crítica a la teoría del especial desvalor ético-social de los delitos especiales que se encuentra en la tesis doctoral de DEICHMANN. En opinión de este autor, resulta altamente dudoso que el mencionado criterio consiga aportar algo a la idea —en su opinión indiscutible— de que los delitos especiales tienen un contenido de injusto especial, diferente al de los delitos comunes. A DEICHMANN le parece cuestionable, en primer lugar, que el supuesto contenido ético-social especial de desvalor de los delitos especiales sea un elemento del injusto independiente de la lesión del bien jurídico.⁶³⁸ Si deja de concebirse el bien jurídico protegido como un simple objeto materialmente existente,⁶³⁹ para

⁶³⁶ Vid. SCHWINGE / ZIMMERL, *Wesensschau* ..., cit., p. 50.

⁶³⁷ La cita es de GARCÍA AMADO, AFD 1991, p. 350.

⁶³⁸ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 30 y nota 112.

⁶³⁹ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 30 y nota 112.

entenderlo como un bien de la sociedad jurídica idealmente existente y concretizable en objetos reales, entonces se evidencia de inmediato que a este bien le corresponde un valor, que, debido a su importancia para la sociedad, se trata de un valor ético-social.⁶⁴⁰ El concepto de la dañosidad social, que a veces se identifica con la simple lesión naturalística del bien jurídico como objeto de la realidad, persigue, a juicio de DEICHMANN, limitar el castigo de la lesión de bienes de la realidad al ámbito de la lesión de aquéllos que tienen un valor fundamental para la sociedad.⁶⁴¹ Sin embargo, el desvalor de la lesión del bien jurídico no reside exclusivamente en constituir un comportamiento socialmente dañoso. La lesión del bien jurídico consiste, además, en un comportamiento con un contenido de desvalor ético-social.

A juicio de DEICHMANN, aunque el Derecho penal tiene como objeto una cierta reglamentación ética, no es cierto que algunos delitos tengan un contenido ético-social adicional al contenido de injusto penal sin relación con la lesión del bien jurídico protegido, y mucho menos aún que existan delitos cuyo fundamento sea explicable desde una perspectiva exclusivamente ético-social. Según DEICHMANN, en el ámbito donde el posible contenido ético-social de desvalor debería tener una mayor importancia, esto es, en los delitos de funcionario y delitos militares, no existe delito alguno cuyo injusto se encuentre fundamentado en este contenido de desvalor. Antes bien, la especial posición de deber en que se encuentra el sujeto guarda relación, exclusivamente, con la protección del bien jurídico.⁶⁴² Solo la lesión del bien jurídico fundamenta el injusto. Así,

⁶⁴⁰ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 30 y nota 114.

⁶⁴¹ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 30 y nota 116.

⁶⁴² Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat* ..., cit., p. 31 y nota 118.

DEICHMANN concluye que, puesto que de la especial posición de deber no cabe deducir la existencia de ningún valor ético-social autónomo, tampoco es correcto separar la infracción del deber como expresión de injusto personal, por una parte, y la lesión del bien jurídico, por otra, ya que, si así fuera, al deber especial le faltaría todo referente en términos de dañosidad social. Se evidencia, con ello, que la infracción del deber y la lesión del bien jurídico representan para DEICHMANN, en suma, un mismo objeto, el injusto material, aunque contemplado desde perspectivas diferentes.⁶⁴³ La vulneración del deber contempla el injusto penal desde el punto de vista del autor del delito; la lesión del bien jurídico lo contempla, en cambio, desde el punto de vista de la comunidad jurídica lesionada en sus bienes jurídicos.⁶⁴⁴

9. “Elementos pertenecientes al injusto” versus “elementos pertenecientes a la culpabilidad”

9.1. Exposición

Bajo la vigencia del § 50 StGB 1943, un grupo de autores defendió la tesis de que los elementos personales especiales agravantes, atenuantes y excluyentes de la pena a los que se refería el apartado 2º de aquel precepto (“si la ley determina que especiales cualidades o relaciones personales agravan, atenúan o excluyen la pena, esto rige tan solo para el autor o partícipe en que concurren”) debían consistir en elementos de la culpabilidad del sujeto. El razonamiento en que se basaba esta conclusión era el siguiente: si, de acuerdo con lo que se desprendía del § 50.1 StGB

⁶⁴³ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, cit., p. 31 y nota 120.

⁶⁴⁴ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, cit., p. 31.

1943 (“si varios son intervinientes en un hecho, cada uno debe castigarse de acuerdo con su culpabilidad sin atender a la culpabilidad del otro”), la responsabilidad del partícipe debía resolverse de acuerdo con la idea de la accesoriedad limitada de la participación, todos los elementos de la tipicidad y la antijuricidad debían comunicarse también al partícipe, siendo solo los elementos de la culpabilidad exclusivamente imputables al sujeto en quien concurren. De este modo, mientras que todos los elementos pertenecientes a la antijuricidad concurrentes en el autor debían ser extendidos accesoriamente al partícipe, los elementos de la culpabilidad debían ser contemplados —no solo de conformidad con el § 50.1 StGB, sino también de acuerdo con el § 50.2 StGB (que no pasaba de ser, según esta línea de pensamiento, una mera concreción del § 50.1 StGB)— eran elementos altamente personales que solo podían ser imputados a aquel sujeto en quien concurrían. Defendieron este punto de vista KOHLRAUSCH / LANGE,⁶⁴⁵ quienes fundamentaron en parte la corrección de su posición valiéndose de la ayuda proporcionada por una interpretación histórica del § 50.2 de 1943 a partir de la historia de la aparición de los §§ 50 RStGB de 1871 y 50.1 de 1943.

Bajo la vigencia del actual § 28 StGB ha defendido el punto de vista que acaba de ser expuesto, desde su particular interpretación “históricamente condicionada” del § 28.2 StGB, Gerald GRÜNWALD. Según este autor, puesto que ninguno de los elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales que afectan al injusto merece para GRÜNWALD la calificación de “elementos personales especiales”, el ámbito de aplicación del § 28 StGB debe quedar limitado a los elementos no comunicables, esto es, a los elementos especiales de la culpabilidad, es

⁶⁴⁵ *Vid.* KOHLRAUSCH / LANGE, StGB, 43^a ed., 1961, cit., § 50, p. 188.

decir, los elementos típicos que afectan a la culpabilidad. De este modo, GRÜNWALD propone que estos elementos sean tratados de acuerdo con el § 28.1 y 2 StGB, dependiendo de si se trata de elementos fundadores o modificadores de la pena.⁶⁴⁶

9.2. *Valoración crítica*

La tesis según la cual los elementos personales que afectan a la culpabilidad entran dentro del ámbito de aplicación del § 28 StGB, mientras que los que afectan al injusto deben quedar fuera no puede prosperar. En mi opinión, dos son las razones principales que lo explican. En primer lugar, si el § 28 StGB solo resultase aplicable en relación con los elementos típicos que afectan a la culpabilidad, no se entendería cuál debería ser el ámbito de aplicación del § 29 StGB, que convierte en derecho positivo el principio según el cual cada interviniente debe responder de acuerdo con su culpabilidad. En caso de que se afirme — como hacen algunos autores— que el § 28 StGB sería aplicable a los elementos típicos de la culpabilidad, mientras que el § 29 StGB quedaría reservado, por su parte, para las circunstancias genéricas que modifican o excluyen la responsabilidad criminal por razón de una disminución de la culpabilidad, el razonamiento se encuentra igualmente condenado al fracaso. Porque resulta cuando menos dudoso que tenga sentido tratar de un modo diferenciado las circunstancias que afectan a la culpabilidad dependiendo de si se trata de elementos fundadores de la pena (en cuyo caso debería aplicarse el régimen limitadamente accesorio del § 28.1 StGB) o de circunstancias genéricas modificativas o excluyentes de la pena

⁶⁴⁶ Vid. GRÜNWALD, *GD-Armin Kaufmann*, pp. 569 s.

(siendo, entonces, solo aplicables a los intervinientes en el hecho en quienes aquéllas concurren, según lo dispuesto en el § 29 StGB).

El segundo motivo por el que el criterio que ahora se analiza críticamente me parece inaplicable para la resolución de los problemas de participación de extraños en los delitos especiales es el siguiente: en contra de lo que solía defender la doctrina en relación con algunos delitos ya derogados, los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales nunca son elementos que afecten a la culpabilidad, sino al injusto. Como ya se mencionó *supra* con motivo de la valoración crítica de la concepción de PIOTET, estimo preferible entender que tanto en España como en Alemania,⁶⁴⁷ en el antiguo delito de infanticidio, la atenuación de la pena para la madre extramatrimonial obedecía al menor contenido objetivo y subjetivo de *injusto* de su conducta, y no a una reducción de su capacidad de ser normalmente motivada por la norma.

10. Elementos “de naturaleza física” versus elementos “de naturaleza jurídico-social”

10.1. Exposición

Según un sector doctrinal, los elementos personales que limitan la autoría en los delitos especiales pueden ser de una doble naturaleza: física o jurídico-social. En algunos delitos especiales, la restricción del círculo de autores realizada por el legislador obedece a razones de carácter físico, como, por ejemplo, la capacidad para la realización del tipo fundamentada

⁶⁴⁷ Sobre esta discusión en la doctrina alemana *vid.* HERZBERG, ZStW 1976 (88), pp. 72 ss.; el mismo, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 114 s.; GALLAS, en GREBING, ZStW 1976 (88), p. 173.

en el sexo del sujeto. Así, por ejemplo, ROEDER ha defendido que cuando el anterior legislador penal limitó la autoría del delito de pederastia de los §§ 175 y 175 a StGB a las personas de sexo masculino, lo hizo con la finalidad de declarar incapaces de realizar el tipo a aquellas personas con limitaciones físicas basadas en el sexo.⁶⁴⁸

En otros delitos especiales, en cambio, el legislador ha limitado el círculo de autores debido a razones jurídico-sociales. En esta segunda clase de delitos especiales, la conminación penal solo se dirige —según ROEDER— contra aquellos individuos que presenten una determinada cualidad jurídica o social. Se contarían entre esta segunda clase de delitos, sobre todo, los delitos de funcionario y los delitos militares. Además de estos dos grupos de delitos, ROEDER califica como delitos especiales con elementos limitadores de la autoría de naturaleza jurídico-social los delitos “de profesión”, “de abogados”, “de religiosos”, “de profesores y educadores”, “de médicos y otros profesionales de la medicina” o “de marineros”.⁶⁴⁹

10.2. *Valoración crítica*

Parece evidente que no son necesarios grandes esfuerzos argumentativos para advertir que el criterio que restringe la aplicación del § 28 StGB a los elementos físicos que limitan la autoría, y que reserva el § 29 StGB para los de naturaleza jurídico-social no puede prosperar. A lo largo del presente capítulo ha quedado sobradamente acreditado no solo que los elementos que limitan el círculo de posibles autores de los delitos pueden

⁶⁴⁸ *Vid.* ROEDER, ZStW 1957 (69), p. 242.

⁶⁴⁹ *Vid.* ROEDER, ZStW 1957 (69), p. 247.

ser tanto de naturaleza fáctica como de naturaleza normativa, sino, además, que también estos segundos afectan a la lesión del bien jurídico y son, por tanto, comunicables. Baste recordar el ejemplo que brindan los delitos de funcionario. En esta constelación de delitos, queda claro que el elemento relativo a la posición de funcionario no constituye un elemento de naturaleza fáctica. No obstante, puesto que la restricción del círculo de posibles autores a aquéllos que pertenecen al sector de los funcionarios públicos obedece a la voluntad de proteger debidamente el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración pública”, también estos elementos deben ser comunicados accesoriamente a los “*extranei*” que intervienen en el delito y conocen su concurrencia en el autor.

11. “Elementos respecto de los que no cabe autoría mediata” versus “elementos realizables en autoría mediata”. La “solución unitaria” de SCHÜNEMANN

11.1. Exposición

11.1.1. Fundamentación de SCHÜNEMANN de la solución unitaria y del rechazo de la solución diferenciadora

Con el fin de determinar el substrato de la regulación contenida en el § 28 StGB, SCHÜNEMANN excluye de su ámbito de aplicación, por de pronto, todos los elementos del tipo que ya desde el principio no presenten relación alguna con la persona del autor y para los cuales puede descartarse de entrada un relajamiento de la accesoriedad. Son para SCHÜNEMANN “impersonales”, y, según esto, comunicables accesoriamente en todo caso aquellos elementos del tipo que caracterizan el hecho como tal según su peculiaridad objetiva y que, por eso, según las reglas de la autoría mediata

pueden cumplirse también a través de un instrumento. Según SCHÜNEMANN, los elementos “personales” merecedores del tratamiento no accesorio previsto en el § 28 StGB son, por tanto, todos aquellos elementos que no pueden ser realizados en autoría mediata, sino solo directamente.

Para SCHÜNEMANN, constituyen ejemplos de elementos “personales” en el sentido acabado de referir la cualidad de funcionario, la posición de custodia del depositario en el delito de apropiación indebida, la pertenencia a una banda o la posición de deudor en el procedimiento concursal y de tramitación en el delito de alzamiento de bienes, entre otros. Y no pueden ser calificados como elementos “personales” del § 28 StGB el resultado típico, esto es, la lesión del bien jurídico comprendida en el tipo, así como tampoco la acción del hecho misma, en la medida en que no solo pueda ser consumada de propia mano, esto es, de modo altamente personal; y, en segundo lugar, las “circunstancias objetivas que acompañan al hecho” (“*sachliche Begleitumstände der Tat*”), como, por ejemplo, los medios del hecho y la situación de la víctima.

En suma: A juicio de SCHÜNEMANN, los elementos realizables en autoría mediata, esto es, los elementos “no personales”, deben ser imputados a todos aquellos intervinientes en el hecho que los conozcan. Por el contrario, los elementos no fundadores de la pena cuya realización requiere la autoría directa solo podrán ser imputados a aquel sujeto en quien concurren, mientras que los que la fundamentan deberán ser imputados a todos los intervinientes que los conozcan, aunque el “*extraneus*” deberá ser castigado con una pena inferior a la del “*intraneus*”. Pese a la oposición mostrada por la doctrina dominante en Alemania y Suiza, SCHÜNEMANN ha defendido su solución unitaria tanto en relación

con el art. 26 del Código penal suizo⁶⁵⁰ como en relación con el § 28 StGB alemán.⁶⁵¹

Para SCHÜNEMANN, en la discusión sobre si todos los elementos “personales” deben someterse al régimen “suspensivo de la accesoriedad” del § 28 StGB, o bien es necesario reservar este tratamiento solo para algunos de aquellos elementos especiales, manteniendo para el resto su comunicabilidad a todos los intervinientes en el hecho que los conozcan, solo caben dos soluciones: a) deben ser contemplados *todos* los elementos referidos a personas también como personales en el sentido del § 28 StGB (solución que SCHÜNEMANN denomina “solución unitaria” — “*Einheitslösung*”—); o b) debe elaborarse un criterio adicional que permita clasificar los elementos entre los distintos grupos antes referidos (o incluso alguno más) y, con ello, una solución diferenciadora (“*Differenzierungslösung*”). De estas dos soluciones, la unitaria y la diferenciadora, SCHÜNEMANN se muestra partidario de la primera.⁶⁵² Para este autor, dos son los argumentos que pueden ser esgrimidos en favor de su solución unitaria: 1) la solución unitaria puede derivarse directamente del fin de la norma del § 28 StGB; y 2) la solución unitaria es correcta tanto desde un punto de vista sistemático como desde una perspectiva político-criminal.⁶⁵³

⁶⁵⁰ *Vid.* SCHÜNEMANN, “Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht”, ZSchR 1978, p. 143.

⁶⁵¹ *Vid.* SCHÜNEMANN, “Die Bedeutung der «Besondere persönliche Merkmale» für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung” (1), Jura 1980, pp. 357 y 367.

⁶⁵² *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 357.

⁶⁵³ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 363.

a) *Solución unitaria como directamente derivada del fin de la norma del § 28 StGB*

SCHÜNEMANN se pregunta por la finalidad de la norma prevista en el § 28 StGB partiendo, en primer lugar, del análisis del elemento personal que constituyó el punto de referencia de la discusión parlamentaria sobre el precepto mencionado: la cualificación del autor como funcionario.⁶⁵⁴ Debido a que nadie discute que este elemento personal, tanto en su condición de elemento fundamentador de la pena como en su calidad de elemento agravante de ésta, no forma parte de la culpabilidad, sino que afecta exclusivamente al injusto del hecho, SCHÜNEMANN considera que no puede negarse que los elementos personales no accesorios del § 28.2 StGB no solo consisten en elementos de la culpabilidad, sino también en elementos relevantes para el injusto.⁶⁵⁵

El segundo punto de referencia para el análisis del sentido del § 28 StGB viene representado, según el parecer de SCHÜNEMANN, por la definición legal de los “elementos personales especiales” prevista en el § 14.1 StGB desde la reforma legal operada en 1969. Esta definición describe como “elementos personales especiales”, además de las “propiedades” y “relaciones personales especiales”, también las “circunstancias personales especiales”. Con la referencia a este último término, el legislador penal alemán de 1969 pretendió evitar una “resurrección” de la distinción entre elementos de la personalidad “duraderos” y elementos personales “de corta duración”, que habitualmente había sido defendida hasta entonces —en

⁶⁵⁴ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 364.

⁶⁵⁵ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 364.

opinión de SCHÜNEMANN de modo completamente infructuoso— por la jurisprudencia del RG.⁶⁵⁶

En tercer lugar, afirma SCHÜNEMANN que el tratamiento no accesorio previsto en el § 28.2 StGB para los elementos que excluyen la pena del sujeto en quien concurren viene a demostrar que el régimen de incomunicabilidad de dichos elementos al “*extraneus*” obedece no solo a razones de merecimiento de pena, sino también a motivos de necesidad de pena.⁶⁵⁷

En conclusión: a juicio de SCHÜNEMANN, en relación con el con fin perseguido por el § 28 StGB, lo único decisivo es que el legislador ha previsto especiales elementos de autor para fundamentar, modificar o excluir la pena, pero no el motivo por el que lo ha hecho en concreto, de modo que la diferenciación que la doctrina suele realizar dentro de los elementos de la autoría en el marco del § 28 StGB resulta, según SCHÜNEMANN, completamente equivocada.⁶⁵⁸

b) *La solución unitaria es correcta tanto desde un punto de vista sistemático como desde una perspectiva político-criminal*

SCHÜNEMANN es de la opinión de que ninguno de los criterios doctrinales abstractos propuestos con el objetivo de distinguir entre distintos grupos de elementos personales sometidos a distinto tratamiento, así como ninguno de los que puedan ser propuestos en el futuro, está o

⁶⁵⁶ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 364, nota 74.

⁶⁵⁷ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 365.

⁶⁵⁸ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 366.

estará exento de un cierto grado de arbitrariedad. SCHÜNEMANN cree que el único modo de resolver la cuestión planteada consiste en partir del presupuesto de que el § 28 StGB, al no realizar entre los elementos personales especiales concreción alguna, permite que todos los elementos que puedan ser considerados pertenecientes a esta categoría reciban el mismo tratamiento.

A juicio de SCHÜNEMANN, puesto que no considera correcto acudir a clasificaciones abstractas de los “elementos personales especiales” para decidir cuándo resulta aplicable el § 28 StGB, el único modo de resolver esta cuestión consiste en comprobar, en concreto, si los elementos personales de los delitos de la Parte Especial son, o no, comunicables accesoriamente a los sujetos cualificados, o si, en caso de que éstos constituyan elementos fundadores de la pena, se impone una disminución de la pena del “*extraneus*”, es necesario analizar cada elemento y cada delito individualmente. Solo de este modo —prosigue SCHÜNEMANN— podrá conocerse si el fundamento de dichos elementos consiste en un mayor *merecimiento* o *necesidad de pena*. En caso de que ello ocurra, entonces podrá afirmarse —concluye SCHÜNEMANN— la conveniencia político-criminal de castigar con una pena atenuada a aquellos sujetos en quien no concurra personalmente el elemento fundador o agravante. En caso contrario, el elemento deberá ser aplicado accesoriamente.

En opinión de SCHÜNEMANN, la clave para la delimitación entre imputación accesoria e individual, que debe depender decisivamente de la función político-criminal de los concretos tipos penales, y no, por ejemplo, de una categorización abstracta acometida en otro contexto, reside, por tanto, en la construcción de los tipos acometida por el legislador

en la Parte Especial partiendo de consideraciones político-criminales. Para que el legislador pueda incriminar un comportamiento es preciso no solo que éste sea merecedor de pena, sino que esté necesitado de la misma.⁶⁵⁹ El merecimiento de pena presupone que el comportamiento lesione o ponga en peligro un bien jurídico, y que el comportamiento sea evitable para el autor. A fin de que un hecho merecedor de pena sea también un hecho necesitado de pena, la protección penal también debe ser adecuada y necesaria para la evitación de lesiones sociales, y la intervención del Derecho Penal no puede producir ulteriores consecuencias jurídicas desproporcionadamente lesivas. Adecuación (“*Geeignetheit*”), necesidad (“*Erförderlichkeit*”) y proporcionalidad (“*Verhältnismäßigkeit*”) de la protección penal son para SCHÜNEMANN, así, los tres elementos de la necesidad de pena, que, junto al merecimiento de pena que representado por el injusto y la culpabilidad, constituye un presupuesto material del delito autónomo. En consecuencia con esto, la necesidad de pena debe ser comprendida sistemáticamente también en el concepto de delito. La concreción de este presupuesto se encuentra en los numerosos elementos del tipo de la Parte Especial que describen la acción y la personalidad.⁶⁶⁰

11.1.2. *Los elementos personales de la Parte Especial en la concepción de SCHÜNEMANN*

Como acaba de mencionarse, SCHÜNEMANN opina que la cuestión de cuáles son los elementos personales del § 28 StGB debe ser resuelta mediante un análisis de los tipos de la Parte Especial realizado a partir de los criterios del merecimiento y la necesidad de pena. De este

⁶⁵⁹ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 147.

⁶⁶⁰ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 148.

análisis, SCHÜNEMANN deduce la existencia de cinco clases de elementos: a) Elementos que describen la acción del hecho; b) elementos que describen delitos de propia mano en sentido estricto; c) elementos objetivos del autor; d) elementos subjetivos del autor; y e) elementos mixtos (objetivos-subjetivos) del autor.

a) Elementos que describen la acción del hecho

Como primer grupo de los elementos del tipo que concretan la necesidad de pena en la Parte Especial debe mencionarse, desde la perspectiva de SCHÜNEMANN, los elementos que describen la acción del hecho. A través de la descripción de la acción del hecho, o bien se limita la protección penal del bien jurídico a aquellas formas de ataque que son especialmente peligrosas con respecto a las cuales resulta insuficiente la autoprotección que puede esperarse en primera instancia del titular del bien jurídico, o bien se fortalece la protección del bien jurídico castigando determinadas formas de ataque con pena más grave. Esta valoración político-criminal del legislador rige con respecto al partícipe del mismo modo que lo hace con respecto al autor, de modo que los elementos legales de la acción deben ser tratados, por principio, accesoriamente.⁶⁶¹

b) Elementos que describen delitos de propia mano sentido estricto

Más problemática le parece a SCHÜNEMANN la constelación de los delitos de propia mano. Estos delitos se caracterizan por que en ellos el autor debe ejecutar la acción típica en su propia persona. La consecuencia

⁶⁶¹ Vid. SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 146.

de esta circunstancia es que la acción típica no puede ser cometida en autoría mediata. SCHÜNEMANN distingue dos subgrupos dentro de los delitos de propia mano: a) delitos de propia mano de peligro abstracto; y b) delitos de propia mano en sentido estricto. En lo que aquí interesa, conviene detenerse en el análisis que SCHÜNEMANN realiza de esta segunda clase de delitos.⁶⁶²

En opinión de SCHÜNEMANN, son delitos de propia mano en sentido estricto en el StGB alemán los tipos de prevaricación judicial (antiguo § 336 d StGB), y en el Código penal suizo los delitos de incesto (art. 213) y falso testimonio (arts. 306 y 307). En todos estos casos, el específico merecimiento de pena de estos delitos obedece a que, en ellos, la conducta típica debe ser contemplada como un acto por medio del que el propio sujeto activo se “autodescalifica” dando un mal ejemplo. A largo plazo, este mal ejemplo podría llevar a una destrucción de las instituciones —como la familia o la Administración de Justicia— protegidas por medio de los referidos tipos. Así, por ejemplo, quien como Juez “tuerza el derecho”, defraudará la confianza que se ha depositado en él como titular del Poder Judicial; quien cometa incesto se hará indigno de ser portador de lazos familiares; el testigo que declare en falso defraudará la confianza que le ha sido especialmente depositada por parte del Juez, desacreditando, con ello, toda su declaración y, en realidad, su propia idoneidad como testigo en el procedimiento.⁶⁶³ En estos casos, el elemento típico que sirve para describir la ejecución del hecho en los delitos de propia mano debe concurrir en el autor directo del delito. En los casos en que un sujeto no cualificado realizase la conducta típica en “autoría mediata”, faltaría la

⁶⁶² Sobre los delitos de propia mano de peligro abstracto *vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, pp. 150 s.

⁶⁶³ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 151.

“autodescalificación” y la puesta en peligro del bien jurídico institucional antes referidas. Así, por ejemplo, un Juez que es coaccionado con una pistola que le apunta a dictar una resolución incorrecta ni se compromete a sí mismo, ni compromete a la Administración de Justicia, del mismo modo que un testigo engañado por un hombre de atrás permanece, en sí, fiel a la declaración, y debido a que al hombre de detrás no le ha sido depositada confianza alguna por parte del Tribunal, este hombre de detrás no se encuentra en situación de comprometer la institución de la prueba testifical.⁶⁶⁴

En conclusión: para SCHÜNEMANN, a diferencia de lo que sucede con la autoría mediata de delitos de propia mano en sentido estricto, los supuestos de participación en esta clase de delitos sí están necesitados de pena.⁶⁶⁵ No obstante, SCHÜNEMANN es de la opinión de que en los casos de participación en un delito de propia mano en sentido estricto, la necesidad de pena es menor para el partícipe que para el autor, porque, a diferencia de lo que sucede con este segundo, el partícipe en esta clase de delitos no se convierte, mediante una “autodescalificación”, en un mal ejemplo. Por ello, la ejecución de la acción del hecho en los delitos de propia mano en sentido estricto representa para SCHÜNEMANN, en consecuencia con todo lo expuesto, un “elemento personal especial” del § 28 StGB, cuya ausencia legitima en el partícipe una disminución de la pena.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 151.

⁶⁶⁵ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, pp. 151 s.

⁶⁶⁶ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 152.

c) *Elementos objetivos del autor*

Dentro de los elementos objetivos del autor, SCHÜNEMANN distingue tres clases de elementos: 1) elementos que tipifican un especial grado de injusto, entre los que se cuentan, en su opinión, la posición de funcionario en los delitos de función pública (§§ 331 ss. StGB) y la posición de garante en los delitos de omisión impropia (§ 13 StGB);⁶⁶⁷ 2) elementos que tipifican un especial grado de culpabilidad, como, por ejemplo, la maternidad extramatrimonial en el antiguo tipo privilegiado del infanticidio (antiguo § 217 StGB) y la posición de parentesco de la frustración de pena conducente a la exclusión de la pena (§ 258.5 StGB);⁶⁶⁸ y 3) elementos que han sido recogidos en el tipo como forma de comisión realmente necesitada de pena con el fin de limitar la punibilidad. Pertenecen a este grupo elementos como la posición de deudor en la frustración de la ejecución (§ 288 StGB) y la intervención en el accidente en el delito de huida del accidente (§ 142 StGB).⁶⁶⁹ SCHÜNEMANN también considera posible incluir en este grupo la ejecución del hecho altamente personal de los antes mencionados delitos de propia mano (por ejemplo del § 173 StGB) en la medida en que se vea el fundamento de la pena de estos delitos no en una lesión del bien jurídico, sino en la inmoralidad (“*Unsittlichkeit*”) específica de su acción o en una “lesión-tabú” peligrosa en abstracto.⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 357.

⁶⁶⁸ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 358, nota 22.

⁶⁶⁹ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 358.

⁶⁷⁰ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 358.

SCHÜNEMANN señala que los delitos caracterizados por la presencia de elementos objetivos del autor suelen englobados por la doctrina bajo la categoría formal de los delitos especiales. En la doctrina alemana se encuentra cada vez más extendida la concepción de ROXIN, que los ve caracterizados por la vulneración de un deber especial que alcanza personalmente al autor, y a los que denomina por eso “delitos de deber” (“*Pflichtdelikte*”). A partir de este planteamiento, SCHÜNEMANN considera que es necesario profundizar todavía más en la materialización del criterio de imputación, a fin de conocer cuáles son las necesidades político-criminales que han determinado al legislador a la elaboración de los delitos de deber. Según el parecer de SCHÜNEMANN, en la base de todos estos deberes especiales descansa la idea de que el bien jurídico protegido resulta especialmente vulnerable con respecto al autor formalmente descrito en el correspondiente tipo. Ello se debe, según SCHÜNEMANN, a que, debido a la destacada posición social que el sujeto cualificado ocupa, ejerce una especie de “dominio sobre la falta de protección del bien jurídico” (“*Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsgutes*”).⁶⁷¹

Así, por ejemplo: si el funcionario competente para la vigilancia de un detenido deja que huya (art. 319 Código penal suizo), está abusando, con ello, del dominio que ostenta sobre el bien jurídico especialmente falto de protección con respecto a él, esto es, la custodia por parte del Estado de la persona detenida. Esta necesidad de protección cualificada explica, para SCHÜNEMANN, la agravación de la pena prevista para esto con respecto a la simple puesta en libertad de presos del art. 310 del Código penal suizo. Lo mismo sucede en el delito de administración desleal, en el que el

⁶⁷¹ Vid. SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 152.

patrimonio de la víctima es confiado al dominio de quien dirige el negocio; en el delito de estafa de prenda, en el que el deudor puede defraudar de modo especialmente sencillo la satisfacción del acreedor; y, por último, en el delito de vulneración del secreto profesional, que consiste en la revelación socialmente necesaria de secretos privados a los grupos profesionales mencionados en la ley, con respecto a los cuales el bien jurídico se encuentra, a consecuencia de ello, especialmente falto de protección.⁶⁷²

La doctrina suele entender que existe una contradicción valorativa en el hecho de que al partícipe “*extraneus*” en un delito especial, esto es, a quien, sin pertenecer a un ámbito especial de dominio, se le castigue con la pena del delito especial simplemente atenuada, mientras que si el “*extraneus*” actúa como autor mediato, entonces su contribución al hecho —que por ser de autoría parece que debe ser considerada más grave que la de participación— deba quedar, en cambio, impune. Para SCHÜNEMANN, esta contradicción es solo aparente, porque, en términos de vulnerabilidad del bien jurídico respecto de sujetos que ocupan una especial posición social, puesto que el bien jurídico no se encuentra especialmente amenazado por la realización de la conducta típica por parte del “*extraneus*”, la posible lesión del bien jurídico por parte de un “*extraneus*” a título de autoría no se encuentra necesitada de pena.⁶⁷³

En conclusión: Para SCHÜNEMANN, todas las relaciones de dominio del autor sobre la falta de protección del bien jurídico, relevante para la necesidad de pena en los delitos especiales, constituyen “elementos

⁶⁷² *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 153.

⁶⁷³ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 154.

personales especiales” en el sentido del § 28 StGB y el art. 26 StGB suizo.⁶⁷⁴

En un trabajo realizado en 1978 en relación con la regulación de los elementos personales especiales en el CP suizo, SCHÜNEMANN advirtió que los supuestos que se plantean en relación con algunas de estas posiciones sociales, como, por ejemplo, las posiciones de funcionario en los delitos de funcionario, de encargado de la custodia del bien en el delito de apropiación indebida, o la posición del deudor en la estafa de prenda, las doctrinas de los respectivos países no se ponían de acuerdo en el tratamiento que dichos elementos personales debían recibir. Así, por ejemplo, en Alemania, las posiciones de funcionario en los delitos de funcionario, y de custodia en la apropiación indebida, que son imputadas individualmente, mientras que en Suiza, dichas posiciones son tratadas, por el contrario, accesoriamente. Y la posición de deudor en la estafa de prenda, tratadas accesoriamente por la doctrina dominante en Alemania, suelen ser tratados como elementos imputables individualmente por la doctrina dominante en Suiza.⁶⁷⁵ La solución unitaria de SCHÜNEMANN, en cuya virtud todos los elementos objetivos de la autoría de los delitos especiales son elementos personales especiales en el sentido del § 28 StGB y el art. 26 StGB suizo, constituye para SCHÜNEMANN una alternativa a esta contradicción.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ Sobre la importancia de esta relación de dominio para la posición de garante en el delito impropio de omisión basada en las mismas estructuras básicas de la imputación *vid.* SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1971, pp. 241 s. y 341 ss.; el mismo, *ZSchR* 1978, p. 154, nota 52.

⁶⁷⁵ *Vid.* SCHÜNEMANN, *ZSchR* 1978, p. 154.

⁶⁷⁶ *Vid.* SCHÜNEMANN, *ZSchR* 1978, p. 154.

d) *Elementos subjetivos de autor*

SCHÜNEMANN ha clasificado a los elementos subjetivos del autor de acuerdo con dos criterios defendidos en dos trabajos ya citados: “Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht”⁶⁷⁷ y “Die Bedeutung der «Besondere persönliche Merkmale» für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung”.⁶⁷⁸

d.1. En el primero de estos dos trabajos, SCHÜNEMANN distinguió entre tres clases de elementos subjetivos del autor: los elementos de motivación típicamente peligrosa para el bien jurídico protegido; los elementos de motivación que incrementan la peligrosidad individual del autor; y, por último, los elementos que expresan situaciones de presión y de excepción, entre los que se cuentan para SCHÜNEMANN, entre otros ejemplos, la excitación provocada por el parto en el infanticidio, la sustracción de una cosa ajena para dar satisfacción a un antojo en los delitos de sustracción o el favorecimiento de personas próximas en delitos contra la Administración de Justicia.⁶⁷⁹

d.2. En el segundo artículo citado, SCHÜNEMANN entiende, en cambio, que los elementos subjetivos del autor pueden tener una doble naturaleza jurídica: elementos subjetivos del injusto y elementos subjetivos de actitud interna. SCHÜNEMANN considera elementos subjetivos del injusto elementos tales como el ánimo de apropiación del delito de hurto (§ 242 StGB), el ánimo de engaño del delito de falsedad documental (§ 267

⁶⁷⁷ *Vid.* ZSchR 1978.

⁶⁷⁸ *Vid.* Jura 1980.

⁶⁷⁹ *Vid.* SCHÜNEMANN, ZSchR 1978, p. 156 y nota 58.

StGB) y el ánimo de causar daños del antiguo § 272 StGB.⁶⁸⁰ Son para SCHÜNEMANN elementos subjetivos de actitud interna, que según la doctrina tradicional afectan a la culpabilidad, y de acuerdo con la más moderna lo hacen en parte al injusto y en parte a la culpabilidad, los móviles bajos del delito de asesinato (§ 211 StGB) y la falta total de cuidado del delito de puesta en peligro de la seguridad en el tráfico (§ 315c StGB).⁶⁸¹

e) Elementos mixtos (objetivos-subjetivos) del autor

Según SCHÜNEMANN, por medio de esta clase de elementos, el legislador describe impersonalmente el hecho con una única expresión y exige, al mismo tiempo, una determinada actitud interna del autor. Uno de los elementos aludidos por la doctrina en un sentido similar al insinuado por SCHÜNEMANN cuando se refiere a los elementos mixtos del autor es el elemento del ensañamiento (“*Grausamkeit*”) en el asesinato.⁶⁸²

11.2. Valoración crítica

La concepción unitaria de SCHÜNEMANN, de acuerdo con la cual todos los elementos personales deben ser sometidos al tratamiento previsto en el § 28 StGB, con independencia de si se trata de elementos “especiales” o no, resulta plenamente compatible en relación con los elementos del delito modificativos de la pena que afectan a la

⁶⁸⁰ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 358.

⁶⁸¹ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 358.

⁶⁸² *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 359.

culpabilidad.⁶⁸³ Según SCHÜNEMANN, estos elementos son elementos personales y, por ello, deben ser sometidos al tratamiento no estrictamente accesorio previsto en el § 28 StGB. Sin embargo, el carácter no comunicable de los elementos o circunstancias que afectan a la culpabilidad no se desprende en Alemania del § 28 StGB, sino del § 29 StGB, según el cual “cada interviniente será castigado de acuerdo con su culpabilidad sin tener en cuenta la culpabilidad de los demás”, que convierte en derecho positivo la versión limitada del principio de accesoriedad. Teniendo en consideración esta última circunstancia, el razonamiento de SCHÜNEMANN adolece, en mi opinión., del defecto de no saber explicar cuál es el sentido del § 29 StGB. En efecto, si el § 28.2 StGB es aplicable también a los elementos de la culpabilidad, y establece la misma regla presente en el § 29 StGB, la aplicación de aquel primer precepto a los casos que ahora nos ocupan vaciaría el § 29 StGB de todo contenido. Parece preferible, por ello, limitar el ámbito de aplicación del § 28 StGB a los elementos personales que no afecten a la culpabilidad, reservando el § 29 StGB para los elementos o circunstancias personales que afectan a la culpabilidad del sujeto.

Según el planteamiento que se defiende en esta obra, los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales no consisten, en ningún caso, en elementos de la culpabilidad del autor. Por ello, aunque la idea de que todos los elementos o circunstancias de la culpabilidad son personales en el sentido de no estrictamente comunicables defendida por SCHÜNEMANN es del todo atendible, no lo es, en cambio, la tesis de este autor —secundada por ROXIN⁶⁸⁴ y la doctrina dominante en Alemania— según la cual ello era aplicable, por ejemplo, en relación con el elemento “maternidad extramatrimonial” del delito de infanticidio del antiguo § 217 StGB, ya derogado, o algunos elementos del asesinato. Así, por ejemplo, señala SCHÜNEMANN que cuando la mujer no matrimonial inducía al padre del niño que actuaba por codicia (con el fin de ahorrar alimentos) a que matara al recién nacido inmediatamente después del nacimiento, resultaba

⁶⁸³ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/34.

⁶⁸⁴ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/33.

valorativamente contradictorio, en opinión de SCHÜNEMANN, castigar a la mujer de acuerdo con la accesoriedad ilimitada por inducción al § 211 StGB, ya que si hubiera ido más allá de la mera inducción y hubiese matado al niño como autora, habría sido castigada con la pena, más reducida, del antiguo § 217 StGB, en la actualidad derogado. El § 28.2 StGB permite, según SCHÜNEMANN, evitar esta grave injusticia. Desde el punto de vista aquí defendido, considero preferible entender, como ya afirmé *supra* en relación con la crítica al planteamiento defendido por PIOTET, que el fundamento de la atenuación del antiguo delito de infanticidio nada tenía que ver con la culpabilidad del autor, sino con el contenido de injusto objetivo y subjetivo del hecho principal cometido por el autor. Por ello, en el caso planteado por SCHÜNEMANN, no resulta contradictorio castiga a la madre extramatrimonial con una pena inferior a la que le correspondería si fuera autora, porque el hecho principal consiste en un asesinato, y era más grave inducir a un asesinato que cometer como autor un infanticidio.

Mayores dudas despierta, en mi opinión, la solución unitaria de SCHÜNEMANN en relación con los elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales que afectan al injusto. SCHÜNEMANN, recuérdese, rechaza metodológicamente las soluciones diferenciadoras generales-abstractas de la doctrina dominante y afirma que el único modo de conocer si el sujeto no cualificado que participa en un delito especial debe ser castigado con una pena inferior a la del autor o no, esto es, de si el § 28 StGB resulta o no aplicable, consiste en analizar cada supuesto por separado y preguntarse si la conducta del partícipe “necesita” o “merece” menos pena que la del autor. Según SCHÜNEMANN, en caso de que el análisis del caso concreto revele que la respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa, el elemento limitador de la autoría deberá ser calificado como “personal”, y el § 28 StGB será de aplicación. En caso contrario, el elemento no será personal, y deberá ser imputado a todos aquellos intervinientes en el hecho que los conozcan.

En mi opinión, el criterio concreto-casuístico de SCHÜNEMANN tiene el mérito de destacar algo que caracteriza, en mayor o menor medida, a todas las soluciones diferenciadoras: dichas soluciones, al pretender

resolver todos los problemas que plantea la intervención de extraños en delitos especiales mediante la referencia a un número limitado de categorías generales y abstractas, constituyen, de algún modo, una muestra de la denostada en Derecho penal “jurisprudencia de intereses”.⁶⁸⁵ Sin embargo, tampoco el criterio unitario de SCHÜNEMANN es merecedor de ser plenamente compartido. La solución de SCHÜNEMANN, lejos de generar seguridad, constituye un criterio impreciso, difícilmente controlable, y con una nula capacidad sistematizadora y generalizadora. En lugar de preguntarse por las razones dogmáticas que sirven de base a la solución no accesoria del § 28 StGB, y analizar, posteriormente, si en el elemento objeto de enjuiciamiento concurre alguna de dichas razones dogmáticas, SCHÜNEMANN opera de modo inverso: del § 28 StGB, SCHÜNEMANN deduce que la participación del “*extraneus*” se caracteriza, en todo caso, por una menor necesidad o merecimiento de pena, sin plantearse cuáles son los motivos dogmáticos que pueden servir de fundamento a esta disminución de la pena, y posteriormente analiza, caso por caso, si esta diferencia de necesidad o merecimiento de pena concurre o no concurre.

Estas deficiencias conducen a SCHÜNEMANN a resolver algunos supuestos de un modo distinto a como lo hace la doctrina dominante. Uno de estos casos es el de la participación de una mujer en la conducta de exhibicionismo realizada por un hombre (§ 183 StGB). Según la doctrina dominante, en los casos de inducción o participación de una mujer en el comportamiento de exhibicionismo masculino, el elemento “hombre” no es uno de los elementos personales del § 28 StGB, por lo que carece de sentido castigar a la partícipe-mujer con una pena inferior a la que merece

⁶⁸⁵ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980 (1), p. 361.

el autor-hombre. SCHÜNEMANN, sin embargo, considera preferible entender el referido elemento “hombre” como un elemento personal, no objetivo. Como el elemento en cuestión constituye, además, un elemento fundamentador de la pena del delito de exhibicionismo, al tratarse de un elemento sin el cual el delito no existiría, los supuestos de participación de una mujer en el exhibicionismo masculino deben ser resueltos de acuerdo con el § 28.1 StGB. Según SCHÜNEMANN, si, por ejemplo, una mujer induce a un hombre a realizar una conducta exhibicionista, SCHÜNEMANN considera que la mujer debe ser castigada con una pena inferior a la que le corresponde al autor. En opinión de este autor, la regla del § 28.1 StGB sirve para reducir los efectos de la inconsecuencia que consistiría en castigar —en ausencia de aquel precepto— a la mujer con la misma pena del autor cuando es inductora y en dejarla impune, en cambio, cuando fuera más allá y contribuyese al hecho, por ejemplo, como coautora.

Idéntico razonamiento realiza SCHÜNEMANN en relación con el elemento “deudor” del delito de alzamiento de bienes del § 288 StGB. Según SCHÜNEMANN, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la redacción del tipo, solo el “deudor” puede cometer el delito como autor, es insatisfactorio que cuando el no deudor (por ejemplo, un amigo del deudor) realiza una contribución al hecho, que, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, daría lugar a autoría (por ejemplo, se queda con su colección de sellos en perjuicio de los acreedores del primero) no sea castigado en absoluto y, en cambio, sí sea castigado cuando su conducta sea de mera participación.

Comparadas estas dos clases de conducta, se produce, por tanto, la insatisfactoria consecuencia de que la conducta más grave de las dos, esto

es, la de autoría, quedaría impune, mientras que la de menor gravedad, es decir, la de participación, sería punible. Puesto que la redacción típica del § 288 StGB impide evitar esta inconsecuencia, SCHÜNEMANN celebra que exista un precepto, el § 28.1 StGB, que permita, al menos, atenuar la pena del partícipe “*extraneus*”, aproximando, de este modo, la consecuencia jurídica de la conducta menos grave (la de participación) a la de la más grave (la de autoría), esto es, a la atipicidad. Si la conducta más grave es atípica, entonces deberá hacerse lo posible por atenuar la pena de la menos grave. En este contexto, SCHÜNEMANN da la bienvenida a la atenuación de la pena prevista en el § 28.1 StGB, así como a su aplicación a supuestos como el mencionado, por tratarse el elemento “deudor” del delito de alzamiento de bienes del § 288 StGB de un elemento personal fundamentador de la pena “*valorativamente neutral pero especial*”.

Frente a la tesis de SCHÜNEMANN se han alzado, en mi opinión con todo fundamento, algunas voces críticas. Entre ellas destacan las de ROXIN y HERZBERG.

Según ROXIN, de acuerdo con la valoración del legislador que sirve de base a la tipificación del § 183 StGB, no resulta contradictorio castigar la conducta de una mujer que induce al exhibicionismo a un hombre y no hacer lo propio, en cambio, cuando su aportación es de coautoría, porque la primera conducta es, en realidad, de mayor gravedad que la segunda. Según ROXIN, el legislador ha tenido en cuenta que, en la práctica, el exhibicionismo femenino apenas sí tiene lugar, así como que, cuando tiene lugar alguna conducta de esta clase, la perturbación a que da lugar consiste en una perturbación muy inferior a la que ocasionan las conductas de exhibicionismo masculino. Por esta razón, el legislador ha considerado que las conductas de exhibicionismo femenino no son

merecedoras de pena. Debido a ello, el argumento de SCHÜNEMANN en favor de la atenuación de la pena de la mujer que participa en una conducta de exhibicionismo masculino carece, para ROXIN, de toda base.⁶⁸⁶

Según HERZBERG, el razonamiento de SCHÜNEMANN debe ser rechazado por un triple motivo: es inconsecuente, es erróneo desde un punto de vista teleológico y, por último, tergiversa el sentido en que debe ser entendido el § 28.1 StGB.

HERZBERG afirma, en primer lugar, que el planteamiento de SCHÜNEMANN es inconsecuente. La razón por la que HERZBERG realiza esta afirmación es la siguiente: si se compara el comportamiento de autoría con el de participación del no cualificado, y se concluye que el partícipe no ha realizado un injusto tan grave como el que habría realizado si se hubiese encontrado en el papel de autor, por lo que el castigo de su conducta resulta injusto, entonces la única solución correcta sería la completa impunidad del partícipe, esto es, la misma consecuencia jurídica prevista para el autor no cualificado.⁶⁸⁷

Frente a esta consecuencia señala HERZBERG que no cabe objetar que la aplicación de las reglas generales sobre participación previstas en el StGB obliga a castigar al partícipe que interviene en un hecho típico y antijurídico, porque hay casos de participación en un hecho típicamente antijurídico que la ley, sin embargo, deja sin castigar. Tal es el caso, por ejemplo, del quien ruega a otro que lo mate, no produciéndose finalmente el resultado. En Alemania, al inductor del homicidio rogado (o suicidio ejecutivo) no se le castiga.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/40.

⁶⁸⁷ *Vid.* HERZBERG, *ZStW* 1976 (88), pp. 86 s.

⁶⁸⁸ *Vid.* HERZBERG, *ZStW* 1976 (88), pp. 86 s.

Sin embargo, frente a esta última argumentación de HERZBERG cabe oponer —además de que la inducción al homicidio no es típica en Alemania, pero sí en España (art. 143.1 CP)— que, desde un punto de vista estructural, el hecho base en el delito de homicidio rogado (§ 216 StGB) es la conducta del suicida. En un sentido ontológico, el sujeto que *accede* a la conducta de otro no es, por tanto, quien induce a su propia muerte, sino quien la ejecuta (o lo intenta). No es correcto, por tanto, afirmar que de acuerdo con las reglas generales sobre la participación previstas en la Parte General del StGB, la conducta de quien ruega su muerte debería ser objeto de castigo, deduciéndose su atipicidad solo de la Parte Especial. Antes al contrario, las reglas generales sobre la participación delictiva disponen que solo podrá castigarse al partícipe en un hecho delictivo típico y antijurídico. El sujeto que solicita a otro que lo mate no participa en un hecho típico y antijurídico (la ejecución del suicidio), sino que, al contrario, es el autor de un hecho atípico: su propio suicidio.

En segundo lugar, HERZBERG señala, con razón, que la argumentación de SCHÜNEMANN es errónea desde un punto de vista teleológico. SCHÜNEMANN parte de la atipicidad de la autoría del no cualificado para tratar al partícipe no cualificado del modo más benévolo posible dada la similitud de injusto existente entre ambas conductas. A HERZBERG este proceder le parece totalmente improcedente, porque tergiversa por completo la voluntad del legislador. Que el legislador haya decidido no castigar las conductas de autoría cometidas por sujetos extraños al círculo de deudores no significa que tampoco las conductas de participación de extraño sean merecedoras de pena. Interpretar el § 288 StGB en relación con el § 28 StGB partiendo de esta premisa conduce a una fundamentación de este último precepto que tergiversa absolutamente el sentido del mismo.⁶⁸⁹

Por último, HERZBERG pone de relieve que la solución de SCHÜNEMANN vacía el § 28.1 StGB de todo fundamento material. Según HERZBERG, ello se debe a que, si se entiende que toda atenuación de la pena debe obedecer a la existencia de una disminución del injusto o

⁶⁸⁹ *Vid.* HERZBERG, ZStW 1976 (88), pp. 86 s.

de la culpabilidad, y se acepta que en los casos que nos ocupan tal disminución no se produce en realidad, porque el elemento “hombre” (§ 183 StGB) o “deudor” (§ 288 StGB) constituyen elementos “valorativamente neutrales”, entonces no quedará otro remedio que aceptar que la solución de SCHÜNEMANN, consistente en acudir al § 28.1 StGB para beneficiar al partícipe no cualificado en la referida constelación de supuestos, constituye un fraude de ley que desatiende por completo el sentido de la disminución de la pena prevista en dicho precepto.⁶⁹⁰

De las críticas de ROXIN y HERZBERG a la fundamentación de la atenuación de la pena prevista en el § 28.1 StGB presente en la concepción unitaria de SCHÜNEMANN, se desprende un argumento difícilmente discutible: en los delitos especiales, no es correcto comparar el contenido de injusto de la conducta del partícipe no cualificado con el de la conducta del extraño si fuera autor para concluir que la punibilidad de la primera es injusta por ser de menor gravedad que la segunda. En mi opinión, esta conclusión no puede ser correcta porque la comparación de la que resulta es, sencillamente, imposible. Carece, en efecto, de toda lógica, tratar de imaginar el contenido de injusto que tendría la conducta del “*extraneus*” si fuese autor de un delito especial, porque, por definición, un sujeto no cualificado nunca puede ser autor de un delito especial. Debe recordarse, además, que el contenido de injusto de la conducta de participación del “*extraneus*” no se encuentra en el mismo plano que el de la conducta del autor, sino que, mientras que éste último es principal, el del partícipe es accesorio, pues depende de la existencia de un hecho principal de autoría.

⁶⁹⁰ Vid. HERZBERG, ZStW 1976 (88), pp. 86 s.

Otro de los argumentos de SCHÜNEMANN en favor de la aplicación del § 28 StGB en los casos de exhibicionismo masculino es el siguiente: en caso de que no se aplicase el § 28 StGB, la conducta del hombre (“*intraneus*”) que induce a la mujer (“*extraneus*”) al exhibicionismo debería quedar impune, mientras que la inducción de la mujer al hombre sería, en cambio, punible. Nuevamente aquí debe ser secundada la crítica de ROXIN, quien cree que este segundo argumento de SCHÜNEMANN tampoco merece correr mayor suerte que el anterior, porque si un hombre cualificado en el sentido del § 183 StGB induce a una mujer a la realización de acciones exhibicionistas, tiene sentido que tanto la conducta de aquél como la de ésta queden impunes, ya que ni una ni otra son merecedoras de pena.⁶⁹¹

Una de las cuestiones que mayor discusión ha generado en Alemania en relación con la concepción defendida por SCHÜNEMANN consiste en la problemática que plantea la intervención de “*extranei*” en delitos especiales propios cuando no ostentan el dominio del hecho. Según SCHÜNEMANN, toda aportación de un sujeto no cualificado en un delito especial tendrá como característica común que no podrá ser calificada, en ningún caso, como una conducta de autoría. Sin embargo, no todas las aportaciones de esta clase serán iguales, sino que en algunas ocasiones el “*extraneus*” tendrá el dominio del hecho, mientras que en otras ello no ocurrirá. Según SCHÜNEMANN, de estas dos clases de conductas, el contenido de injusto de la primera de estas dos clases es superior al de las segundas. Y puesto que el hecho mismo de ser “*extraneus*” en un delito especial propio ya da lugar, según el § 28.1 StGB, a una atenuación de la pena, el único modo de tener en cuenta esta circunstancia consiste en

⁶⁹¹ Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/41.

atenuar nuevamente la pena (doble atenuación) aplicando el § 28.1 StGB en relación con el § 27 StGB.

Según este razonamiento, SCHÜNEMANN parece reconocer que en los delitos especiales propios, el autor debe cumplir dos requisitos: uno general, común a todos los delitos; y otro específico de los delitos especiales. El requisito común consiste en el dominio del hecho. El especial, en la concurrencia en su persona de la cualidad de autoría exigida por el tipo. SCHÜNEMANN entiende que en estos delitos, aquellos intervinientes a los que les falte uno de estos dos requisitos podrán beneficiarse de una atenuación de la pena. En cambio, aquellos a quienes les falten los dos, serán beneficiarios de la doble atenuación antes mencionada.⁶⁹²

Así, por ejemplo, en la concepción de SCHÜNEMANN, el no funcionario que interviene con dominio del hecho en un delito especial propio solo puede beneficiarse una vez de la atenuación de la pena, mientras que la intervención del no funcionario que actúa sin dominio del hecho, al faltarle a éste los dos elementos de la autoría, es de menor entidad, viéndose privilegiada por ello, por una doble atenuación.⁶⁹³

A la tesis de SCHÜNEMANN ha objetado ROXIN que en los delitos especiales, para ser autor no es necesaria la realización de una contribución que implique dominio del hecho.

En opinión de ROXIN, los delitos especiales se distinguen de los restantes delitos precisamente porque en los primeros, en contra de lo que sucede en estos últimos, el único criterio para la determinación de la autoría viene representado por la infracción de un deber, y no, en cambio, por el

⁶⁹² *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 367.

⁶⁹³ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 367.

dominio del hecho. No en vano, ROXIN denomina a los primeros “delitos de infracción de un deber” y a los segundos “delitos de dominio del hecho”. Así las cosas, puesto que en los delitos especiales, esto es, los delitos de infracción de un deber, ninguna importancia tiene para la determinación de la autoría el criterio del dominio del hecho, resulta completamente irrelevante si el interviniente ostenta o no ostenta este dominio.

Advierte ROXIN, por lo demás, que SCHÜNEMANN aplica la doble atenuación exclusivamente al cómplice en quien no concurre ni la cualidad especial del tipo ni el dominio del hecho, aunque, desde la lógica de su planteamiento, también debería hacerlo con respecto al inductor “*extraneus*”, en quien también podrá faltar el dominio del hecho. No obstante, SCHÜNEMANN no solo no da este paso, sino que tampoco podría darlo, ya que la ley no permite atenuar por duplicado la pena del inductor en ningún caso.⁶⁹⁴

Frente a esta crítica, SCHÜNEMANN replica a ROXIN que su contraargumentación “(...) ignora que el no cualificado que coopera con dominio del hecho recibe por ello correctamente tan solo la misma atenuación única que el inductor no cualificado, puesto que su dominio del hecho compensa por completo la diferencia de injusto que normalmente existe entre la complicidad y la inducción”.⁶⁹⁵

Sin embargo, ROXIN contesta esta última objeción de SCHÜNEMANN señalando, a mi juicio con razón, que, de todos modos, la

⁶⁹⁴ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/90.

⁶⁹⁵ *Vid.* ROXIN, *LK*, 11^a ed., § 28/89, nota 174.

solución de SCHÜNEMANN subvierte en algunos casos la valoración que el legislador realiza al decidir el marco penal por el cual debe responder el inductor y el cómplice. Uno de estos casos es, según ROXIN, el caso en que el “*extraneus*” inductor participa en un delito especial propio con dominio del hecho (por ejemplo, mediante coacción). En este supuesto, la solución de SCHÜNEMANN debería conducir a apreciar *una* atenuación de la pena de inductor. Sin embargo, ROXIN llama la atención de que, con ello, se estaría equiparando el tratamiento del inductor “*extraneus*” que actúa con dominio del hecho con el del cómplice no cualificado que interviene, igualmente, con dominio del hecho, sometiendo ambos supuestos al mismo marco penal, lo cual vendría a contradecir los §§ 26 y 27 StGB.⁶⁹⁶

Por último, contra la concepción de SCHÜNEMANN también cabe dirigir una crítica de naturaleza terminológica. En la teoría unitaria de SCHÜNEMANN, este autor no distingue entre elementos personales especiales y elementos personales no especiales, sino que todos los elementos personales deben recibir el tratamiento previsto en el § 28 StGB. Sin embargo, este entendimiento indiferenciado de los elementos personales no se compece con la letra del § 28 StGB.

En el § 28 StGB, el legislador penal alemán se refiere, tanto en el apartado 1º como en el 2º, no a todos los elementos personales del delito, sino solo a aquéllos que sean “especiales”. Ello significa que pretende distinguir entre dos clases de elementos personales: los “especiales” y los que no lo son. El sentido legal de la distinción es el siguiente: mientras que los elementos personales “especiales” no son comunicables de forma

⁶⁹⁶ Vid. ROXIN, *LK*, 11ª ed., § 28/90.

estrictamente accesoria, los elementos personales “no especiales” deben recibir el mismo tratamiento que los restantes elementos objetivos del tipo. Esto es, serán enteramente comunicables a aquellos intervinientes en el hecho que los conozcan, aunque no concurren en su persona.

Por todo ello, cabe preguntarse, como el propio SCHÜNEMANN reconoce, cuál es la función que en la solución unitaria por él defendida cumple el concepto de la referida “especialidad” (“*Besonderheit*”) del elemento personal, que una parte de la doctrina dominante utiliza como punto de conexión con el derecho positivo de sus soluciones diferenciadoras abstractas.⁶⁹⁷

Sin embargo, SCHÜNEMANN, lejos de asumir esta crítica, la rechaza radicalmente, afirmando que todos aquellos elementos que, a la luz de un análisis concreto-individual, se presenten como personales son, por principio, “especiales” en el sentido no accesorio del § 28 StGB, por el simple hecho de constituir cualidades adicionales propias del autor de ciertos delitos, y no concurrentes, por tanto, en el partícipe.

En opinión de SCHÜNEMANN, una de las consecuencias del carácter “especial” de estos elementos de autoría consiste en que, en los casos de complicidad en delitos especiales propios, al cómplice se le debe atenuar la pena en dos grados: uno por ser cómplice, esto es, por no haber contribuido al delito con una aportación que represente un dominio del hecho, y otro por no concurrir en él el elemento cualificante del autor que fundamenta la pena.⁶⁹⁸

⁶⁹⁷ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 366.

⁶⁹⁸ *Vid.* SCHÜNEMANN, Jura 1980, p. 367.

Dejando al margen, por el momento, el análisis de la conveniencia o inconveniencia de la doble atenuación del cómplice que SCHÜNEMANN plantea, debe decirse que la justificación que este autor hace de la omisión del carácter “especial” que distingue a su teoría unitaria no resulta en absoluto convincente. Si todos los elementos personales fueran “especiales” en el sentido del § 28 StGB, este precepto no se habría referido específicamente a éstos últimos, sino que habría aludido sencillamente a los “elementos personales” en su conjunto.

CAPÍTULO CUARTO

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES PROVISIONALES

I. RECAPITULACIÓN

Como se desprende de la exposición y valoración crítica de las posiciones defendidas en España (Capítulo Segundo) y Alemania (Capítulo Tercero) en relación con la naturaleza jurídica de los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales, esta cuestión, así como la concerniente a la participación de “*extranei*” en delitos especiales, ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia de uno y otro país de un modo metodológicamente diferente. Así, son pocos autores y resoluciones judiciales los que en España se han ocupado del fundamento de los delitos especiales y la naturaleza jurídica de los delitos especiales a partir del análisis de los elementos que limitan la autoría en esta clase de delitos. En nuestro país, los delitos especiales han sido objeto de interés, sobre todo, en relación con los problemas de codelincuencia que generan, que han intentado ser resueltos, especialmente, mediante la aplicación de los principios generales de la participación en el delito, las reglas generales sobre la comunicabilidad de las circunstancias y, por último, la teoría de los concursos de leyes. En Alemania, en cambio, la existencia en el derecho positivo de un párrafo directamente aplicable a los delitos especiales, el § 28 StGB y la necesidad de interpretar este precepto ha obligado a la doctrina y la jurisprudencia de aquel país a pronunciarse con mayor profundidad sobre la naturaleza jurídica de los elementos que restringen la autoría en los delitos especiales. En mi opinión, la aportación alemana a

esta materia resulta de gran utilidad también para el análisis de la cuestión en España, tanto “*de lege lata*” como “*de lege ferenda*”, ya que muchos de los delitos especiales previstos en el StGB también son delitos especiales de acuerdo con nuestro CP.

En España, la problemática que plantea la participación de “*extranei*” en delitos especiales impropios ha sido solucionada de tres modos diferentes: mediante las soluciones *diferenciadoras*, *unitarias* y *mixtas*. De acuerdo con las primeras, el “*extraneus*” que participa en un delito especial impropio debe responder por el delito común paralelo. Según las segundas, el “*extraneus*” responderá por el delito especial cometido por el “*intraneus*”. Y, por último, de conformidad con las soluciones mixtas, el “*extraneus*” responderá por el delito especial, pero le será aplicada una pena de gravedad intermedia a la del delito especial y la del delito común paralelo.

En mi opinión, de estas tres clases de soluciones, las únicas que resuelven correctamente el problema planteado son las soluciones unitarias. Las soluciones diferenciadoras adolecen, desde mi punto de vista, de un triple defecto. En primer lugar, de acuerdo con su actual redacción, el art. 65 CP no resulta aplicable, ni directa ni analógicamente, a los delitos especiales. En segundo lugar, las soluciones diferenciadoras vulneran los principios de unidad del título de imputación y de accesoriedad de la participación. Y, por último, el delito especial impropio constituye un delito cualitativamente distinto con respecto al delito común paralelo. En el caso concreto, esta última conclusión solo podrá alcanzarse por medio de una interpretación teleológica de los tipos en juego, no —o no exclusivamente— a través de los indicadores formales de sustantividad propuestos por la doctrina del “*Delictum sui generis*”.

Por lo que respecta a las soluciones mixtas defendidas en España, no cabe duda de que la que mayor impacto ha causado en nuestra doctrina y jurisprudencia es la solución del “término medio ideal” de GIMBERNAT ORDEIG. En mi opinión, la solución de GIMBERNAT no resulta satisfactoria principalmente porque se construye sobre la base de una premisa discutible: el delito especial impropio y el delito común paralelo se encuentran en una relación de concurso *aparente* de leyes. Según mi parecer, es preferible entender, en cambio, que la relación concursal existente entre las leyes implicadas no es aparente, sino *real*. Según creo, puede afirmarse que el concurso de leyes existente entre un delito especial impropio y el correspondiente delito común paralelo debe ser resuelto de acuerdo con los principios de especialidad y alternatividad. El primero es aplicable por virtud de la relación *lógico-formal* de inclusión existente entre los preceptos en juego. El segundo, porque dichos preceptos también se hallan en una relación *valorativa* de *aliud-aliud*. Estas dos relaciones no son incompatibles.

En Alemania, la discusión sobre el fundamento de los delitos especiales y su incidencia en la resolución de los casos de codelincuencia de “*intraanei*” y “*extranei*” en esta constelación de delitos ha girado en torno a la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los elementos que limitan la autoría en esta clase de delitos.

Según un primer sector doctrinal y jurisprudencial, los elementos en cuestión pueden consistir en elementos *referidos al autor* o *referidos al hecho*, siendo los primeros comunicables al “*extraneus*” y los segundos, en cambio, no, por ser de naturaleza altamente personal. Desde mi punto de vista, este primer criterio, además de resultar excesivamente formal, no tiene en cuenta la circunstancia de que, en la mayor parte de los delitos

especiales autor y conducta típica constituyen dos elementos del tipo difícilmente disociables.

Un segundo grupo de autores creen oportuno distinguir entre los *elementos personales* (no comunicables) y los *elementos objetivos* (comunicables). El primer defecto de este criterio consiste en que ninguno de los autores que lo defiende explica cuáles son las reglas que permiten reconocer a los elementos que nos ocupan el carácter de “personal”, o en que quienes lo hacen se remiten para ello a otros criterios (por ejemplo, el criterio del deber jurídico especial). El segundo defecto de la distinción que ahora nos ocupa reside en lo siguiente: puesta que esta concepción considera que el injusto de los delitos especiales tiene una parte objetiva y otra personal, se trata de conocer cuál de estas partes es comunicable al partícipe “*extraneus*” y cuál no. Sin embargo, la teoría de los elementos personales del injusto personal o dejan esta pregunta sin respuesta, o la contestan de una forma no unitaria.

De conformidad con un tercer criterio, los delitos especiales pueden ver limitado el círculo de posibles autores mediante *elementos referidos al autor* o *referidos al bien jurídico*. Los primeros no serían comunicables, mientras que los segundos, en cambio, sí. Contra el criterio que acaba de ser descrito puede afirmarse que, al igual que el criterio de los elementos referidos al autor y los referidos al hecho, el criterio que ahora interesa ignora la estrecha relación entre autor y conducta típica existente en muchos delitos especiales. Sin embargo, de entre todos los criterios propuestos por la doctrina, la distinción entre elementos relativos al autor y elementos relativos al bien jurídico constituye, según mi parecer, uno de los más atendibles, porque se muestra plenamente respetuosa con dos de las ideas básicas que dominan esta materia: la teoría del favorecimiento del

injusto ajeno como fundamento de la participación delictiva y la accesoriedad limitada del partícipe.

Según la primera y segunda formulación de la concepción de HERZBERG, los elementos que limitan la esfera de posibles autores de un delito especial pueden ser de dos clases: elementos “*referidos a valores*” y elementos “*valorativamente neutrales*”. Los primeros son personales, y, por tanto, no comunicables, mientras que los segundos, en cambio, sí lo son. En favor de la tesis de HERZBERG puede invocarse el argumento de que, ciertamente, en algunos delitos especiales, la ausencia en el “*extraneus*” del elemento cualificante no determina una disminución del injusto de su conducta. Sin embargo, las formulaciones del planteamiento de HERZBERG que ahora se someten a consideración también son merecedoras, en mi opinión, de una crítica que afecta a la propia base del planteamiento: en el tipo no hay elementos “*valorativamente neutrales*”. En efecto, si se entiende que el tipo no constituye algo meramente formal, ni un mero indicio de la antijuricidad, sino la expresión de un primer juicio de valor provisional, deberá admitirse que todos los elementos del tipo tienen un contenido valorativo.

De acuerdo con la tercera formulación de la concepción de HERZBERG, los elementos cualificantes de los delitos especiales pueden clasificarse en tres grupos: elementos “*funcionalmente objetivos*”, elementos “*meramente tipificadores*” y, por último, elementos “*relevantes para el desvalor del hecho*”. Las dos primeras clases de elementos son comunicables, la tercera, en cambio, no lo es. Desde mi punto de vista, esta nueva clasificación de HERZBERG tuvo la virtud de poner de manifiesto la existencia de dos clases de delitos que hasta entonces habían pasado inadvertidas. La primera clase comprende a aquellos delitos caracterizados

por que, en ellos, los elementos que limitan el círculo de posibles, a pesar de su apariencia personal, consisten en elementos objetivos encubiertos, esto es, en elementos aparentemente personales, pero funcionalmente objetivos. En mi opinión, ello es lo que ocurre en Derecho penal español, por ejemplo, con los elementos “promotores, constructores o técnicos directores” de los delitos urbanísticos (arts. 319 ss. CP). La segunda clase de delitos es aquella en que los aparentes elementos personales de autoría tipifican situaciones fenomenológicas prejurídicas frecuentes o típicas, cuyo contenido de injusto no es necesariamente mayor que el de las conductas que quedan excluidas del tipo. Algunos ejemplos de estos elementos vienen representados por el elemento “hombre” del delito de exhibicionismo masculino previsto en el § 183 StGB, o el elemento “deudor” del delito de alzamiento de bienes. No obstante, a esta nueva formulación de HERZBERG debe seguir oponiéndose la idea de que ni los elementos personales “funcionalmente objetivos” ni los elementos personales que tipifican situaciones prejurídicas o fenomenológicas frecuentes o típicas pueden ser calificados como elementos “valorativamente neutrales”. En efecto, mediante estas dos clases de elementos, el legislador realiza una selección de los comportamientos humanos que considera penalmente relevantes.

De conformidad con otra línea de pensamiento, se ha pretendido concebir a los delitos especiales como delitos caracterizados por un especial contenido de injusto. Esta idea se ha articulado a través de tres clases de teorías: por una parte, las teorías vinculadas a la idea de norma o deber jurídico especial; por otra, las teorías que fundamentan el injusto especial de los delitos especiales acudiendo a la idea de “posición social especial”; por último, las teorías que ven el fundamento de los delitos especiales en la existencia de un bien jurídico especial.

a) Según la teoría de la norma especial, cuyos principales representantes son BINDING y NAGLER, los delitos especiales se caracterizan por que, en ellos, la norma tiene un círculo limitado de destinatarios. Según creo, esta afirmación es tan cierta como formal y tautológica, por lo que no puede constituir un criterio material válido para la determinación de la esencia de los delitos especiales. Además, una concepción del delito de cuya conformidad la esencia del mismo venga representada por la infracción de una norma favorece la aparición de un Derecho penal autoritario en mayor medida de lo que lo haría otra que lo contemple como la lesión o puesta en peligro penalmente desvalorada de un bien jurídico.

Tampoco las teorías según las cuales los elementos cualificantes de los delitos especiales son elementos de deber jurídico especial, defendida, entre otros autores, por WELZEL, KAUFMANN, ROXIN, JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA, están exentas de objeciones. Por lo que respecta a las concepciones de WELZEL y KAUFMANN, la principal objeción que cabe formular contra ellas es la siguiente: en contra de lo que afirman estos autores, es preferible entender que los elementos cualificantes de los delitos especiales que expresan deberes jurídicos especiales no pertenecen a la antijuricidad, ni son elementos “puros” de autoría, sino que se trata de auténticos elementos del tipo. Frente a la teoría de los “*Pflichtdelikte*” de ROXIN, debe señalarse, en segundo lugar, que si la esencia de los delitos especiales reside en su contenido especial de injusto *penal*, el deber jurídico especial en que consiste el elemento cualificante no puede ser, como afirma aquel autor, de naturaleza extrapenal, sino jurídico-penal. Por último, las concepciones de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA ponen de relieve la existencia de dos clases de delitos especiales consistentes en la infracción de un deber: los delitos especiales

de “*posición social*” y los delitos especiales “*de institución*”. Desde mi punto de vista, aunque —como se indicará más tarde—esta distinción es ampliamente compartible, debe advertirse que, en mi opinión, probablemente tiene el defecto de ser algo reduccionista. Porque también en los delitos especiales “institucionales”, el fundamento material del delito especial se encuentra no en la institución en sí, sino en la *función* institucional que desarrolla el sujeto de acuerdo con la *posición* social que ocupa.

b) Por lo que respecta a las teorías del injusto especial no directamente vinculadas a la idea de norma o deber jurídico especial, representadas por las concepciones de VOGLER, LANGER, GERL, DEICHMANN o HAKE, debe señalarse que todas ellas parten de la idea común de que lo que caracteriza a todos los delitos especiales es que solo pueden ser autores del mismo aquellos sujetos que ocupen una determinada posición social especial. En mi opinión, aunque esta idea también resulta insuficiente para explicar de un modo correcto la esencia de todos los delitos especiales, sí debe ser reconocida como una idea ampliamente compartible, ya que enlaza satisfactoriamente con los principios que están en la base del Derecho penal *social* y *democrático* de un Estado social y democrático de derecho.

c) Por último, las teorías según las cuales el fundamento de los delitos especiales consiste en que en ellos se produce la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico especial, esto es, de un bien jurídico que solo puede ser lesionado o puesto en peligro por el “*intraneus*” tampoco pueden prosperar. Porque de lo contrario, debería aceptarse una consecuencia que, sin embargo, ni desde un punto de vista dogmático, ni desde un punto de

vista político-criminal resulta asumible: la impunidad de la participación de “*extranei*” en delitos especiales propios.

Para otros autores alemanes, los elementos cualificantes de los delitos especiales expresan un especial desvalor ético-social o ético-personal. Por ello consisten en elementos altamente personales no comunicables. Estos elementos se distinguen de aquéllos que se limitan a expresar algo relativo a la dañosidad social o lesividad de la conducta. En este caso, los elementos en cuestión no serán personales, sino que deberán ser comunicados a todos aquellos intervinientes en el hecho que los conozcan. Tampoco este criterio es de recibo, porque aunque todos los delitos pueden ser merecedores, por definición, de un juicio de reproche ético-social, ello no significa que la esencia del delito (tampoco del delito especial) resida en la existencia de un desvalor ético-social adicional al desvalor jurídico-penal por la dañosidad social que representa. De lo contrario, podría producirse una inadmisibile confusión entre el Derecho y la Moral.

En opinión de otro grupo de autores, los elementos que limitan el círculo de autores en los delitos especiales pueden pertenecer al injusto o la culpabilidad. Los primeros serán comunicables a todo aquél que los conozca. Los segundos, en cambio, solo podrán imputarse a aquellos sujetos en quienes concurran personalmente. Sin embargo, entiendo que este criterio no puede ser admitido, porque, según mi parecer, todos los elementos en cuestión pertenecen al tipo de injusto, no a la culpabilidad. En mi opinión, ello también ocurre en aquellos delitos especiales donde el criterio ahora sometido a discusión ha ejercido mayor influencia: los antiguos delitos de infanticidio y aborto “*honoris causa*”.

II. CONCLUSIONES PROVISIONALES

A partir del análisis crítico de la discusión doctrinal y jurisprudencial española y alemana sobre el fundamento de los delitos especiales cabe extraer, además, otras conclusiones:

1. Es posible explicar la relación de autoría en todos los delitos, también, por tanto, en los delitos especiales, a partir de un concepto restrictivo de autor que lo defina como el sujeto que ostenta el dominio del riesgo típico del delito.

2. Desde mi punto de vista, uno de los escasos autores españoles que ha profundizado con acierto en la naturaleza jurídica de los elementos de autoría a los que nos estamos refiriendo como método para conocer su fundamento es GRACIA MARTÍN. En opinión de este autor, la mayor parte de los delitos especiales consisten en “delitos de dominio social”, porque, en ellos, el bien jurídico protegido se encuentra ínsito en una estructura social cuyo titular es el autor del delito. Así, por ejemplo, en los llamados “delitos de funcionario”, el bien jurídico protegido se halla en una esfera social dominada por el funcionario, de tal modo que aquél se caracteriza por encontrarse en una posición de especial vulnerabilidad con respecto al funcionario. De modo análogo a lo que ocurre en las concepciones de algunos penalistas alemanes, como SCHÜNEMANN o HERZBERG, el autor que ahora nos ocupa considera que el autor del delito especial se distingue, frente al resto de intervinientes en el hecho, por ostentar el “dominio social de la vulnerabilidad del bien jurídico”.⁶⁹⁹

⁶⁹⁹ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., pp. 350 ss.

Las esferas sociales en que se encuentra el bien jurídico protegido en los delitos especiales pueden ser —prosigue GRACIA— cerradas o abiertas.⁷⁰⁰ Determinados bienes jurídicos solo pueden ser lesionados en el marco de una esfera social cerrada. Ello ocurre en los delitos especiales. Otros bienes jurídicos, en cambio, gozan de una mayor “movilidad”, ya que pueden estar presentes en distintas estructuras sociales. Es lo que sucede en los delitos especiales impropios.

En los delitos especiales propios, que se caracterizan por estar representados por una estructura social cerrada, el autor del delito es el sujeto que tiene el dominio de la estructura social mediante el ejercicio de su cargo. Así, por ejemplo, en los delitos especiales de funcionario público, el titular del dominio de la estructura social es, normalmente, el funcionario dentro de las competencias específicas de su cargo.⁷⁰¹

3. También asiste la razón a GRACIA MARTÍN cuando afirma que en los delitos especiales, el tipo no solo limita el ámbito de protección de la norma mediante la limitación del círculo de autores, sino también la redacción de la conducta típica.⁷⁰² En efecto, no es correcto entender que solo nos encontramos ante un delito especial cuando el tipo exige expresamente la concurrencia en el autor del delito de alguna cualidad, propiedad o relación, porque, en ocasiones, la limitación del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales frente a los comunes no tiene lugar a través elementos especiales de autoría, sino por medio de la propia conducta típica. En algunos delitos especiales, aunque

⁷⁰⁰ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., p. 356.

⁷⁰¹ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., p. 358.

⁷⁰² Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., pp. 355 ss.

de la literalidad del tipo parezca deducirse que autor del delito puede serlo cualquiera, porque el legislador ha acudido a la fórmula “el que” propia de los delitos comunes, lo cierto es, sin embargo, que ello no es así. Porque en dichos delitos, tal y como está descrita la conducta típica, el dominio del riesgo típico no puede tenerlo cualquiera, sino únicamente determinados sujetos. No puede ser autor del delito cualquier sujeto, sino solo algunos. Por ello puede afirmarse que en los delitos especiales, no solo se produce una limitación del círculo de posibles autores, sino también una restricción del injusto típico a determinadas esferas o estructuras sociales.

Así, por ejemplo, en el delito de alzamiento de bienes, según el art. 257.1º CP “será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores”, aunque la ley no exija que el autor del delito sea el “deudor”, la redacción de la conducta típica, que está descrita mediante la utilización del verbo reflexivo “alzarse”, obliga a entender a aquél como el único autor posible del delito, como el único sujeto que puede dominar el riesgo típico previsto por la ley. Con esta restricción de la esfera de posibles riesgos típicos para las expectativas de realización del derecho de crédito del acreedor, el legislador parece declarar típicamente irrelevantes, de forma tácita, el resto de posibles riesgos para aquél. Parece declarar típicamente irrelevante, por ejemplo, el riesgo consistente en que un tercero, por ejemplo un amigo del deudor a quien ha sido confiada la custodia de la casa de este último en su ausencia, distraiga en perjuicio del acreedor una importante colección de sellos del deudor (ejemplo de HERZBERG). Aunque ello puede resultar discutible, esta limitación del círculo de autores podría no estar completamente justificada en términos de adecuada protección del bien jurídico.

Es cierto que, en la realidad fenomenológica, los riesgos para el derecho de crédito de un acreedor proceden, normalmente, del propio deudor, porque es quien “domina”, quien puede disponer de su patrimonio, y quien puede tener más interés en que el acreedor no pueda cobrar su crédito. Sin embargo, es dudoso que en los casos —sin duda más excepcionales— en que la distracción en perjuicio del acreedor no proceda del deudor, sino de un tercero, la conducta sea menos grave. En términos de dañosidad social, dicha conducta podrá ser igual de nociva para el acreedor, o incluso más, que un hipotético alzamiento del deudor.

Como acaba de advertirse, en el delito de alzamiento de bienes, el legislador se ha limitado a tipificar el riesgo principal para el bien jurídico, el que sin duda planeará con mayor fuerza sobre el derecho de crédito del acreedor: que el propio deudor se alce con sus bienes en su perjuicio. Aunque probablemente no descarta otros posibles riesgos, probablemente los considera tan poco frecuentes que no los contempla como merecedores de ser tipificados. Sin embargo, en otros ámbitos en que el dominio del riesgo típico lo tenga un sujeto distinto al titular de la estructura social de la que proceden los principales riesgos para el bien jurídico que pretende protegerse se produzcan en la práctica con mayor frecuencia, el legislador suele tipificar los delitos especiales en que ello ocurre ampliando el espectro de posibles autores del delito a terceras personas que se incorporan ocasionalmente a la estructura social antes referida. Esto último sucede, por ejemplo, en algunos delitos especiales de funcionario.

GRACIA MARTÍN entiende —creo que nuevamente con acierto— que para analizar correctamente estos últimos supuestos resulta de utilidad distinguir entre dos conceptos. Se trata de los conceptos de *status* y función. El primero se refiere a la posición jurídica, económica o

social que el sujeto ocupa en la sociedad, mientras que el segundo guarda relación con la función social o institucional que le corresponde desarrollar. Si en la mayoría de los delitos especiales es correcto afirmar que el autor tiene el dominio del riesgo típico, ello no obedece al dato formal consistente en que el sujeto tenga un *status* determinado, sino al dato *material* relativo a la función que desarrolla. En los delitos especiales, la esencia del dominio del riesgo típico no reside en la formalidad del *status*, sino que es material, y se basa en la función que realiza el sujeto. Lo que al sujeto le confiere dominio, capacidad de disposición sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, no es el *status*, sino el ejercicio de la función en que se encuentra implicado el bien jurídico.⁷⁰³

La implicación de un bien jurídico en la función que realiza el sujeto puede ser esencial u ocasional. Es esencial cuando en un delito especial de funcionario, el incumplimiento mismo de la función institucional que desempeña el autor cualificado representa la lesión del bien jurídico protegido en el delito correspondiente. Ello sucede, por ejemplo, en el delito de prevaricación judicial (art. 446 CP), ya que los únicos autores posibles del mismo, el Juez o Magistrado y el Secretario judicial, tienen como función institucional la de dictar resoluciones conforme a derecho, y la lesión del bien jurídico protegido en este delito se produce, precisamente, cuando se dicta “a sabiendas” una “sentencia o resolución injusta”. El bien jurídico se implica en una función solo de forma ocasional, en cambio, cuando la conducta típica no representa el incumplimiento mismo de la función específica desempeñada por el funcionario, pero, no obstante, el sujeto cualificado tiene el dominio social sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, porque su competencia le facilita

⁷⁰³ Vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., pp. 364 ss.

el acceso al bien jurídico por las mayores posibilidades de las que dispone. Ello ocurre, por ejemplo, en el delito previsto en el art. 444 CP.

De conformidad con este precepto, “1. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de Centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años. 2. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad”.

4. En mi opinión, la distinción de GRACIA MARTÍN entre los delitos especiales en que el bien jurídico incide esencialmente en la función desempeñada por el sujeto, y aquellos en que ello ocurre solo ocasionalmente puede resultar de utilidad en otro ámbito. Me estoy refiriendo a la delimitación entre delitos especiales impropios de funcionarios y tipos agravados por razón de la condición de funcionario del sujeto activo. Según GRACIA, cuando el sujeto realiza la conducta típica *en* el ejercicio de sus funciones, o *con ocasión* de ellas, puede suceder, como ya se ha señalado, que la lesión del bien jurídico sea, respectivamente, esencial u ocasional al incumplimiento de la función del autor. En cualquiera de los dos casos, el autor se encuentra en una relación de dominio social con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. Se trata de un delito especial “distinto”. En cambio, cuando la conducta típica de un delito *no* es realizada en el ejercicio de sus funciones, ni siquiera con ocasión de aquélla, entonces el delito en cuestión consistirá en un simple tipo agravado por razón de la mayor facilidad de ejecución de la que se favorece el funcionario público.

Así, por ejemplo, en la discusión sobre si los delitos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP constituyen delitos especiales impropios o bien simples tipos agravados por la condición de funcionario público del autor, un argumento a favor de esta segunda alternativa podría ser el siguiente: puesto que, a diferencia de lo que sucede en los delitos “cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual” (arts. 529 ss. CP) y los delitos “cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad” (arts. 534 ss. CP), en los delitos tipificados en los arts. 167, 198 y 204 CP la autoridad o funcionario público comete la conducta típica “fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito”, esto es, como si de un particular se tratase, estos últimos delitos consisten en simples tipos agravados de los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos, y allanamiento de morada, mientras que aquéllos constituyen, en cambio, delitos especiales propios.

Considero dudoso, en cambio, que los elementos “autoridad o funcionario público” de los arts. 167, 198 y 204 CP deban ser calificados como elementos típicos accidentales personales y, por tanto, no comunicables al particular que intervenga en aquellos delitos. En mi opinión, se trata de un elemento de naturaleza objetiva, que guarda una evidente analogía con la circunstancia genérica agravante prevista en el art. 22.7ª CP, y cuyo fundamento reside en el incremento de la peligrosidad “*ex ante*” de la conducta por la mayor facilidad de ejecución que aquella condición proporciona al sujeto que la ostenta. Según entiendo, la diferencia esencial del elemento “autoridad o funcionario público” como elemento de los delitos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP y como elemento de los delitos contra la Administración pública reside, no en que en los primeros tenga naturaleza personal y en los segundos naturaleza

“objetiva”, sino en lo siguiente: como elemento accidental de los arts. 167, 198 y 204 CP, el elemento que ahora se analiza no da lugar a un cambio de delito, sino que aquéllos siguen representando, exclusivamente, la lesión de los correspondientes intereses individuales, esto es, la libertad ambulatoria, la intimidad y la intimidad domiciliaria. En cambio, como elemento esencial de los delitos especiales impropios de funcionario, el elemento que nos ocupa da lugar a la aparición de un nuevo delito, que representa la lesión de un bien jurídico supraindividual: el correcto funcionamiento de la Administración pública. Ello ocurre, por ejemplo, en el delito de falsedad en documento público cometido por funcionario público (art. 390.1 CP).

5. Sobre todo desde principios de los años 90, la doctrina y la jurisprudencia españolas defienden que los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales deben ser resueltos aplicando dos reglas básicas. La primera consiste en que el “*extraneus*” debe responder por el delito especial cometido por el “*intraneus*”. La segunda, que la pena del partícipe debe ser atenuada. En mi opinión, la primera regla es completamente atendible. También lo es, en principio, la segunda, aunque ello debe ser, sin embargo, matizado.

5.1. Por lo que respecta a la primera regla, la cuestión resulta ociosa en relación con los delitos especiales propios. Es obvio que, puesto que el extraño que participa en esta clase de delitos no podría ser castigado por ningún otro delito, si tampoco respondiera como partícipe en el delito especial cometido por el “*intraneus*”, su conducta quedaría impune. Y, aunque algunos autores alemanes (SCHMIDHÄUSER y LANGER) han defendido la impunidad del extraño que participa en un delito especial, la presente investigación se ha encargado de evidenciar que esta solución es completamente incorrecta. Mucho mayor es, en cambio, la discusión que

suscitan los supuestos de participación de “*extranei*” en los delitos especiales impropios. Desde el punto de vista adoptado en la presente investigación, la solución que se presenta como preferible es la solución unitaria, porque es la única que respeta plenamente los principios de unidad de título de imputación y accesoriedad de la participación, y que permite resolver *todos* los casos de participación en delitos especiales, propios e impropios, de un modo *unitario*.

5.2. En cuanto a la atenuación de la pena del partícipe extraño en un delito especial, en aquellos ordenamientos jurídico-penales donde la cuestión se encuentra expresamente resuelta por la ley, aquella atenuación no resulta discutible. Ello sucede, por ejemplo, en Alemania, donde la doctrina y la jurisprudencia dominantes entienden —en mi opinión con razón— que, tanto en los delitos especiales propios (§ 28.1 StGB) como en los impropios (§ 28.2 StGB), la pena del “*extraneus*” debe ser, en principio, atenuada. De más difícil solución es la cuestión ahora planteada a la luz del CP español.

A pesar de que nuestro texto legal no resuelve expresamente los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales propios o impropios, un sector de la doctrina y la jurisprudencia españolas se muestran favorables a castigar al partícipe por el delito especial, aunque con una atenuación en la pena. Defienden esta posición en la doctrina BACIGALUPO ZAPATER,⁷⁰⁴ PÉREZ ALONSO,⁷⁰⁵ CHOCLÁN

⁷⁰⁴ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 4ª ed., cit., p. 382.

⁷⁰⁵ Vid. PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias ...*, cit., pp. 240 s.

MONTALVO,⁷⁰⁶ CALDERÓN CERESO / CHOCLÁN MONTALVO,⁷⁰⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS⁷⁰⁸ y RUEDA MARTÍN.⁷⁰⁹ En la jurisprudencia, el TS la ha defendido en las SSTs 12 febrero 1992 (Ar. 471), 21 marzo 1992 (Ar. 973), 18 enero 1993 (Ar. 6482), 2 febrero 1994 (Ar. 759), 24 junio 1994 (Ar. 5031), 20 mayo 1996 (Ar. 3838), 12 febrero 1997 (Ar. 1362), 12 julio 1999 (Ar. 6215), 21 diciembre 1999 (Ar. 9436), 28 marzo 2001 (Ar. 751) y 11 junio 2002 (Ar. 6817), entre otras.

Según este sector doctrinal y jurisprudencial, especiales necesidades político-criminales, de justicia material y proporcionalidad exigen la atenuación de la pena del “*extraneus*” en todo delito especial. Tres son los mecanismos por los que este propósito atenuador pretende articularse. El primero consiste en la aplicación de una circunstancia genérica atenuante analógica del art. 21.6ª CP (antiguo art. 9.10 CP 1944). El segundo, la aplicación analógica del art. 65 CP (antiguo art. 60 CP 1944). Y el tercero, en castigar al partícipe “*extraneus*” con la pena correspondiente a la participación en un delito intentado. De estas tres soluciones, la adoptada por la mayor parte de los autores y las sentencias que integran este sector doctrinal y jurisprudencial es la primera. La segunda solución, consistente en la aplicación analógica del actual art. 65 CP, solo ha sido defendida, en lo que alcanzo a ver, por CHOCLÁN

⁷⁰⁶ *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, “La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio”, AP 1995, pp. 95 ss.

⁷⁰⁷ *Vid.* CALDERÓN CERESO / CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., 2001, pp. 407 s.

⁷⁰⁸ *Vid.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994)”, AP 1996, pp. 19 ss.

⁷⁰⁹ *Vid.* RUEDA MARTÍN, RDPC 2001, pp. 162 ss.

MONTALVO.⁷¹⁰ Y la tercera, en cuya virtud corresponde imponer al partícipe la pena de la tentativa, solo lo ha sido por PÉREZ ALONSO.⁷¹¹

En mi opinión, existen argumentos para afirmar que la solución planteada por la doctrina y el TS es una solución correcta. Sin embargo, ni aquella ni éste los dan. Bajo la afirmación de un “menor merecimiento de pena” o de una “menor necesidad de pena” para el partícipe “*extraneus*”, o de que la solución atenuante que ahora se analiza viene impuesta por “necesidades de justicia material”, tanto la doctrina como las resoluciones citadas *supra* eluden explicar por qué es necesario practicar dicha atenuación. Hasta la fecha, ésta se ha aplicado de un modo altamente intuitivo y escasamente fundamentado. Desde mi punto de vista, resulta decisivo aportar algún criterio dogmático que sirva para explicar aquella atenuación como una solución satisfactoria y racional. Considero que este criterio también puede ser aportado a partir del concepto de autor como sujeto que domina el riesgo típico defendido en la presente investigación. En mi opinión, es posible afirmar, partiendo de dicho concepto, que, al menos en gran parte de los delitos especiales, la participación del extraño “necesita” menos pena, porque tiene menor contenido de injusto. Veamos por qué razón ello es así.

En los delitos especiales en que las estructuras sociales en que se encuentra el bien jurídico consisten en estructura institucionalizada, como por ejemplo sucede en los delitos contra la Administración pública, el titular de dicha esfera o fuente de riesgos para el bien jurídico, normalmente la autoridad o funcionario público, será el interviniente en el

⁷¹⁰ *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, AP 1995, pp. 103 s.

⁷¹¹ *Vid.* PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias ...*, cit., pp. 240 s.

hecho con mayor facilidad de ejecución o mayor control sobre los riesgos típicos que se ciernen sobre el bien jurídico.

No cabe duda de que también en estos delitos, el particular que participa en el hecho también accede, indirectamente, al bien jurídico protegido. El no funcionario que ayuda al funcionario competente a malversar caudales públicos también pone en peligro, indirectamente, la confianza del ciudadano en el correcto funcionamiento de la Administración de justicia. Sin embargo, debe advertirse que, en estos casos, el no funcionario no solo *no tiene* el dominio del riesgo típico que caracteriza al funcionario público, sino que, como dice ROXIN, *no puede tenerlo*, porque dicho dominio procede de la función pública que desempeña el funcionario, y a la que el partícipe “*extraneus*” es ajeno.

En los delitos de funcionario, el tipo exige, normalmente, que el autor sea una autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función. Sin embargo, nada dice sobre el partícipe. Ante esta circunstancia, parece difícil negar que éste último puede ser tanto un funcionario, por ejemplo, uno cuyas competencias específicas no lo conviertan en autor, como un particular. En mi opinión, la atenuación de la pena del partícipe “*extraneus*” tendrá la virtud de atender también a la diferencia de desvalor de la acción que probablemente existe entre la conducta del partícipe “*extraneus*” y la del partícipe funcionario. En efecto, para este segundo sujeto, pese a no ser competente para realizar el tipo como autor, la ejecución de su aportación como partícipe sin duda se verá facilitada frente al “*extraneus*” por su condición de funcionario.

No obstante, creo que ninguna de las tres vías articuladas para satisfacer las pretendidas necesidades de justicia material respeta por completo el principio de legalidad.

La primera posibilidad, la que consiste en la aplicación de una supuesta atenuante analógica (art. 21.6ª CP) de “no funcionario”, ya fue rechazada en 1966, con razón, por GIMBERNAT ORDEIG, por entender que difícilmente podía aplicarse tal atenuante cuando —a diferencia de lo que, en su opinión, sucedía con la circunstancia genérica de parentesco— no existía ninguna otra respecto de la que pudiera predicarse la “análoga significación” exigida por la ley.⁷¹² Ya que de todas las circunstancias atenuantes previstas en el art. 21 CP, no existe ninguna que afecte a la categoría que se encuentra implicada cuando nos referimos a la concurrencia o la ausencia de los elementos de autoría de los delitos especiales: la antijuricidad.⁷¹³

En mi opinión, la pretendida analogía solo podría predicarse en relación con la eximente incompleta del art. 21.1ª CP en relación con alguna de las causas de justificación previstas en el art. 20 CP. Sin embargo, pretender la existencia de una analogía relevante a efectos de pena entre el menor contenido de injusto de la participación del “*extraneus*” en un delito especial con el menor contenido de antijuricidad que caracteriza, por ejemplo, a una conducta típica cometida en legítima defensiva con un exceso intensivo (art. 20.4ª CP en relación con art. 21.1ª

⁷¹² Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice ...*, cit., pp. 292 s. Se expresa en la actualidad en términos parecidos, en relación con el delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de funcionario público*, 2ª ed., Valencia 1997, p. 135. También crítica se muestra RUEDA MARTÍN, RDPC 2001 (8), p. 29, nota 166.

⁷¹³ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 25/1 ss.

CP) parece oponerse a la forma de analogía que, probablemente, tiene más sentido para la aplicación del art. 21.6^a CP: la analogía con el *efecto* modificativo del injusto y la razón específica que fundamenta la circunstancia atenuante.⁷¹⁴ Parece claro que en el caso que nos ocupa, la pretendida analogía solo puede ser afirmada en relación con el primero de estos dos efectos. Solo una aplicación del art. 21.6^a CP que se conforme con ello puede conducir a la solución atenuante que aquí se considera materialmente justa.

Tampoco puede convencer en mayor medida el segundo mecanismo, consistente en la aplicación analógica del art. 65 CP. En contra de lo que afirma CHOCLÁN, me parece evidente que sí existen importantes argumentos no solo político-criminales, sino también de legalidad, que pueden ser opuestos convincentemente a la solución que él propone. En mi opinión, de estos últimos argumentos, el más importante es el siguiente: en los delitos especiales propios, la aplicación analógica del art. 65 CP no llevaría (en el ya negado supuesto de que el elemento de autoría de estos delitos fuera contemplado como un elemento de naturaleza “personal” en el sentido del art. 65.1 CP) a la atenuación de la pena del “*extraneus*”, sino a su impunidad. En efecto, puesto que el elemento de autoría solo sería imputable al sujeto en quien concurriera, en los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales propios dicho elemento solo podría ser imputado al autor, mientras que al partícipe “*extraneus*” no se le podría hacer responder por ningún otro delito.

Por último, tampoco la tesis que toma como base de la atenuación de la pena del partícipe “*extraneus*” en un delito especial propio una

⁷¹⁴ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 6^a ed., cit., 25/49.

supuesta analogía entre estos supuestos y la tentativa, defendida entre nosotros por PÉREZ ALONSO, puede ser contemplada como una solución defendible “*de lege lata*”. Según entiendo, los casos que ahora se analizan ninguna analogía guardan con la tentativa. Y en el caso de que esta analogía existiera en los supuestos de delitos especiales propios que ahora se discuten, no se entiende, entonces, por qué razón PÉREZ ALONSO no la considera también concurrente en los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales impropios, y estima preferible en estos segundos casos, en cambio, la solución diferenciadora. Por lo demás, tampoco es cierto, como afirma PÉREZ ALONSO, que al partícipe le falta “alguno de los elementos objetivos del tipo que impide la plena consumación del mismo”. En efecto, para consumación del tipo que realiza el partícipe en un delito especial, el tipo de la participación en dicho delito, no es necesaria la concurrencia del elemento *de la autoría* en su persona. Nadie en la doctrina o la jurisprudencia españolas niega la punibilidad de la participación del “*extraneus*” en un delito especial.

6. A la vista de lo insatisfactorio de estas tres soluciones, y de lo atendible que resulta la atenuación de la pena del partícipe “*extraneus*” en estos supuestos, creo que es conveniente formular alguna propuesta, tanto “*de lege lata*” como “*de lege ferenda*”, que sirva para dar respuesta al problema planteado.

6.1. Por lo que respecta a las consideraciones “*de lege lata*”, dos son, al menos, las soluciones que cabría adoptar. La primera, que ya ha sido mencionada, consistiría en la sin duda forzada aplicación del art. 21.6ª CP antes sugerida. La segunda solución pasaría por entender que en los delitos especiales en que la participación del “*extraneus*” tenga un menor contenido de injusto, deberá entenderse que la aportación del sujeto no

cualificado nunca podrá ser lo suficientemente importante como para ser calificada como una conducta de participación necesaria o inducción. Frente a esta solución podría oponerse que, con ella, se estaría obviando la diferenciación penológica entre el inductor y el cooperador necesario, por una parte, y el cómplice, por otra, que el legislador realiza en los arts. 28, 29, 61 y 63 CP. No obstante, este argumento quizá podría ser replicado afirmándose que, puesto que los juicios de autoría y participación no constituyen juicios descriptivos, sino juicios de naturaleza *adscriptiva* o de imputación orientados a consideraciones político-criminales, podría pensarse que cuando la aportación del partícipe necesite o merezca menos pena por ser menos importante cabrá una atenuación de su pena.

6.2. Sin embargo, creo que lo más aconsejable resultaría —ya en un plano “*de lege ferenda*”— la introducción en el CP español de un precepto que regulase expresamente los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales disponiendo para ello una doble consecuencia. En mi opinión, la primera consecuencia debería consistir en disponer un tratamiento unitario para todos los supuestos de participación de “*extranei*” en un delito especial, de acuerdo con el cual el extraño respondiera, tanto en los delitos especiales propios como en los impropios, por el delito especial cometido por el “*intraneus*”. La segunda consecuencia de un tal precepto debería ser la previsión de una atenuación, al menos facultativa, de la pena del partícipe extraño en un delito especial, con independencia de que se trate de un delito especial propio o de uno impropio. Un precepto como el que acaba de ser propuesto tendría, además, la virtud de armonizar el tratamiento de todos los delitos especiales, haciendo completamente innecesaria, de este modo, una de las más perniciosas clasificaciones que ha conocido —y sigue conociendo—, en mi

opinión, la teoría de los delitos especiales: la distinción entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios.

7. Como ya se señalado *supra*, una gran parte de los delitos especiales pueden ser contemplados como delitos en que el autor tiene una posición de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. Algún autor alemán, como HERZBERG o SCHÜNEMANN, y también alguno español, como el ya citado GRACIA MARTÍN, extraen de esta circunstancia la consecuencia de que todos estos delitos especiales pueden ser contemplados, igualmente, como “delitos especiales de garante”. Se trataría, en suma, de delitos en que el autor cualificado también deberá responder, por omisión, por la no evitación dolosa o, en su caso, imprudente de la lesión del bien jurídico.⁷¹⁵ No en vano, en algunos delitos el propio legislador parece haber partido de este presupuesto. Tal es el caso de los delitos previstos en los arts. 414.1⁷¹⁶ y 415⁷¹⁷ CP.

8. Sin embargo, los delitos especiales fundamentados en el incumplimiento de una función institucionalizada, como, por ejemplo, la función pública de los funcionarios, no son los únicos delitos especiales

⁷¹⁵ *Vid.* GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro ...*, I, cit., pp. 386 ss.

⁷¹⁶ “A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.

⁷¹⁷ “La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.”

imaginables. En mi opinión, es posible referirse a la existencia de otras dos clases de delitos especiales. Cabe referirse, en primer lugar, a los delitos especiales fundamentados en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional. En estos delitos, el fundamento del dominio del riesgo típico reside en el ejercicio de una función social que coloca al autor del delito especial en una *posición* especial de dominio respecto del bien jurídico, de modo que éste se presenta, frente a aquél, como especialmente vulnerable. Ello sucede, por ejemplo, en los delitos previstos en los arts. 152.3,⁷¹⁸ 158, párr. 2º,⁷¹⁹ 180. 4º,⁷²⁰ 184.2,⁷²¹ 196,⁷²² 197.4,⁷²³ 199,⁷²⁴ 250.1.7ª,⁷²⁵ 257.1.1ª

⁷¹⁸ “Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años”.

⁷¹⁹ “Cuando los hechos descritos en el artículo anterior (*scil.* lesiones al feto con imprudencia grave) fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años”.

⁷²⁰ “Cuando, para la ejecución del delito (*scil.* de agresiones sexuales), el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

⁷²¹ “Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses”.

⁷²² “El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”.

⁷²³ “Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo (*scil.* descubrimiento y manipulación de datos secretos) se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior”.

⁷²⁶ o 290-295 (delitos societarios), entre otros. Desde mi punto de vista, también en estos delitos especiales de posición cabe afirmar que la aportación del partícipe extraño probablemente tendrá también un menor contenido de injusto, ya que su falta de dominio del riesgo resulta difícilmente “subsancable” en el caso concreto por no ocupar, a diferencia del “*intraneus*”, una posición especial de garante con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. No obstante, considero que el “alejamiento” (“*Entfernung*”) que, según ROXIN, existe entre el “*intraneus*” funcionario y el partícipe “*extraneus*” en los delitos de responsabilidad por incumplimiento de una función institucional es, en los delitos especiales de posición, inferior. En esta clase de delitos, las esferas o estructuras sociales en que se encuentra el bien jurídico no son tan cerradas ni están tan formalizadas como en los delitos “institucionales”, por lo que resultan más “penetrables” por terceros extraños, de modo que éstos últimos podrán realizar aportaciones al hecho más relevantes que en aquéllos. En segundo lugar, también es posible aludir a la existencia de otros *delitos especiales en que la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna*. Me estoy refiriendo a delitos como el de alzamiento de bienes o el de exhibicionismo masculino en Alemania (§ 183 StGB), en los que

⁷²⁴ “1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. El que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.”

⁷²⁵ “El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.”

⁷²⁶ “Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.”

(siguiendo en este extremo a HERZBERG, entre otros autores) la ausencia del elemento de autoría en el partícipe no determina que su conducta tenga necesariamente un menor contenido de injusto que la del autor cualificado.

9. Desde mi punto de vista, esta clasificación tripartita de delitos especiales puede producir importantes efectos en orden a la solución del problema consistente en si el partícipe “*extraneus*” debe ser castigado con la misma pena que el autor cualificado o bien con una pena inferior. Según entiendo, tanto en los delitos especiales consistentes en el incumplimiento de una función institucionalizada, como en aquellos que consisten en el incumplimiento de una función no institucionalizada, la atenuación de la pena del “*extraneus*” se encuentra justificada, porque éste carece se encuentra más alejado del dominio del riesgo típico que ostenta el “*intraneus*” que en el resto de delitos. Sin embargo, creo que en la tercera clase de delitos especiales no existe razón alguna para una atenuación de la pena, ya que, en estos casos, el contenido de injusto de la conducta del “*extraneus*” no es inferior al que caracteriza la conducta del “*intraneus*”.

10. En relación con este particular, podría decirse que el apartado decimoctavo del artículo único del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, según el cual “se modifica el apartado 1 y se añade un apartado 3 al artículo 65 que quedan redactados como sigue:“(...) 3. Cuando en el inductor, en el cooperador necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo, los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada”, vendría a resolver el problema planteado, en caso de ser finalmente aprobado en el Parlamento, tan solo de

un modo parcial. En efecto, dicho precepto, al no distinguir (como ocurre en el caso del § 28 StGB) entre elementos fundadores y modificativos de la pena, garantiza un tratamiento unitario de los delitos especiales, garantizando, igualmente, la desaparición de la distinción entre delitos especiales propios e impropios. Considero, en cambio, insatisfactorio que la atenuación de la pena para el partícipe “*extraneus*” se encuentre prevista en el Anteproyecto como atenuación obligatoria (“impondrán”), en lugar de como atenuación facultativa. Ya que ello supone ignorar que no en todos los delitos que exigen la concurrencia de “condiciones, cualidades o relaciones (...) para poder ser responsable del mismo” está justificada la atenuación de la pena del partícipe.

11. Como ya se mencionó *supra*, en algunos delitos especiales, el legislador no ha limitado el círculo de posibles autores mediante la utilización de elementos específicos de la autoría, sino a través de la redacción de la conducta típica. Ello ocurre, por ejemplo, en el delito de apropiación indebida (art. 252 CP) o en el de alzamiento de bienes (art. 257 CP). Debido a ello, no resultará posible entender que uno de los posibles criterios para conocer si un delito constituye un delito común o uno especial consiste en la comprobación de si el legislador ha redactado el tipo refiriéndose a “el que ...” —en cuyo caso estaríamos ante un delito común— o no.

Esta circunstancia ha provocado que algunos autores se hayan planteado la conveniencia de calificar como especiales algunos delitos caracterizados por que la realización de sus respectivas conductas típicas resultaría imposible o considerablemente difícil sin la concurrencia en el sujeto activo de especiales capacidades físicas, técnicas, económicas, etc. Algunos de los delitos respecto de los que suele suscitarse la cuestión que

acaba de ser expuesta son, por ejemplo, el delito urbanístico (art. 319 CP), los delitos de responsabilidad por el producto (art. 363 CP), los delitos de defraudación a Hacienda y la Seguridad Social (arts. 305 ss. CP) o el delito ecológico (arts. 325 ss. CP), entre otros.

Parece claro que autor de un delito urbanístico no puede serlo cualquiera, sino solo aquél que tenga capacidad (económica, técnica) para promover, construir o dirigir una construcción; que solo podrá cometer como autor un delito de responsabilidad por el producto defectuoso quien se dedique al comercio o a la distribución de productos en el mercado; que solo podrán defraudar a Hacienda aquellos sujetos cuyo patrimonio supere la cantidad económica prevista en los tipos correspondientes; y, por último, que para ser autor de un delito ecológico es necesario tener capacidad suficiente para contaminar de forma que se provoque un grave perjuicio para el equilibrio del ecosistema. Sin embargo, ¿basta ello para calificar a estos delitos como especiales?

Desde mi punto de vista, aunque la cuestión se encuentra lejos de resultar pacífica, creo que puede ser resuelta mediante la aplicación de dos distintos criterios.

Para conocer si un delito es, o no, un delito especial puede resultar de utilidad preguntarse, en primer lugar, si la limitación del círculo de posibles autores del delito se encuentra justificada desde el punto de vista de la protección del bien jurídico. En caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa, el delito podrá ser considerado especial. En caso contrario, se tratará de un delito común. En mi opinión, este criterio permite estimar preferible la calificación de delitos comunes para los delitos de aborto (arts. 144 CP), lesiones al feto (art. 157 y 158, párr. 2º

CP), urbanísticos (art. 319 CP), contra el patrimonio histórico (art. 321 CP) o de responsabilidad por el producto (art. 363 CP); y la delito especial para el delito de manipulaciones genéticas (arts. 159-162 CP).

En segundo lugar, en algunos tipos, el legislador tipifica una determinada conducta acotándola de la infracción administrativa paralela. Ello sucede, por ejemplo, en el delito ecológico (art. 325 CP), que no se conforma con la contaminación del ecosistema, sino con una que lo perjudique gravemente; y con el delito fiscal, para el que tampoco basta cualquier defraudación a la Hacienda pública, sino que se precisa que ésta supere los 15 millones de ptas.

A mi juicio, es cierto que en estos casos no puede ser autor del delito cualquiera, sino solo algunos sujetos. No obstante, creo que si ello es así no es porque estos supuestos constituyan ejemplos de delito especial el legislador haya realizado un juicio de atribución o imputación de los riesgos que proceden de una determinada *clase de conducta*, sino que, al contrario, el legislador tipifica en estos delitos conductas susceptibles de ser cometidas por cualquiera como clase de conductas, aunque exigiendo de ellas un mayor grado de lesividad o dañosidad social para considerarlas penalmente relevantes. En suma: estos tipos no contienen juicios de imputación de clases de conducta a un círculo limitado de sujetos, sino juicios de lesividad o dañosidad social. Por ello, creo que es preferible calificar al delito ecológico y al delito fiscal (este último al menos en lo concerniente a la limitación típica de los 15 millones de ptas.) como delitos especiales.