

LA COAUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Raúl Pariona Arana¹

La contribución del profesor Felipe Villavicencio Terreros a las Ciencias Penales en el Perú ha sido fundamental. Él, como pocos penalistas, ha sido un estudioso de los diversos ámbitos que componen las Ciencias Penales y ha contribuido a éstas, sobre todo, a través de sus destacados estudios de Criminología y Derecho penal. Debido a la especial predilección que guardo por la Dogmática penal, he podido valorar y aprovechar sus trabajos sobre la autoría y participación, en el cual se enmarca precisamente el tema abordado en el presente trabajo, a saber: la coautoría en los delitos de infracción de deber. Las siguientes reflexiones están dedicadas al profesor Felipe Villavicencio Terreros, por quien siempre profesé admiración intelectual y de quien siempre valoré su don de persona y de genuino maestro.

1. Introducción

En los últimos 50 años se ha producido un desarrollo importante en el ámbito de la autoría y participación, impulsado sobre todo por los aportes del profesor Claus Roxin quien, en 1963, en el marco de su trabajo sobre la autoría y dominio del hecho, desarrolló la *infracción de deber* como criterio para determinar y delimitar la autoría, a este ámbito fundamental de la dogmática del Derecho penal (2019). Uno de esos aportes es sin duda la fundación de la teoría de los delitos de infracción de deber en 1963, la cual ha permitido resolver diversos problemas de la intervención en delitos cuya autoría está reservada a sujetos con deberes especiales. La teoría de los delitos de infracción de deber posibilita una solución adecuada para los problemas que se presentan en torno a la participación en estos delitos especiales. Desde su surgimiento la teoría de los delitos de infracción de deber ha experimentado una paulatina consolidación en la dogmática penal y viene siendo asumida por la jurisprudencia de diversos países. A pesar de ello, en la actualidad se discute su fundamentación, premisas, extensión y consecuencias dogmáticas (Pariona Arana, 2010; Pariona Arana, 2011; Roxin, 2019; Sánchez-Vera, 1999).

El posicionamiento de la teoría de los delitos de infracción de deber ha traído como resultado un cambio de criterio para resolver los problemas de autoría y participación en los delitos con sujetos especialmente obligados: del *dominio del hecho* a la *infracción de deber*. En adelante el criterio para la determinación y delimitación de la autoría en los delitos con sujetos especialmente cualificados es

1 Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de San Martín de Porres y Universidad ESAN. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania). Socio fundador del Estudio Pariona Abogados.

únicamente *la infracción de deber*. Así, en estos delitos, *autor* será quien infringiendo su deber especial realiza la acción típica; será *partícipe* quien sin ser titular del deber especial interviene en el evento criminal instigando o contribuyendo a la realización del delito.

La temática de los delitos de infracción de deber fue precisamente objeto de mi tesis doctoral en el año 2008 (Pariona Arana, 2010). La premisa de la que parte mi concepción sobre la teoría de la autoría y participación es que las estructuras de la autoría previstas en el Código Penal tienen plena validez y vigencia tanto para los delitos de dominio como para los delitos de infracción de deber. Según el art. 23 del Código Penal peruano y el § 25 párrafo 2 StGB alemán, autor es quien “realiza por sí” el hecho punible, autor mediato quien lo realiza “por medio de otro” y coautores quienes lo “cometan conjuntamente” (Código Penal [CP], 1991; Strafgesetzbuch [StGB], 1872). Estos criterios normativos establecidos por la ley son vigentes y vinculantes para los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber; en general, para todas las teorías que presentan una explicación sistemática de la autoría. En consecuencia, en relación a la coautoría, el principio rector definido por el art. 23 del Código Penal peruano mantiene plena validez en los delitos de infracción de deber. Es decir, aquí la coautoría también constituye una ejecución conjunta. En los delitos de infracción de deber la coautoría será infracción conjunta del deber común.

Objeto del presente trabajo es presentar y fundamentar mi concepción sobre la coautoría en los delitos de infracción de deber y, a la luz de ésta, revisar las distintas concepciones coincidentes y críticas que se presentan en la doctrina.

2. La Coautoría Desde la Perspectiva del Dominio del Hecho

Según el art. 23 del Código Penal peruano y el § 25 párrafo 2 StGB alemán, autor no es sólo aquél que comete el hecho punible directamente o a través de otro, sino también, aquel que comete el delito conjuntamente con otros (CP, 1991; StGB, 1872). La *comisión conjunta* constituye aquí el núcleo de la coautoría. Por ello, la discusión científica se centra en la pregunta de cuándo alguien realiza el tipo penal conjuntamente con otros, es decir, cuándo se da una comisión conjunta del delito.

En los delitos de dominio se acepta de manera general que cometen conjuntamente el hecho punible, cuando los intervinientes actúan conforme a un plan común, a una distribución funcional de roles y con una intervención en el momento de la ejecución (Villavicencio, 2006; Beulke & Bachmann, 1992; Schönke, Schröder, Cramer, & Heine, 2006; Kühn, 2017; Küpper, 1993; Lackner & Kühn, 2018; Maurach, Gössel, & Zipf, 1995; Roxin, 2019; Schünemann, 2012; Stratenwerth & Kuhlén, 2011; Tröndle & Fischer, 1999). Villavicencio señala que “para determinar el co-dominio del hecho, que fundamenta la coautoría, se requieren dos condiciones: la *decisión común* y la *realización común* [énfasis agregado] (división de trabajo)” (Villavicencio, 2006, pág. 482). El acuerdo común tiene aquí una fuerza unificadora para la unión de las distintas contribuciones particulares; junto a esta función también se puede mencionar la función de límite de la medida y extensión de la

responsabilidad por coautoría (Küpper, 1993, pág. 302). En virtud de esta decisión común, plasmada luego en el *plan común*, cada contribución cumple una función para lograr el éxito en la realización del delito. Luego, la obra (delictiva) es conjunta, común. Así, por ejemplo, en el caso de los ladrones de banco, en el cual uno amenaza al cajero y el otro sustrae el botín, el primero no es únicamente autor de coacción (Código Penal, 1991, art. 151), sino también del robo completo (CP, 1991, art. 189); en el mismo sentido, el otro interviniente no es sólo autor de un hurto (CP, 1991, art. 186), sino también del robo completo. Cada interviniente cumple una función en la realización del hecho que es esencial para la realización exitosa del objetivo criminal común (Kühl, 2017).

De aquí se desprende que no solo uno de los participantes domina el evento criminal, sino todos conjuntamente. El coautor no domina el hecho sólo ni a través de terceros, sino conjuntamente con otro(s) (Bloy, 1985, pág. 171; Kindhäuser, 2013; Villavicencio, 2006, pág. 483). Dicho de otro modo: en estos casos el dominio del hecho se encuentra en las manos del „colectivo“ (Stratenwerth & Kuhlen, 2011) como tal; el coautor individual participa en el hecho sólo como miembro del colectivo. Desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, la coautoría es el ejercicio conjunto del dominio de hecho, es decir, es la realización del tipo penal a través de una cooperación que tiene lugar mediante una división del trabajo (Roxin, 2019; Villavicencio, 2006, pág. 483); en palabras de Schünemann, coautoría es “la ejecución conjunta conforme al plan en el estadio de la ejecución” (2012). El dominio del hecho del coautor resulta de su función en la ejecución del hecho punible (Jescheck & Weigeng, 1996, pág. 679; Freund, 2009; Rudolphi, 1979, pág. 369). Schünemann subraya en ese sentido que se trataría de un *dominio del hecho funcional*, pues cada interviniente tiene que cumplir una función en la realización del tipo, que es importante para el logro del plan delictivo (2012). El coautor “asume una tarea que es esencial para la realización del plan criminal y asume el dominio del evento total por su aporte al hecho” (Roxin, 2019).

En consecuencia, la estructura de imputación de la coautoría se presenta de la siguiente manera: Cada interviniente en la ejecución del hecho es autor de todo el hecho punible cometido, independientemente de si él ha cometido todo el hecho (de propia mano) o sólo en parte. Una consecuencia de esta estructura de la autoría es precisamente que las contribuciones al hecho de cada participante que son parte del plan son imputadas a los otros como si estos los hubieran realizado directamente (Kindhäuser, 2013; Kühl, 2017; Schünemann, 2012).

En la doctrina, Kindhäuser ha observado correctamente que la coautoría se basa en el principio de imputación de la responsabilidad equivalente en razón a una actuación basada en la división del trabajo durante la realización del tipo (2013). Las contribuciones individuales al hecho son reunidas en un todo unitario (hecho punible) y son imputadas de manera completa a cada coautor como si se tratara de una acción propia. Cada coautor es tratado,

como si él mismo hubiera ejecutado todos los actos que llevan a la realización del tipo. Esto presupone que cada uno de los intervinientes a través de sus

acciones actúa al mismo tiempo para sí y para los otros. Los intervinientes *se representan mutuamente* [énfasis agregado]: Cada uno de ellos realiza en cierto modo un „negocio“ propio y al mismo tiempo uno ajeno, en la medida que él actúa para sí de propia mano y actúa indirectamente como representante de los otros. En consecuencia, cada comportamiento en el marco de la coautoría desarrolla un efecto doble que funda su competencia. (Kindhäuser, 2013).

Todo esto constituye la imputación recíproca de las contribuciones al hecho. Al respecto, en nuestro país, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que

Los tres requisitos que configuran la coautoría son, a saber: a) decisión común: entre los intervinientes existe una decisión común de realizar el delito, que se distingue del acuerdo de voluntades propio de la participación en razón que las aportaciones de los coautores es manifiesta en un plano de igualdad, lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que posibilitan una división de trabajo, o distribución de funciones orientado al logro exitoso del resultado; b) aporte esencial: el aporte individual que realiza cada actuante es esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte puede haber frustrado todo el plan de ejecución; c) tomar parte en la fase de ejecución: cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación, quiere decir que la participación ejecutiva da contenido final al dominio funcional del hecho en la coautoría. (9 de octubre 1997)

3. La Estructura de Imputación de la Coautoría en los Delitos de Infracción de Deber

El principio rector de la coautoría según el art. 23 del Código Penal peruano y el § 25 párrafo 2 StGB alemán mantiene plena validez en los delitos de infracción de deber, es decir, aquí la coautoría también consiste en una “ejecución conjunta” (la misma estructura normativa) (CP, 1991; StGB, 1872). La nueva estructura de la coautoría radica más bien en la configuración interna de la imputación de la autoría (otra estructura de imputación); nuevamente, se trata de la imputación de la autoría, no de la imputación de la relevancia penal, es decir, no se trata de la imputación objetiva. Aquí la razón de la imputación de las contribuciones individuales es otra: la infracción conjunta del deber común. Por eso, la coautoría en los delitos de infracción de deber es una infracción funcional de deber.

3.1 Infracción Funcional de Deber

La coautoría en los delitos de infracción de deber es una infracción funcional de deber. No obstante, aquí la estructura de imputación de los delitos de infracción de deber no consiste en la imputación recíproca de las contribuciones que cada uno hace al hecho en el sentido de la teoría del dominio de hecho, sino en la imputación de las infracciones de deber individuales en razón a la intervención

conforme al plan común. La funcionalidad de la infracción de deber resulta aquí de la distribución de roles, que al mismo tiempo significa que cada infracción de deber (como contribución a la obra delictiva) es el resultado de la realización de una función conforme al plan criminal general. Así, por ejemplo, los miembros de un tribunal de justicia que, siguiendo el plan común, cometen prevaricato (art. 418 CP, 1991; §339 StGB, 1872) al momento de decidir un caso para perjudicar a una de las partes, son coautores. En este caso, el dominio del hecho no es determinante, debido a que el criterio de la autoría aquí es sólo la infracción de deber. Ellos son coautores, dado que, conforme al plan criminal, han infringido conjuntamente un deber común: emitir sentencias conforme a derecho en los casos en los cuales ellos son competentes. La comunidad del deber resulta de la concreta tarea común (especial). El resultado típico del prevaricato según el § 339 StGB alemán consiste en el favorecimiento o perjuicio de una de las partes (Strafgesetzbuch, 1872), al respecto Spendel (2003) y Wieners (2000, pág. 10).

Por consiguiente, los miembros del colegiado no son autores individuales. Aquí no estamos ante una autoría paralela, pues los intervinientes no realizan el evento delictivo de manera independiente uno del otro, sino conforme a una decisión común, conforme a un plan común, conjuntamente. Más aún, la autoría paralela sólo sería posible allí “dónde sus acciones criminales se encuentran casualmente en el mismo delito, sin que uno supiera de los otros” (Stratenwerth & Kuhlen, 2011). Sin embargo, la „independencia“ y la “casualidad” del encuentro de las acciones como elementos típicos de la autoría paralela no están dadas en estos casos (Jescheck & Weigeng, 1996; Maurach, Gössel, & Zipf, 1995; Murmann, 1993, pág. 140; Roxin, 2019; Samson, 2014; Schönke, Schröder, Cramer, & Heine, 2006; Stratenwerth & Kuhlen, 2011). Fincke subraya que autoría paralela se daría solo si intervinientes paralelos lesionan el mismo bien jurídico, sin tener vinculación entre ellos (1975, pág. 161).

3.2 Ejecución Conjunta: La Infracción Conjunta de un Deber Común

Conforme a lo expuesto, las estructuras del plan común y la ejecución conjunta son de importancia en los delitos de infracción de deber. Sin embargo, el contenido de estas estructuras se diferencia de los delitos de dominio. El criterio de la decisión criminal conjunta y el consecuente plan común en los delitos de infracción de deber consiste en un “estar de acuerdo” (conformidad) de cada interviniente con la infracción conjunta de deber. Los intervinientes aportan sus infracciones de deber debido a un plan criminal común. El *plan común* como presupuesto fundante de la coautoría es reconocido por la doctrina mayoritaria. En este punto, incluso las distintas corrientes están de acuerdo. Críticamente Jakobs (1991) y Lesch (1993); una refutación de la concepción de Lesch lo ofrece Küpper quien critica que „la idea de una coautoría unilateral ya conceptualmente significa una contradicción en sí“ (1998, pág. 526) además, contra la concepción puramente normativa de Seelmann (1980, pág. 572) tenemos a Roxin (2003).

Según la perspectiva tradicional, la decisión criminal común tiene en los delitos de dominio un carácter unificador, esto posibilita la imputación recíproca de

las contribuciones al hecho. La decisión común tiene también un carácter limitador que posibilita que la acción de un interviniente que va más allá de lo pactado, no sea más parte del delito común. Lo que cada participante realiza en el evento criminal es, por lo general, un hecho distinto, es decir, cada participante realiza un hecho diferente al de los otros. Por ejemplo, en el caso de los ladrones de banco (CP, 1991, art 189), unos realizan la amenaza o ejercen la violencia, otros desarman y someten a los vigilantes, otros fuerzan a los empleados, otros rompen las cajas de seguridad, otros simplemente sustraen el dinero.

Lo que permite aquí una visión integral, es decir, considerar los diferentes hechos como contribuciones a un único delito, es la decisión criminal común² (Küpper, 1993; Stratenwerth & Kuhlen, 2011). Este componente, como correctamente observa Küpper, liga los actos individuales (que de lo contrario permanecerían aislados) a un evento colectivo: el „uno al lado del otro“ (*Nebeneinander*) se convierte en un „uno con el otro“ (*Miteinander*) (Küpper, 1993, pág. 301). También en los delitos de infracción de deber se puede hablar de una fuerza unificadora del plan común. Sin embargo, la unidad a conseguir no consiste aquí en un encuentro de contribuciones diferentes, sino en un encuentro de contribuciones iguales: En los delitos de infracción de deber cada contribución de los coautores consiste en una infracción de deber equivalente y homogénea.

En este sentido, el plan criminal común no tiene aquí ninguna fuerza igualadora, como se puede ver en el ejemplo del tribunal de justicia (CP, 1991, art. 418), en el cual cada miembro ocupa una posición de deber similar y las infracciones de deber correspondientes son equivalentes. Aquí no se necesita una imputación recíproca de las contribuciones, puesto que la forma como se materializa la contribución al hecho es la misma. El plan criminal común procura una unidad en el sentido que las contribuciones iguales son necesarias para el logro del resultado típico. Por su parte, la *ejecución conjunta* consiste en la contribución objetiva al resultado típico, cada coautor tiene que prestar una contribución objetiva para la realización del hecho conforme al plan común. De manera distinta que en los delitos de dominio en los que dónde el peso y la forma como se materializa la contribución es de importancia; en los delitos de infracción de deber sólo es importante la infracción de deber. La infracción de deber en los casos de coautoría tiene por lo general un carácter uniforme. La contribución objetiva en estos delitos consiste en la infracción conjunta de un deber común. No depende del tipo de contribución. Al respecto, Roxin señala que,

En lugar de la imbricación (*Ineinandergreifens*) de las contribuciones en la fase de ejecución, se posiciona la determinación del resultado (*Erfolgsbewirkung*) por infracción conjunta de un deber común. De esta manera, el ámbito de acción

2 En lugar de la “decisión común” Lesch, habla de un “objetivo común”: “en la medida en que un delito está compuesto por partes aislables y cada una de las partes son ejecutadas por personas diferentes, éstas responden como coautor por el todo, solo si ellos se unen con la intención de la obtención del todo. Pues recién el objetivo común define las contribuciones particulares como parte del todo” (1993).

de la coautoría se limita considerablemente; pues solo se puede hablar de una comunidad en este sentido si varias personas están en una misma relación de deber. (2019, pág. 357)

La coautoría entra en consideración sólo allí dónde “un determinado círculo de deberes ha sido confiado a varias personas a la vez.” (Roxin, 2019, pág. 358). Este sería el caso de la vigilancia de detenidos realizado por varios guardias (StGB, 1872, §347) y la custodia y provisión de correspondencia o paquetes (StGB, 1872, §354). En estos casos puede concurrir un deber común para varios funcionarios a la vez. Tales deberes están presentes también en algunos grupos de casos de defraudación en la administración de intereses patrimoniales ajenos, como en el fraude en la administración de patrimonio de propósito exclusivo (CP, 1991, art. 213-A) o la apropiación ilícita (CP, 1991, art. 190), fraude en la administración de personas jurídicas (CP, 1991, art. 198 literal 8), el peculado (CP, 1991, art. 387, 388).

En Alemania se presenta en el caso del Untreue (StGB, 1872, § 266). Estos deberes concurren en el caso en el cual dos personas tienen el deber de administrar conjuntamente un patrimonio. Si ambos planean apropiarse de dicho patrimonio, pero la ejecución de la transacción decisiva es realizada sólo por uno de los administradores mientras que el otro participa sólo en la preparación o solo promueve el plan mediante consejos (Roxin, 2019, pág. 355), entonces ambos son coautores de la defraudación, pues también quien solo colabora objetivamente infringe su “deber de salvaguardar los intereses patrimoniales de otros” y afecta “los intereses patrimoniales que él tenía la obligación de cuidar” (Roxin, 2019, págs. 355 - 356).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia admite con frecuencia la posibilidad de la coautoría en el delito de peculado. Así se observa el pronunciamiento según el cual,

En los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concorra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar bienes del Estado; b) una división de funciones; y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello. (3 de noviembre 2010; 18 de octubre 2010)

4. Las Críticas a la Coautoría

La asunción de la coautoría en los delitos de infracción de deber es criticada por algunas voces en la literatura (Caro John, 2003; Jakobs, 1991; Lesch, 1993; Sánchez-Vera, 1999). En 1983, Jakobs anotaba que “la coautoría decae *debido a lo altamente personal de la infracción* [énfasis agregado]. Si varios comenten el hecho delictivo juntos, éstos son autores paralelos (*Nebentäter*)” (1991). En la misma dirección también ha argumentado Lesch, subrayando que, de manera diferente a los deberes en virtud de competencia por organización, a través de los deberes fundados institucionalmente no se puede constituir ninguna comunidad normativa (1993). Pues,

Quien tiene un rol que le obliga institucionalmente comete siempre un delito de infracción de deber, es decir, responde por cada contribución de manera directa y *únicamente* [énfasis agregado] como autor, es decir por injusto *propio* [énfasis agregado]. Debido a que aquí la responsabilidad del intraneus no está definida por un círculo de organización, sino por un estatus altamente personal y por eso los roles de los actores permanecen separados, en este sentido está totalmente cerrada una responsabilidad accesoria por injusto colectivo en forma de coautoría. (Lesch, 1993, pág. 287)

Esta conclusión parte de la consideración de que la relación del intraneus con la norma (y esto significa también con el tipo) sería siempre directa: dado que cada obligado especial, en su rol como administrador de la institución, está ligado directamente a la norma respectiva, su comportamiento lleva siempre hacia un hecho propio completo (Lesch, 1993).

Según Lesch, el obligado podría ser coautor, pero sólo en los delitos de dominio que están contenidos en la base del delito de infracción de deber. La presencia de un deber en virtud de competencia institucional no excluye la concurrencia de otros deberes (de competencia por organización): también aquél que tiene un rol unido a una institución mantiene frente a los bienes que incumben su asistencia la relación sólo negativa de la prohibición de daño que incumbe a su rol de persona común que le obliga frente a los bienes mantener una organización correcta de su círculo de organización; aunque por regla general es cubierto por sus deberes fundamentados institucionalmente (1993). En consecuencia, un obligado especial puede ser cómplice o coautor de un tercero. Por ejemplo, si un padre infringe sus deberes de organización frente a la propiedad de su hijo, y si conforme al plan criminal apoya al ladrón en la apropiación o conforme a ese mismo plan deja de cuidarlos, se configura una intervención accesoria en hurto (Lesch, 1993, págs. 289 - 290).

Sánchez-Vera, siguiendo la concepción de Jakobs y Lesch, también critica la posibilidad de la coautoría en los delitos de infracción de deber (1999). Él rechaza la posibilidad de "deberes comunes" afirmando que los deberes son siempre individuales (altamente personales) y nunca comunes. La coautoría decae debido a la relación directa del interviniente con el bien (Sánchez-Vera, 1999, pág. 159). Problemático sería "no sólo si los obligados cometen 'conjuntamente' la infracción de deber, sino ante todo, más bien, si en lo absoluto concurre un deber común que los obligados positivamente pueden infringir conjuntamente" (Sánchez-Vera, 1999, pág. 160). Sobre el caso de los vigilantes de detenidos, él considera que el deber que está en cuestión obliga a cada uno de modo personal y no conjuntamente; cada uno omite el cumplimiento de su deber como hecho propio e independiente. Por consiguiente, aquel funcionario que no cierra la puerta que debe controlar debería ser sancionado por tentativa de liberación de detenidos (Sánchez-Vera, 1999). Si los obligados actúan dividiéndose el trabajo, es decir, si ellos cometen conjuntamente las acciones de ejecución, no se trata de ninguna infracción de deber conjunta. Es posible que los obligados pudiesen ser vistos como coautores, pero no en virtud de la infracción de la institución positiva, sino en virtud de la

organización conjunta en el sentido de un dominio de hecho funcional con división del trabajo. Si el padre y la madre organizan conjuntamente con un tercero el asesinato de su niño, no se estaría ante un delito de infracción de deber en coautoría, sino que se trataría de dos delitos de infracción de deber y responsabilidad en coautoría por un delito de dominio. El deber obliga a cada uno para sí solo, por lo tanto, cada uno ha infringido el deber frente al niño (Sánchez-Vera, 1999).

Las voces críticas contra la coautoría en delitos de infracción de deber no convencen, pues no logran fundamentar por qué en este grupo de delitos debería dejar de aplicarse el principio rector definido por el art. 23 del Código Penal y el § 25 párrafo 2 StGB alemán, que señala que siempre que dos o más personas cometen el delito conjuntamente son coautores (Código Penal, 1991; Strafgesetzbuch, 1872). La simple afirmación de que los deberes son siempre individuales y nunca comunes, no es suficiente.

Los deberes en sí (in abstracto) no son individuales o colectivos. El carácter de los deberes depende siempre de su contenido y de la dirección y las relaciones que los deberes constituyen. Si el contenido de un deber pone en relación a una persona con un bien y le asigna a ésta la competencia para el cuidado o gestión del bien, se trata de un deber individual. Aquí el contenido de este deber es individual (la persona es el único competente para el bien), pues el deber se dirige a una persona. Sin embargo, los tipos de deberes no se agotan en estos deberes individuales. Por el contrario, también hay deberes con otros contenidos, como los deberes que vinculan a varias personas con el bien y, consecuentemente, asignan una competencia colectiva o común para el cuidado o gestión del bien. Por consiguiente, los participantes tienen una relación jurídica directa con los bienes. Aunque el deber incumbe a cada uno directamente, el contenido de la obligación concierne a todos en conjunto; es decir, todos juntos (acumulativamente y no alternativamente) son competentes por el bien. Como ejemplo, podría mencionarse nuevamente el deber de un tribunal de justicia colegiado. El colegiado tiene aquí el deber de emitir una sentencia ajustada a derecho, esto no está en contradicción con el deber (y al mismo tiempo el derecho) a una opinión independiente y su convicción legal independiente. Este deber especial de emitir una decisión le corresponde conjuntamente a los miembros del colegiado. Esto también es imaginable en el caso de la defraudación de la administración de patrimonio ajeno. Así, por ejemplo, si la administración ha sido confiada a un grupo de personas en conjunto y no de modo individual, entonces, los administradores tienen el deber de administrar conjuntamente el patrimonio.

Otra crítica contra la coautoría es que, si los obligados cometen juntos las acciones de ejecución dividiéndose el trabajo, no se trataría de una infracción de deber conjunta, sino, 'sólo' de una autoría paralela. Si el padre y madre organizan conjuntamente con otro el asesinato de su niño, no concurriría ningún delito de infracción de deber en coautoría, sino dos delitos de infracción de deber y responsabilidad por coautoría por un delito de dominio; por consiguiente, una autoría paralela (Sánchez-Vera, 1999, págs. 160 - 161). Y si dos vigilantes, conforme a su plan, dejan huir a un prisionero, se asume igualmente una autoría paralela.

Que en estos casos concorra autoría paralela, es decir, delitos (de infracción de deber) individuales, no convence. Pues la concurrencia de una autoría paralela sólo debe ser afirmada en caso de una cooperación casual de varios autores individuales al resultado típico. La autoría paralela presupone „independencia“ y „casualidad“ de las cooperaciones (Fincke, 1975; Schild, 2005). Sin embargo, un encuentro independiente y casual de autorías individuales no se presenta en los casos mencionados. Aquí no se da un “uno al lado de otro” de las contribuciones al hecho, sino un “uno conjuntamente con otro”. Si a dos personas se les confía el patrimonio (privado o público) en el sentido de los artículos 198° y 387° y 388° del Código Penal o del § 266 StGB, y éstas se apropian del patrimonio conforme a su plan común, entonces son coautores de defraudación en la administración del patrimonio ajeno y con ello coautores de un delito de infracción de deber, pues aquí ellos han infringido conjuntamente su deber común. En este punto no es relevante si ambos se han apropiado del patrimonio o si sólo uno de ellos ha hecho eso mientras que el otro ayudaba con indicaciones o consejos o incluso si sólo miraba pasivamente mientras el otro actuaba. En estos casos, no es sostenible la tesis que plantea que concurriría una autoría paralela, pues aquí no se trata precisamente de una cooperación independiente y casual, sino más bien de una acción conjunta planeada.

Por consiguiente, la estructura de la coautoría también está presente en los delitos de infracción de deber (Schönke, Schröder, Cramer, & Heine, 2006; Tröndle & Fischer, 1999). En la doctrina, también desde otros puntos de vista, distintos a la de los delitos de infracción de deber, se ha defendido la figura de la coautoría en casos de intervinientes con deberes que le incumben conjuntamente. Aunque desde estos otros puntos de vista no se coincide en la fundamentación de la autoría, en cambio, sí en los resultados y en las propuestas de solución a los casos. Beulke y Bachmann van en esta dirección: „Si varios garantes igualmente competentes infringen un deber de acción que les incumbe conjuntamente a causa de una decisión criminal común, concurre entonces coautoría“ (1992, pág. 743). También Schild ha afirmado recientemente la coautoría para estos tipos de casos (2005). Lo “altamente personal” de la infracción de deber no excluye un programa de ejecución conjunta. La infracción del deber puede ser ejecutado conjuntamente. Así,

Si el programa de acción conjunta se dirige a esta colaboración, se debe ver en esta una estrategia útil de la realización del resultado. El intraneus, que en la realización de este trato realiza su contribución al hecho, a través de esta acción también infringe su deber. No perjudica que aquí no se acepte ninguna infracción de deber conjunta. Pues también el coautor comete el hecho como propio. (Schild, 2005)

La coautoría en los delitos de infracción de deber, también puede ser extraída desde la dogmática de la omisión. Así, señala Schünemann: si dos administradores desfalcan el patrimonio confiado a ellos,

Ellos son coautores, así sólo uno haya ejercido la acción fáctica y sólo él tenga el dominio del hecho, mientras que el otro se limite a una contribución exterior insignificante; dado que la infracción del deber de garante sólo fundamenta la autoría, por ello no es necesario otra cosa también para la coautoría (junto al plan común). (2012).

De otro lado, la posibilidad de la coautoría en los delitos de infracción de deber deja libre el camino para el tratamiento de la coautoría en los casos de decisiones colegiadas³. La teoría de los delitos de infracción de deber ofrece una fundamentación de la posibilidad de la coautoría en casos de decisiones colegiadas donde los miembros, conforme a un plan común, toman una decisión ilegal. Esta problemática se torna relevante en el tratamiento de delitos de funcionarios públicos y defraudación en la administración de patrimonio ajeno; críticamente (Kohlhaas, 1934; Häupler), afirmándolo (Beulke & Bachmann, 1992; Weißer, 1997; Seebode, 1969). Aquí entran en consideración los casos en los cuales los miembros de colegiados de justicia, conforme a un plan común, cometen prevaricato de acuerdo a lo establecido en el art. 418° del Código Penal peruano y el §339 StGB⁴; o los casos donde el patrimonio de una empresa es confiado a otra empresa para su administración y esta última en una sesión de su consejo directivo decide apropiarse el patrimonio confiado en el sentido del art. 198° del Código Penal peruano (fraude en la administración de personas jurídicas) (1991) y el § 266 StGB (1872); también, si varios miembros de un órgano de supervisión, inobservando sus deberes legales de control, no accionan en contra de la celebración de contratos altamente riesgosos por parte de los gerentes. En los casos mencionados, los obligados especiales responden por su decisión colegiada como defraudación cometida en coautoría (Schramm, 2005)⁵.

5. La Coautoría Entre Autores por Dominio y Autores por Infracción de Deber

En la doctrina más reciente, Schünemann ha sostenido que una coautoría entre autores de delito de dominio y autores de delito de infracción de deber sí sería posible “debido al punto en común del dominio de hecho y dominio de garante en *genus proximum* del *dominio sobre la causa del resultado* [énfasis agregado].” (2012). Si “el salvavidas, conforme al plan común, mira impasible como alguien empuja a otra persona que no sabe nadar al agua profunda y deja ahogarse a la víctima, ambos son coautores de un delito de homicidio.”

3 El ámbito de aplicación de la solución propuesta se limita al problema de la coautoría. Aquí no puede ser tratada la compleja problemática de la causalidad de los votos particulares en las decisiones colegiadas. También la problemática de la imputación objetiva y la cooperación negligente en el acuerdo quedan fuera de tratamiento. Sobre esta discusión ver (Weißer, 1997; Knauer C. , 2001; Röckrath, 2003; Lassmann; Ransiek, 1999).

4 Sobre la autoría mediata en prevaricato (Spendel, 2003; Uebele; Werder, 2006). De esto también se extrae que el prevaricato no es ningún delito de propia mano (Burian, 2000; Seelmann, 1980; Tröndle & Fischer, 1999; Uebele; Wagner, 1975; Knauer C. , 2001)

5 Sobre afectaciones que hacen peligrar el patrimonio de las sociedades anónima como administración desleal de patrimonio ajeno ver (Kasiske, 2005)

(Schünemann, 2012). Sin embargo, aclara que se trataría más de un problema teórico que práctico.

Pero esta posibilidad parece bastante discutible. La coautoría exige criterios de imputación uniformes, sea esto en los delitos de dominio o en los delitos de infracción de deber. Además, los autores de delitos de dominio y autores de delitos de infracción de deber corresponden a conceptos de autor diferentes (Roxin, 2019, pág. 470). En el caso del salvavidas, planteado por Schünemann, la determinación de la autoría del salvavidas responde a criterios normativos de la posición de garante que él tiene. En cambio, la autoría del particular que ahoga de propia mano al bañista, responde a criterios de dominio. Aquí no hay dominio conjunto, ni infracción conjunta de un deber común.

Roxin, en el caso mencionado anteriormente, considera que tiene lugar una autoría no sólo del salvavidas (delito de omisión) sino también de aquel que empujó al bañista que no sabía nadar (delito de acción) (2019), pero no como coautores, sino como autores individuales. Esta solución surge de la naturaleza de la coautoría: ella se funda (alternativamente) o en un dominio conjunto basado en división de trabajo o en la infracción de un deber común (Roxin, 2019). Ninguna de ambas situaciones se presenta aquí.

Según Sánchez-Vera, estos serían casos de autoría paralela. Así, en el caso donde una persona inflige lesiones a la víctima en presencia de policías competentes que están a cargo de su cuidado, y dejan que ocurra la agresión sin hacer nada. Aquí el policía sería autor de lesiones cometido por funcionario (StGB, 1872, § 340), debido a su posición de garante en virtud de su competencia por su función pública; mientras que la persona que causó las lesiones sería igualmente autor de lesiones (StGB, 1872, § 223), pero en virtud de su dominio del hecho (Sánchez-Vera, 1999, pág. 158).

Además, aquí se debe mencionar que, debido a la estructura de la coautoría misma, tal posibilidad está excluida. Según la teoría del dominio del hecho, cada coautoría significa una contribución al hecho conjunto y con dominio. Según la teoría de los delitos de infracción de deber coautoría significa una infracción conjunta del deber común. En consecuencia, una coautoría está, ya conceptualmente, excluida en aquellos casos en donde no existe ningún deber común, como, por ejemplo, en el caso de los salvavidas o en el caso de las lesiones causadas a un detenido por el policía conjuntamente con un particular. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho tampoco se puede aceptar una coautoría, si sólo uno de los participantes estuvo activo con dominio, mientras que el otro sólo promovió el hecho o sólo ayuda síquicamente.

Un caso completamente distinto es aquel donde conforme a un plan común convergen un actuante y un omitente con deberes especiales que los vinculan conjuntamente. Desde el punto de vista de la teoría de los delitos de infracción de deber se puede afirmar sin grandes dificultades una coautoría entre el actuante y el omitente (Schönke, Schröder, Cramer, & Heine, 2006), pues en delitos de infracción del deber sólo es relevante la infracción del deber. No depende del tipo de contribución al hecho. Como ejemplo de esto puede servir el caso en el

cual funcionarios penitenciarios planean la fuga de un preso. Conforme al plan uno de los funcionarios permite huir al prisionero entregándole la llave para la apertura de la puerta de la celda (hacer activo), mientras que el otro, infringiendo su deber, deja abierta la puerta exterior (omisión). De los principios afirmados en el presente trabajo queda claro que estamos ante una coautoría, pues ambos infringen conjuntamente el deber común que los vincula. En estos casos, también Roxin considera que estamos ante una coautoría, “pues ellos realizan el mismo tipo e infringen un deber de supervisión común, cuya infracción les convierte en autores, sin tener en cuenta el tipo del comportamiento externo” (2019).

La posibilidad de una coautoría entre autores por acción y autores por omisión ha sido aceptada ampliamente en la ciencia (Jakobs, 1991; Schönke, Schröder, Cramer, & Heine, 2006; Schünemann, 2012; Hoffmann & Holland, 2006). Esto lo acepta también Schünemann (2012). Él coincide con Roxin en el caso de los inspectores, pues ellos realizarían el mismo tipo e infringirían un deber de supervisión común, cuya infracción les convertiría entonces en autores sin tener en cuenta el tipo del comportamiento exterior. Sin embargo, Schünemann aclara que este deber común surgiría de una posición de dominio. Si bien con otra fundamentación, también Jakobs es de la opinión de que los delitos de infracción de deber no se diferencia, por lo general, entre acción y omisión (1991).

6. Conclusión

El principio rector de la coautoría establecido en el art. 23° del Código Penal peruano mantiene plena validez en los delitos de infracción de deber (Código Penal, 1991), es decir, aquí la coautoría también consiste en la “ejecución conjunta”. En los delitos de infracción de deber, la estructura de la coautoría, definida normativamente como una realización conjunta, consiste en la infracción conjunta del deber común.

REFERENCIAS

- Beulke, W., & Bachmann, G. (1992). *Entscheidungsbesprechung, Aufsatz - Die „Lederspray-Entscheidung“ - BGHSt 37, 106. JuS.*
- Bloy, R. (1985). *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Burian. (2000). „Richterliches Unrecht“ im totalitären Staat | ZStW 112. Juris.
- Caro John, J. A. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho Penal*, 49 - 71.
- Código Penal. (1991). [CP]. (Perú).
- Corte Suprema de Justicia. (18 de octubre 2010). *Recurso de Nulidad N° 3181-2009/ Lima.*
- Corte Suprema de Justicia. (3 de noviembre 2010). *Recurso de Nulidad N° 1320-2009/Huánuco.*
- Corte Surprema de Justicia. (9 de octubre 1997). *Recurso de Nulidad N° 4484-97-Cañete.*
- Fincke, M. (1975). *Der Täter neben dem Täter.*
- Freund, G. (2009). *Strafrecht Allgemeiner Teil.* Springer.
- Häupler. (s.f.). *Die Rechtsbeugung.*
- Hoffmann, & Holland. (2006). *ZStW.*
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.* Berlin.
- Jescheck, H., & Weigeng, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.* Berlin.
- Kasiske, P. (2005). *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Wistra.*
- Kindhäuser. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Nomos.*
- Knauer. (2001). *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht.* Verlag C. H. Beck.
- Knauer, C. (2001). *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht.* Verlag C. H. Beck.
- Kohlhaas, M. (1934). *Die Rechtsbeugung nach geltendem Recht (§ 336 St.G.B.) und den neueren Entwürfen.*
- Kühl, K. (2017). *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* Berlin: Vahlen.
- Küpper, G. (1993). *Der gemeinsame Tatentschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft.* Potsdam.
- Küpper, G. (1998). *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen.*
- Lackner, K., & Kühl, K. (2018). *Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar.* C. H: Beck.
- Lassmann. (s.f.). *Stiftungsuntreue.*
- Lesch, H. (1993). Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung. *ZStW.*
- Maurach, R., Gössel, K., & Zipf, H. (1995). *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Astrea .
- Murmann, U. (1993). *Die Nebentäterschaft im Strafrecht.* Berlin: Duncker & Humblot.
- Pariona Arana, R. (2010). *Täterschaft und Pflichtverletzung – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten.* Baden-Baden.

- Pariona Arana, R. (2011). Täterschaft und Pflichtverletzung. En Roxin. Berlin.
- Ransiek. (1999). ZGR.
- Röckrath. (2003). *NStZ*.
- Roxin, C. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck.
- Roxin, C. (2019). *Täterschaft un Tatherrschaft*. Berlin.
- Rudolphi, H. J. (1979). *Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft*.
- Samson, E. (2014). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Köln: Verlag.
- Sánchez-Vera. (1999). *Pflichtdelikt und Beteiligung – Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*. Berlin.
- Schild, W. (2005). Kommentar der §§ 25 ff. En *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*.
- Schönke, A., Schröder, H., Cramer, P., & Heine, G. (2006). *Strafgesetzbuch: Kommentar*. München: Verlag C. H.
- Schramm, E. (2005). *Untreue Und Konsens*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schünemann, B. (2012). *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB*. De Gruyter.
- Seebode, M. (1969). *Rechtsbeugung*.
- Seelmann, K. (1980). *Aufsatz, Mittäterschaft im Strafrecht*. Juris.
- Spendel, G. (2003). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. De Gruyter.
- Strafgesetzbuch. (1872). [StGB]. (Alemania).
- Stratenwerth, G., & Kuhlen, L. (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Vahlen.
- Tröndle, & Fischer. (1999). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. C.H.Beck.
- Uebele. (s.f.). MK.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Wagner, H. (1975). *Amtsverbrechen*. Duncker & Humblot.
- Weißer. (1997). *Kausalitäts- Und Taterschaftsprobleme Bei Der Strafrechtlichen Würdigung Pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*. Duncker & Humblot.
- Werder, B. (2006). *Leipziger Kommentar*. De Gruyter.
- Wieners, M. (2000). *Rechtsbeugung im Zeitgeistwandel*.