

Apogeo y ocaso de la teoría de infracción de deber sobre autoría y participación en la jurisprudencia peruana

Elmer Robles Blacido 

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú
eroblesb@unasam.edu.pe

Luis Robles Trejo 

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú
lrobles@unasam.edu.pe

Fabel Robles Espinoza 

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú
frobles@unasam.edu.pe

Pedro Rimac Méndez 

Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú
primacm@unasam.edu.pe

Resumen

Este artículo examina la influencia de la teoría de infracción de deber normativista en la jurisprudencia peruana, analizando tanto su auge y su posible declive. Esta teoría generó altas expectativas al contribuir a la resolución de problemas relacionados con la determinación de autoridad y participación en el ámbito penal. No obstante, su aplicación práctica ha revelado importantes limitaciones, lo que ha llevado a la Corte Suprema, en pronunciamientos recientes, a adoptar posturas más realistas y dinámicas, marcando un sutil distanciamiento de los fundamentos formales de esta teoría. La investigación se llevó a cabo mediante técnicas documentales y de fichaje, recopilando jurisprudencia pertinente. Se emplearon métodos deductivos, inductivos, dialécticos y de argumentación jurídica, con el propósito de ofrecer un análisis crítico y fundamentado sobre la evolución de esta teoría..

Abstract

This article examines the influence of the normative duty breach theory on Peruvian jurisprudence, analyzing both its rise and possible decline. This theory generated high expectations by contributing to the resolution of problems related to the determination of authority and participation in the criminal field. However, its practical application has revealed important limitations, which has led the Supreme Court, in recent pronouncements, to adopt more realistic and dynamic positions, marking a subtle distancing from the formal foundations of this theory. The research was carried out using documentary and indexing techniques, compiling relevant jurisprudence. Deductive, inductive, dialectical and legal argumentation methods were used, with the purpose of offering a critical and well-founded analysis of the evolution of this theory.

RECIBIDO: 05/10/2024 - ACEPTADO:13/10/2024 - PUBLICADO:12/12/2024

Palabras clave: Doctrina, Jurisprudencia, Autoría y participación, Infracción de deber

Keywords: Doctrine, Jurisprudence, Authorship and participation, Duty breach

INTRODUCCIÓN

El normativismo y una de sus manifestaciones, la teoría de infracción de deber, han tenido mucha influencia en esta parte del continente y, por su puesto, en el Perú (Daza, 2012; Schünemann, 2018). Sus postulados no son falsos o equívocos, sino limitados. Entienden al fenómeno jurídico, la circunstancia delictuosa, entre otros, como estáticos, simples y formales, cuando en realidad son dinámicos, complejos y no formales. La crítica a los postulados jakobsianos no es nueva; desde el inicio de la propagación de sus ideas, aparecieron los críticos. Ni en el derecho ni en ninguna ciencia, existen verdades absolutas; por ende, también en el normativismo existen omisiones y limitaciones en su concepción.

En este trabajo, se analiza la influencia del normativismo en las decisiones que ha tomado la Corte Suprema. En ella se evidencia su apogeo y ocaso. Es decir, la influencia emotiva se ha tornado limitada, tibia y crítica. Esa es la constatación que se realiza en este trabajo. La finalidad es objetivar cómo la teoría de infracción de deber normativista ha influido y sigue influyendo en la administración de justicia penal. Para ello, no se parte de lo abstracto, genérico y puramente doctrinal, sino de lo concreto: la jurisprudencia de la máxima instancia de administración de justicia del Perú. En este proceso de verificación, descripción y explicación, se ha podido advertir el ocaso paulatino de la teoría de infracción de deber normativista; sin embargo, hay varios aspectos de esta que tienen limitaciones conceptuales, pero que requieren ser superados por otros estudios más sistemáticos, pero teniendo como punto de partida, la realidad.

MARCO TEÓRICO

Del funcionalismo al normativismo en el derecho penal de hoy

El derecho penal, como cualquier otro conocimiento humano, se encuentra en constante desarrollo y transformación. En la medida en que la realidad que pretende explicar se transforma, el derecho penal tiene que adecuarse a estas exigencias o perecer; pero también recurrir a ella para pretender explicarla. Más de las veces, el derecho penal, se adecúa a esa vorágine de transformación permanente. De ahí surge su vigencia e importancia, como una forma de control social.

El funcionalismo fue y es una corriente superadora de lo que ha sido el causalismo (sus variantes) y el finalismo (Villavicencio, 2007). Si bien la preocupación o el problema a resolver fue una sola; sin embargo, el enfoque y las propuestas de solución, son disímiles. Es pues, una mirada distinta al fenómeno de la realidad que a veces tiene la forma de delito. El causalismo solo se fijó en la realidad unilateral y parcial; es decir, en la relación causal o nexo causal de los fenómenos; más que como una unidad. Esa fue una de sus limitaciones, más aún cuando asumió sin más la metodología de las ciencias naturales (García, 2008). Y, como es lógico, partiendo de esa premisa, la solución que planteaba sobre el delito era sencillo y esquemático, y, por ende, de simple verificación y hasta incluso de subsunción. Otra limitación del causalismo fue entender al ser humano como únicamente normal, solo posible en

la alquimia jurídica (Zaffaroni, 2000), mas no como es y se presenta en la realidad. Es decir, un ser complejo, a veces inexplicable, pero ser humano al fin.

Por su lado, el finalismo dio un vuelco a las concepciones imperantes del delito, especialmente a los postulados causalistas. Sus propulsores sostuvieron que el hombre, a través de sus acciones, expresa una finalidad; mas no se trataba solo de procesos causales. Esta proposición, generó la prevalencia de la tipicidad subjetiva y, por supuesto, la necesidad de un constructo doctrinal superior al causalismo. Es decir, había ayudado a resolver lo más grosero del causalismo, pero estaba lejos de dar solución a todos los problemas de la teoría del delito (Zaffaroni, 2000). En este terreno fértil, surgió el funcionalismo. Fue una necesaria consecuencia de los problemas que tenían irresueltos las teorías anteriores. Roxin (2016) y Jakobs (2000) serán los encargados de darle explicación al delito, cada uno a su modo y concepción.

El funcionalismo no es una sola doctrina, una única y sistemática concepción, sino que se conoce dos variantes:

- a) El funcionalismo moderado encabezado por Roxin propugnó reformular normativamente las categorías dogmáticas atendiendo a finalidades político criminales (García, 2008).
- b) El funcionalismo normativista fue propugnado por Jakobs, para quien el “funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad” (Jakobs, 2000, p. 15).

Siguiendo el trajinar histórico del derecho penal, se puede inferir que el funcionalismo aun es una teoría vigente y, por ende, de relevancia hoy para resolver los problemas que apareja el derecho penal.

Autoría y participación en el derecho penal, sus problemas y evoluciones

Se ha escrito bastante sobre el tema. Aunque hay una constatación real, el problema sigue irresuelto. Siguen las discrepancias y refutaciones sobre todos o algunos tópicos del derecho penal, en especial sobre la autoría y la participación. Hasta 1963, solo se había referenciado de manera detallada la teoría del dominio del hecho. Posteriormente, Roxin propuso la idea de los delitos de infracción de deber con la finalidad de llenar el vacío que generaba la primera teoría. Es decir, Roxin (2016) advirtió que la teoría del dominio del hecho no era aplicable en forma universal para todo tipo de hechos, pues un grupo de delitos no podía encajar en dicha teoría; por ejemplo, los delitos especiales. En consecuencia, era necesario plantear alternativas para superar tales limitaciones.

Autoría y participación en delitos de infracción del deber

La teoría de infracciones de deber

Con la configuración de la teoría del dominio del hecho, se pensó que se había resuelto los problemas de autoría y participación. Sin embargo, en delitos especiales, esta concepción tenía

limitaciones evidentes, incontrovertibles. Esta situación obligó a la doctrina a buscar llenar ese vacío o superar esas limitaciones. Es que, la teoría del dominio del hecho sobre autoría y participación no fue un principio universal indiscutible, sino todo lo contrario. Se advirtió sus limitaciones y vacíos. En este ámbito de necesidad, surge la teoría de infracción del deber. Sánchez-Vera Gomez-Trelles (2002) explica esta situación de una manera distinta. Sostiene que la nueva mirada no está hacia el resultado en el mundo exterior, sino en el deber especial que tiene la persona. Es decir, ya no vincula al sujeto activo con el dominio del suceso, sino que se pregunta qué rol tenía esta al momento de los hechos acontecidos.

En forma más explícita y fundamentando la teoría de infracción de deber desde la concepción de Jakobs, García (2008) sostiene que “en los delitos de infracción del deber la autoría le corresponde a aquella persona que estando institucionalmente obligada a cumplir con un deber positivo específico lo incumple” (p. 577). El fundamento o la premisa de donde surge esta teoría está en el rol general y especial que tenemos los ciudadanos en el ámbito social. En una sociedad determinada todos tenemos roles asignados que cumplir. Precisamente, en este hecho se basa la teoría de infracción del deber. Es decir, son aquellos delitos, donde para determinar su punibilidad se evalúa en el sujeto activo si cumplió o no el rol esperado de él.

En la sociedad en la que nos desenvolvemos, todos tenemos el deber de proteger la vida y la salud de las personas. Sin embargo, este debe adquirir matices distintos según el rol que desempeñemos. Mientras que los ciudadanos en general tienen un deber general, los médicos del Estado y los miembros de la Policía Nacional del Perú (PNP) asumen un deber especial que define su razón de ser. Este deber especial es el fundamento que sustenta la determinación de autoría y participación en los delitos por infracción de deber.

a) La teoría de infracción de deber, según Roxin

Roxin, sin duda, es un referente en problemas de autoría y participación. Sus grandes y originales reflexiones han ayudado a dilucidar varios problemas al respecto. Uno de esos aportes, fue la introducción del concepto de infracción de deber, en ciertos delitos, donde el dominio del hecho no podía explicar y resolver el problema en forma satisfactoria. No solo es el iniciador de una nueva forma de entender los delitos especiales, sino también su correlato o influencia sobre la doctrina de autoría y participación (Pariona, 2024). Sánchez-Vera Gomez-Trelles (2002) resumen las ideas de Roxin de manera puntual:

En esta división entre delitos de dominio y de infracción de deber ve Roxin un reflejo de la realidad social: En efecto, los tipos de delito de infracción de deber tratan de proteger la “capacidad de función” de diversos “campos de la vida que ya se encuentran preformados”, mientras que, en los delitos de dominio, el autor quebranta un espacio que, “según el Derecho, debiera haber dejado intacto”. ... que la diferencia entre el delito de dominio y el de infracción de deber no responde a dos conceptos de autor distintos, sino a la diversa estructura de los tipos penales correspondientes. (p. 31)

En el Perú, las ideas de Roxin se han difundido ampliamente y, como es lógico, ha generado seguidores y detractores. Es más, no solo se han quedado en las discusiones doctrinales, sino también se han materializado en las decisiones de nuestros tribunales, tal como más adelante podremos advertir. Pariona (2014), siguiendo las ideas de Roxin, ha aseverado que:

La infracción del deber especial fundamenta la autoría y no el injusto. En tal sentido, la infracción del deber constituye el criterio dogmático por excelencia para determinar y delimitar la autoría en los delitos que suponen la existencia de un deber especial. (p. 41)

b) La teoría de infracción de deber, según Jakobs

Jakobs planteó una postura novedosa sobre el derecho penal en general. Sus postulados doctrinales tienen como fundamento sociológico la teoría de sistemas propugnada por Luhmann. En el ámbito filosófico, se sustenta en las propuestas de Hegel. En nuestro país, las ideas de Jakobs se han instalado en terreno fértil. Sus postulados no solo existen en el plano doctrinal, sino también han influido con fuerza en la jurisprudencia. El derecho penal de hoy no puede prescindir de él, tanto para seguirlo o criticarlo. Aproximándose a la idea de infracción de deber, desde el ámbito de Jakobs, Caro (2014) señala lo siguiente:

En el caso de los delitos de infracción de deber la fundamentación del deber jurídico se basa estrictamente en instituciones positivas, las mismas que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera. Una “institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye”. Por esta razón la relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, porque así el deber se dirige a un determinado obligado especial, no para que simplemente “no dañe” los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo en su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de un peligro o lesión. (p. 190).

Si bien sus postulados son llamativos; no han sido ajenos a la crítica, al cuestionamiento filosófico y propiamente penal. Jakobs quizás ha sido el penalista que más admiradores y detractores ha cosechado. Como dice García (2000):

La alternativa es la esquizofrenia teórica: negar y afirmar lo contrario al mismo tiempo y dentro de una misma disciplina. No me atrevería a imputar a Jakobs y su escuela ni esquizofrenia teórica ni disimulo. Más bien creo que su loable fe de dogmáticos penales les lleva a refrenar a tiempo sus afanes sistémicos. A tiempo para que sus colegas no se escandalicen en exceso y para que sus cátedras no pasen a serlo de sociología o de cosas peores, como la filosofía del derecho. Un escarceo con Luhmann y unos guiños a Hegel están muy bien. Pero nunca abandonarán completamente a von Listz, aunque ya no esté para muchos trotes. (p. 263)

Los delitos especiales y los delitos de infracción de deber. Aproximación a su diferenciación

A primera vista y, de manera general, estas dos figuras tienen cierta similitud; sin embargo, si nos atenemos a una mirada más técnica y profunda, tienen diferencias. Los delitos de infracción de deber suponen siempre y necesariamente un deber especial en la persona del autor. Se trata de un deber especial de carácter penal que es extraído del tipo y que impone al autor la obligación de protección del bien jurídico. Los delitos de infracción de deber son definidos en función del deber especial del autor y a la función que cumple este deber en la determinación y delimitación de la autoría y participación (Pariona, 2014). En cambio, en los delitos especiales, el autor no es necesariamente portador de un deber especial. Lo que identifica a los deberes especiales es el elemento típico especial que caracteriza a la persona del autor. La función que cumple este elemento en los delitos especiales es determinar el círculo de posibles autores (Pariona, 2014). Si asumimos, esta diferenciación postulada, entonces, esa aparente similitud se difumina. En este trabajo, solo nos referimos a los delitos de infracción de deber.

MATERIALES Y MÉTODOS

Es una investigación jurídico-formal o mixta debido a que tuvo que tratar aspectos no solo doctrinales, sino relacionados con una realidad concreta (las sentencias de la Corte Suprema sobre autoría y participación). El nivel de investigación es descriptivo-explicativo porque se trató de relacionar los fundamentos doctrinales sobre autoría y participación y su influencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema Penal. El diseño de investigación corresponde a la denominada investigación explicativa porque se analizó los cambios a través del tiempo dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre autoría y participación desde la perspectiva de infracción de deber. Se realizó un muestreo crítico porque la selección tuvo como base el conocimiento de una población o propósito de estudio.

Los datos que se obtuvieron con los instrumentos fueron evaluados en base a la teoría de la argumentación jurídica, toda vez que el derecho puede concebirse como argumentación; es más, desde cualquier perspectiva, la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho, consiste fundamentalmente en argumentar. Las técnicas utilizadas fueron: técnica documental o fichaje, empleándose como instrumentos las fichas textuales, resumen, comentario y bibliográficas. También se empleó la técnica de análisis inferencial con la finalidad de generalizar los resultados obtenidos. Asimismo, se realizó el análisis de textos con el fin de hacer más accesible la doctrina sobre infracción de deber.

RESULTADOS

Resultados jurisprudenciales

Infracción de deber desde la vertiente jakobsiana en la jurisprudencia peruana

Sin duda, el pensamiento de Jakobs ha influido con meridiana claridad en la comunidad académica de Hispanoamérica (Silva, 2019). Esta constatación también incluye a nuestro país. En la doctrina y jurisprudencia peruana, se ha celebrado, recelado y criticado la obra de Jakobs y, eso es parte ineludible del quehacer científico. Existen textos (Caro, 2014) y jurisprudencia acogiendo los cánones

de Jakobs. En seguida, se muestra la recepción de los postulados de Jakobs en la jurisprudencia. En la Casación 131-2016 se fundamenta lo siguiente:

No se explicó este tópico; es decir, no se señaló cuál es la ley, decreto, ordenanza, resolución o reglamento, donde se estableció que el acusado M.M.M.V. tenía bajo su administración o custodia la cancha sintética de fútbol de la Dirección de Aviación de la Policía Nacional del Perú... Si bien se adjuntó un oficio ..., donde se indicó que entre los deberes del citado inculcado estaba mantener y controlar los recursos humanos y materiales de la institución; sin embargo, las funciones mencionadas en ese documento no están sustentadas en algún Manual de Organización y Funciones de la Institución (MOF) o en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) o en alguna disposición normativa, que explique legalmente la vinculación jurídica que ejerció el acusado con el caudal.

En el Recurso de Nulidad 615-2015, se precisa:

...la reglamentación interna del sector de erige como un indicador normativo de las competencias propias pertenecientes al estatus de la estructura funcionarial...cada funcionario responde, por el deber especial que tiene determinado su ámbito de organización conforme lo establece el Reglamento de Organización y Funciones-ROF-, y Manual de Organización y Funciones -MOF- y no por todo aquello que acontece, ni por actuaciones inadecuadas de otros funcionarios o servidores.

En la apelación 19-2015, se asevera que:

No obran suficientes medios probatorios que fundamenten la responsabilidad penal de A.V. ya que no existe disposición o acto administrativo emanado de órgano competente que corrobore que el vehículo ...le haya sido asignado a su persona, en tal sentido no existía entre el citado encausado y el aludido vehículo, relación funcional alguna.

En la Casación 1749-2018, se afirma que:

En los casos de funcionarios o servidores públicos, este deber se encuentra relacionado con el funcionamiento efectivo y eficaz de la administración pública. De esta manera, en este ámbito, se descarta el equivocado y difuso concepto del bien jurídico, que lo relaciona con el “correcto funcionamiento” de la administración pública. La corrección se vincula con la persona de conducta irreprochable³ –de carácter formal y moral–, pero no con la observancia de los deberes institucionales de la conducta funcionarial –de carácter material y jurídico–, en la creación de valor público. La ley confiere a los funcionarios y servidores públicos un especial rol social de protección jurídica de los intereses públicos, concretado en la gestión adecuada de los recursos públicos, entendidos en forma amplia –personal, normas, organización, funciones, estructura, tiempo, patrimonio–. Por tanto, no se trata de la protección de un deber moral –de lealtad o buena fe– o del reforzamiento de una relación de sujeción del funcionario o servidor al Estado, sino de la consolidación de deberes jurídicos institucionales.

Hay dos ideas que se repiten en las muestras cuyos fragmentos han sido reproducidos:

- a) Solo es autor, el obligado especial, cuando se trata de delitos especiales o de infracción de deber.
- b) Las obligaciones especiales deben estar y lo están, para ser sujetos cualificados, en normas extrapenales, tales como: ROF, MOF o, incluso, en actos administrativos específicos que determinen en forma clara e indubitable el deber especial asignado.

Hacia una concepción apartado del formalismo jakobsiano de infracción de deber

En la Casación 1527-2018, se fundamenta que:

De ahí que el fundamento de punición del delito de peculado es el quiebre de los deberes de garante..., ejercicio que debe estar marcado por el cumplimiento y el respeto al dicho deber de garante.

En todo juzgamiento por delitos de infracción del deber, tanto el Ministerio Público como los jueces de instancia tendrán que diferenciar los deberes generales de los específicos que tiene cada funcionario o servidor público; y, a partir de ello, efectuar una evaluación del quebrantamiento del rol de garante.

En la Casación 503-2016, se presenta el siguiente argumento: “Si es delegante debe delegar bien, supervisar razonablemente a su delegado corregirle e incluso sustituirle. Si es presupuesto, es más intensa la tarea de supervisión”. En la Casación 558-2016, se propone que “en el delito de parricidio, la relación de parentesco o la vinculación contractual entre el sujeto activo es una calidad personal que agrava la punibilidad, y que como consecuencia de ser un delito de infracción de deber impropio existe una cierta correspondencia con un delito de dominio (delito subyacente)”.

En la Casación 1500-2017, se argumenta lo siguiente:

Su conducta, en este marco fáctico y cuando se trata de un delito cometido en el seno de una municipalidad provincial en el que intervienen varios funcionarios, que como toda organización compleja organizada se nutre de las reglas de jerarquía y de la división del trabajo, por su nivel jerárquico y rol funcional, no puede ser otra que la de autor. Recuérdese que lo que origina la competencia del autor en esta categoría no es un acto de organización, sino el incumplimiento de un deber especial derivado de una institución social específica; y como el incumplimiento de deberes institucionales no admiten graduaciones, no es posible una diferenciación cuantitativa de la competencia que permita distinguir entre autores y partícipes.

En la Casación 1626-2018, se propone:

En delitos de infracción de deber no cabe la coautoría. La infracción no es compartible. La infracción del deber especial lo convierte en autor. En el caso concreto se condena a uno de los

funcionarios por colusión a título de instigador. Esta decisión de la sala superior es revocada por la Sala Suprema y finalmente lo condenan como autor.

En la Casación 184-2020, se asevera que “el delito de negociación incompatible, es un delito de infracción de deber. Se discute si puede ser considerado el extraneus como instigador en este delito. La Sala Suprema considera que no es posible”.

De estas decisiones de la Sala Suprema, se puede colegir las siguientes evidencias:

- a) No ha terminado la discusión en la judicatura sobre los problemas de autoría y participación en delitos funcionariales. A pesar de existir suficiente y variada doctrina, en la práctica, sigue la confusión.
- b) Esa confusión sigue generando incoherencias en el pronunciamiento de la Sala Penal Suprema. Es decir, sigue la discusión, pero, para el justiciable, la predictibilidad sigue la duda hamletiana.

Hacia la concepción de delitos de infracción de deber con elementos de dominio de la jurisprudencia peruana

En la Casación 1004-2017, se propone una nueva forma de delito de infracción de deber: “El tipo penal de peculado es un delito especial de infracción de deber, pero lo es con “elementos de dominio”. Como se puede advertir de la casación precedente, no se asume en toda su integridad la teoría de infracción de deber; sino por el contrario, se asevera que los delitos funcionariales, entre ellas, el peculado, tienen “elementos de dominio”. Esta postura llama la atención pues es muestra del apartamiento de la doctrina sustentada por Jakobs y, la asunción de otra postura distinta.

Resultados doctrinales

El postulado de Gunter Jakobs

Jakobs es el teórico más relevante que ha pretendido explicar el fenómeno de los delitos de infracción de deber. A partir de sus planteamientos se ha desarrollado variada literatura (Sánchez-Vera Gomez-Trelles, 2002). Asimismo, se han suscitado muchos pronunciamientos jurisprudenciales asumiendo tales planteamientos. Esta postura teórica se resume en lo siguiente: El obligado especial es siempre autor en delitos de infracción de deber positivados, así como en el resto de los delitos de infracción de deber y en casos de aparente participación. Es decir, la autoría se fundamenta en el apartamiento del deber especial asignado al obligado. Según Jakobs, el concepto de delito es el daño a la vigencia de la norma. En delitos funcionariales, es el apartamiento de los deberes especiales asignados a funcionarios o servidores públicos determinados.

El postulando de Bend Schönemann

Schönemann parte precisando que Jakobs no es funcionalista, sino hegeliano. En forma categórica señala: “Quien en derecho penal abogue por un funcionalismo en el sentido de Jakobs,

por lo tanto, o bien no ha entendido correctamente la posición de Jakobs, o bien utiliza el término «funcionalismo» de una manera incorrecta” (Schünemann, 2018, p. 99). Además, asevera que el derecho penal debe prevenir daños y proteger bienes jurídicos necesarios e importantes para la comunidad. Aquí se observa la primera confrontación con Jakobs. Para Schünemann, el fundamento de la autoría no está en el incumplimiento del deber especial, sino en el desvalimiento (vulnerabilidad) del bien jurídico por parte del funcionario o servidor público.

DISCUSIÓN

Crítica las posturas jakobsianas

El derecho como parte de la cultura que parte de la realidad

La realidad es fuente de donde fluye y finalmente se expresa el pensamiento humano. La materia es fuente generadora de todas nuestras sensaciones, pensamientos, sentimientos; en fin, de conocimiento del mundo que nos rodea. Pero esta conclusión, conlleva a reconocer necesariamente que, la materia existe fuera e independientemente de la conciencia (Arjipsev, 1966). Esta premisa conlleva también a dejar precisado que, ninguna doctrina en general, es ajena a la realidad y la materia. Se pueden expresar, sin duda, una versión contraria por la libertad de pensamiento, pero no tendrán consistencia. Solo serán elucubraciones sin vinculación con la realidad y, por ende, sin mayor trascendencia.

También ello se refleja en el ámbito del derecho penal, pues ningún fenómeno del derecho penal material o adjetivo puede ser ajeno a la realidad. Las propuestas que se presentan, solo podrán justificarse racionalmente, cuando parten y nacen de una realidad concreta. Y, lo más importante, pretendan o propongan transformarla. Pero la realidad no es estática e inmóvil, sino todo lo contrario: está en constante transformación. Esta transformación es infinita e inevitable. Por lo tanto, inevitablemente, el derecho tiene que adecuarse a dicha exigencia y dinamicidad.

El formalismo como signo de ajenidad a la realidad concreta

Bacigalupo (2019), haciendo referencia a la dogmática penal castellana, sostiene que ella tiene tendencia al formalismo, especialmente en el ámbito de la autoría y participación. Pero el formalismo, entendido como adecuación a una norma existente, *per se*, no es desdeñable *prima facie*. Lo que se observa en la teoría de infracción de deber de Jakobs es su alejamiento o divorcio de la realidad. Su formalismo es entendido como ausencia de análisis del caso concreto por preferir un esquema predeterminado. Lo anterior conlleva necesariamente a una actuación contraria a la realidad. Si el derecho se aparta de la realidad, podrá seguir siendo derecho, pero se encontrará limitado, precisamente por ser ajeno a la realidad. Es que la realidad es dinámica y compleja; por ello, un esquema inmóvil no puede aprehender tal dinamicidad. En delitos funcionariales, por ejemplo, no se trata solo de verificar los deberes especiales y generales del sujeto cualificado. Es trascendental determinar con claridad el contexto, la participación concreta de los sujetos activos en ese venir y devenir de la realidad. No se puede partir de esquemas predeterminados y absolutos. En la actuación de los funcionarios públicos, no solo se limita por lo complejo del sistema administrativo, sino también por el actuar real y no formal

de cada uno de ellos. Es decir, en muchos casos, quien actúa y decide, no tiene el poder formal y, el formalismo jakobsiano, permite la impunidad.

La jurisprudencia peruana en el vaivén

La jurisprudencia, entendida en su sentido restringido, es aquella que es emitida por la máxima instancia jurisdiccional. Entonces, las decisiones que emana de la más alta instancia jurisdiccional deberían ser de suprema calidad; pues solo así se podría justificar su existencia. La Corte Suprema, como toda organización del Estado, está compuesta por personas profesionales; tienen formación integral en el derecho. Además, por la propia exigencia del cargo, tienen o deberían tener una sólida formación académica y, precisamente por ello, fueron seleccionados para tan alta investidura. En el transcurrir del tiempo, estos magistrados han adquirido una formación académica diversa que viene de diversas y múltiples fuentes. No todos los magistrados que componen la Corte Suprema han estudiado en la misma universidad ni tampoco han tenido los mismos docentes; tampoco se han formado en una sola doctrina. Es más, cada uno ha asumido una postura diferente frente al derecho. Estos factores permiten evidenciar lo siguiente: Los magistrados integrantes de la Corte Suprema Penal son una unidad en la diversidad académica y/o doctrinal. Pero hay algo más importante: para resolver un caso concreto, los magistrados recurren a la doctrina y, en ella encuentran diversidad de criterios.

Mediante el elevado grado de diferenciación, la dogmática penal se convierte (vista desde fuera), en una especie de tienda de mercaderías de toda clase, en la que la justicia encuentra en sus interminables estanterías todas las soluciones imaginables, de las que puede hacer uso, en cierto modo, a discreción. (Schünemann, 2004, p. 14)

Si la aseveración precedente es cierta, entonces esa diversidad puede influir en las decisiones que emiten. En algunos casos, enriquece sus pronunciamientos y, en otros, lo limita. Es decir, es una contradicción. De los resultados presentados, se concluye que los pronunciamientos no son uniformes, sino contradictorios. Unos sí, otros, no. Se encuentran en un vaivén permanente. Esta constatación no es mala, sino enriquecedora; pues estas posturas también tendrán diversas miradas sobre el hecho materia de pronunciamiento. Si en lo académico esta forma contradictoria de resolver los problemas jurídico-penales de autoría y participación es buena, en el plano práctico no es aconsejable, pues los justiciables requieren predictibilidad y seguridad jurídica. El ciudadano requiere precisión y uniformidad para poder adecuarse a esas exigencias normativas.

La realidad como fundamento para la determinación de autoría y participación en los delitos de infracción de deber

Los fenómenos, en general, y el derecho penal en particular, existen al margen de nuestra percepción y visión. A partir de esa realidad, cada uno tiene una interpretación de ella y, precisamente en esta es donde aparecen diferentes explicaciones del fenómeno estudiado. Pero la realidad materia de observación, aproximación y estudio no es inmutable ni estática, sino todo lo contrario. De ahí que las inferencias que hagamos de esa realidad sean aproximaciones, mas no diagnósticos o aprehensiones definitivos.

[La dialéctica] opera asumiendo las interconexiones de la realidad como internas. De este modo, los límites trazados para nuestros objetos de estudio son siempre provisorios y dependen de la extensión (cuánto espacio tiempo hay involucrado), el nivel de generalidad (qué totalidad está implicada) o el punto de vista (panorámico) asumido en aquella abstracción. (Gres, 2023, pp. 225-226)

Si consideramos correcta las proposiciones precedentes, entonces, las concepciones sobre autoría y participación que omiten la realidad y, no aprehenden esos fenómenos en su movimiento, dinamicidad e interconexión, se convierten en simples abstracciones sin sustento. Únicamente los diagnósticos que parten de la realidad, trascienden y contienen proposiciones racionales. La concepción normativista del derecho penal, especialmente lo relacionado a la autoría y participación, tiene esa gran limitación. Parte de la idealidad; de la supuesta perfección de los fenómenos e incluso de la organización social. Por ello, es ajena a una realidad dinámica y compleja.

Desde la concepción normativista, especialmente en los delitos considerados de infracción de deber, se puede permitir o dar cabida a la impunidad, precisamente por no partir de la realidad concreta y particular que caracteriza a cada circunstancia o fenómeno que se presenta. Es decir, la sola verificación de la fidelidad o no a los deberes especiales, no puede conllevar a determinar la responsabilidad penal o la inocencia del investigado. Por ejemplo, en delitos cometidos por funcionarios públicos, se advierte *ex ante*, una organización vertical donde impera la subordinación. También se encuentran delimitados los deberes generales y especiales de cada servidor o funcionario público. En esa realidad, hay datos importantes que nos permiten sostener la limitación que presenta la postura normativista de los delitos de infracción de deber:

- a) Es una concepción formalista para la determinación de autoría. Esta característica no permite entender la realidad cambiante, dinámica y particular que se presenta en cada caso. No se trata solo de verificar y analizar los deberes especiales o generales cuando exista imputación penal. Si bien, *prima facie*, esta distinción se puede justificar, la realidad – el caso concreto materia de imputación – es mucho más rica y compleja que el simple formalismo en el análisis del caso considerado delito. La consecuencia de esta forma de determinar la autoría, inevitablemente, y seguro muy a pesar de los propulsores, conlleva a la impunidad de los que detentan el poder.

Coincidimos con Mendoza y Mendoza (2016) cuando aseveran que:

La operatividad de la teoría de los delitos de infracción del deber es contraria a esa finalidad: su médula formalista invisibiliza los fundamentos materiales para la atribución de autoría. Así, no considera las constatables relaciones de poder existentes en la administración pública, no comprendidas en la formalidad del ROF, MOF o cualquier norma extrapenal, pues estas son solo el correlato formal del poder funcional. En efecto, la remisión a normas extrapenales conduce a un excesivo formalismo que no permite una comprensión material de la intervención delictiva en un determinado contexto de poder real. (p. 14)

- b) Se desatiende del poder real que existe en los delitos cometidos por funcionarios públicos. Quien tiene poder de mando emanado del estado, tiene la posibilidad latente de evitar ser imputado. Quien ostenta el poder dentro de la administración pública, *ex ante* conoce la ilicitud de ciertos comportamientos. En estas circunstancias y, con la finalidad de evitar cualquier imputación, delega funciones o actúa con sutileza para no aparecer en tales hechos. Pero en el fondo, tiene el dominio del hecho, sea directa o indirectamente.

La existencia del poder fáctico o de *iure* en el Estado o en una parte de ella no se puede negar; existen en la realidad. En democracias débiles como la nuestra, estos poderes se afianzan y coexisten. Siempre actúan con sutileza. Tienen poder político, económico, entre otros. Pero hay algo que los une: actúan o tratan de actuar al margen del derecho para sus intereses particulares y no del Estado.

CONCLUSIONES

La jurisprudencia de la corte suprema penal se mueve entre la doctrina de Jakobs y la negación de la misma. Existe pues una ambivalencia ostensible.

No es coherente y consecuente el manejo de la doctrina de infracción de deber normativista en la jurisprudencia peruana; existe un vaivén en los pronunciamientos.

La judicatura nacional aún no ha llegado a uniformizar criterios definitivos sobre la autoría y participación en delitos funcionariales. Una muestra de ello son las diferentes posiciones que se esgrimen en la jurisprudencia.

Aunque en su momento la teoría de infracción del deber normativista ejerció una influencia significativa, en la actualidad su relevancia ha disminuido considerablemente, situándose en un evidente ocaso. Esto se debe a su excesivo formalismo, que limita su capacidad para interpretar y abordar de manera adecuada las complejidades de la realidad concreta.

Cualquier teoría que aspire a abordar los problemas de autoría y participación debe estar profundamente anclada en la realidad. De no ser así, corre el riesgo de convertirse en una idea ilusoria.

REFERENCIAS

Arjipitsev, E. (1966). *La materia como categoría filosófica*. Grijalbo S.A.

Bacigalupo, E. (2019). La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica. InDret: *Revista para Análisis del Derecho*, 1-21. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47816-recepcion-dogmatica-penal-alemana-espana-y-latinoamerica>

Caro, J. (2014). *Manual Teórico práctico de teoría del delito*. ARA Editores.

Daza, C. (2012). *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*. Flores Editor.

Casación 131-2016/Callao (2017). *Sentencia Casatoria*. Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala Penal Transitoria. <https://lpderecho.pe/casacion-131-2016-callao-peculado-uso-pericia-contable-perjuicio-patrimonial-estado/>

Casación 1749-2018/Cañete (2020). *Sentencia Casatoria*. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Casaci%C3%B3n-1749-2018-Ca%C3%B1ete-LP.pdf>

Casación 1527-2018/Tacna (2020). *Sentencia Casatoria*. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/Casaci%C3%B3n-1527-2018-Tacna-LP.pdf>

Casación 503-2018/Madre de Dios (2020). *Sentencia Casatoria*. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/747e4700437bc93483b8836745cba5c4/503-2018.pdf?MOD=AJPERES>

Casación 1500-2017/Huancavelica.(2020). *Sentencia Casatoria*. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/05/Cas.-1500-2017-Huancavelica-Legis.pe_.pdf

Casación 1626-2018/San Martín.(2020). *Sentencia Casatoria*. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Casacion-1626-2018-San-Mart%C3%ADn-LP.pdf>

Casación 184-2020/Lima Norte.(2022). *Sentencia Casatoria*. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/06/Casacion-184-2020-Lima-Norte-LPDerecho.pdf>

Casación 1004-2017/Moquegua (2018). *Sentencia Casatoria*. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. <https://lpderecho.pe/peculado-delito-infraccion-deber-elementos-dominio-casacion-1004-2017-moquegua/>

García, J. (2000). ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. *DOXA*, 233-264.

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10249/1/doxa23_09.pdf

García, P. (2008). *Lecciones de derecho pena parte general*. Grijley.

Gres, P. (2023). Dialéctica y derecho: Apuntes para una teoría jurídica crítica. *DOXA*, 221-251. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/136205/1/Doxa_47_09.pdf

- Jakobs, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Civitas.
- Mendoza, F., & Mendoza, D. (2016). Autoría y formalismo normativo: el fundamento material de la autoría. A propósito del caso Diarios Chicha. <https://dokumen.site/download/autoría-y-formalismo-normativo-a5b39efcb4039c>
- Pariona, R. (2014). *Derecho Penal: Consideraciones dogmáticas y político criminales*. Instituto Pacífico.
- Pariona, R. (2024). La teoría de los delitos de infracción de deber y el principio de legalidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-32.
<http://criminet.ugr.es/recpc/26/recpc26-11.pdf>
- Recurso de Nulidad 615-2015/Lima (2016). *Ejecutoria Suprema*. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. <https://www.lexsoluciones.com/wp-content/uploads/2016/08/R.-N.-615-2015-Lima.pdf>
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons.
- Sánchez-Vera Gomez-Trelles, J. (2002). *Delito de infracción del deber y participación delictiva*. Marcial Pons.
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*, (81), 93-112. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>
- Schünemann, B. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. *Derecho Penal y Criminología*, 13-25. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037>
- Silva, J. (2019). La influencia de la obra de Gunter Jakobs en el espacio jurídico penal hispanohablante. *INDRET*, 1-20. <https://indret.com/la-influencia-de-la-obra-de-gunther-jakobs-en-el-espacio-juridico-penal-hispanohablante/>
- Villavicencio, F. (2007). *Derecho penal: Parte general*. Grijley.
- Zaffaroni, E. (2000). *Derecho penal: Parte general*. EDIAR.