

Roberto Falcone (h)¹

UNA APROXIMACION A LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER

¹ El autor es juez del Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial Mar del Plata, especialista en Derecho Penal por la Universidad Austral e integrante de la Cátedra de Derecho Penal Parte Especial de la Universidad Nacional de Mar del Plata. El presente aporte constituye la versión acotada de la tesina final de especialización, que mereciera por parte del tribunal evaluador la máxima calificación. Agradezco las preciosas contribuciones del profesor ANDRES FALCONE en las citas directas del idioma alemán que se consignan al pie de diversas páginas.

I.- ALGUNAS NOCIONES INTRODUCTORIAS

No puede obviarse hablar de imputación objetiva al momento de caracterizar a los delitos de infracción de deber, lo cual supone necesariamente tratar la teoría de la acción penal.² Los planteos principales de WELZEL en contra del dogma causal, que han perdurado en el tiempo, se centran en no mirar el mundo de relaciones entre las personas sólo a partir de los cursos causales y del costado fáctico, sino que los comportamientos adoptados gozan de sentido y significado.

KELSEN sostiene que son dos los elementos pasibles de ser distinguidos en una conducta. Por un lado, todo aquello que es perceptible por los sentidos, situado en un contexto espacio-temporal. Por el otro, el significado que ello posee. Pone el siguiente ejemplo: varias personas se reúnen en una sala, algunas pronuncian discursos, otras no, algunas levantan sus manos, otras las mantienen bajas. Ello es lo que se percibe a través de los sentidos, pero el significado es que se ha votado una ley.³ Ese significado también es el que dota de importancia y trascendencia a los objetos.

Las acciones humanas son expresiones de sentido, lo cual no constituye exclusivamente un patrimonio del derecho penal sino que es común a todas las ciencias sociales. Sumado a ello, agregó WELZEL el dato de interés de la voluntad final del individuo como determinante del sentido social de la acción. Decía que el disparo que rozaba el hombro de la víctima constituía o bien una tentativa de homicidio o bien una lesión, según cuál hubiera sido la finalidad del agente al jalar el gatillo⁴, la cual suponía una categoría del mundo del ser que no podía ser ignorada por el legislador.

La finalidad, por su parte, no destaca el sentido social de la acción, haciendo eje exclusivamente en su sentido individual, generándose el percance de que la voluntad final del autor no puede en todos los casos determinar el sentido social de la acción. Tal el supuesto de la tentativa irreal del delito, cuya impunidad fundaba WELZEL en la nula energía criminal del autor, aunque la misma debiera basarse en la insignificancia social de la conducta.

² Estas primeras ideas que introducen a la temática a desarrollarse están basadas en el excelente trabajo del profesor FERNANDO CORDOBA sobre la categoría en cuestión, publicado bajo el título "Delitos de Infracción de deber" en la revista jurídica En Letra (Derecho Penal), año I numero I (2015).

³ Reine Rechtslehre, 2da edición, Viena, Franz Deuticke, 1960, p.2.

⁴ Das neue Bild des Strafrechtssystems, Gotinga, Otto Schwartz, 1961, p. 1 ss.

La confusión de los planos individual y social también queda patentizada a la hora de tratar supuestos de riesgo permitido, que actualmente son objeto de análisis en la teoría de la imputación objetiva. Quien se mantiene con su accionar dentro de los límites del riesgo que resulta objetivamente tolerable en una sociedad no comete delitos, aunque tal hubiese sido su propósito o su finalidad, lo cual implica afirmar que el sentido social de la acción es determinado por los parámetros del riesgo permitido.

Hoy, bajo el ropaje de la teoría de la imputación objetiva, se discuten problemas concernientes a la teoría de la acción, en tanto entendemos a la misma como expresión de sentido que se traduce en un riesgo no permitido. Cuando se autoriza la producción del riesgo, ello implica que la persona no cuenta en cabeza suya con el deber de evitar el comportamiento que pueda eventualmente producir el resultado no deseado; en cambio, cuando el riesgo no está autorizado, se posee el deber de evitar tal comportamiento. Ello permite concluir que quien crea un riesgo no permitido claramente infringe un deber.

El deber de evitación de un riesgo no permitido se encuentra incluido en nociones dentro de la omisión y de la imprudencia, tal es el caso de los deberes de garantía y de las infracciones al deber de cuidado, lo cual conlleva necesariamente hablar de la no evitación de un riesgo que debía evitarse crear, lo que constituye un incumplimiento. Quien se mantiene dentro de la órbita del riesgo permitido no infringe deber de cuidado alguno, así como tampoco aquél que no crea ningún peligro relevante en términos jurídicos. Idénticas consideraciones merecen los deberes de garantía, todo lo que permite concluir que tales infracciones son las nomenclaturas que adopta la imputación objetiva en los ámbitos omisivos y de delitos imprudentes.

Entonces, un requisito esencial para que un comportamiento adquiriera significación típica es la infracción de un deber de evitar, la cual tiene distintos fundamentos en cada categoría de delitos (dominio e infracción de deber).

II.- ALBORES Y EVOLUCION DE LA CATEGORIA EN ESTUDIO

Los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikt*) surgen como categoría autónoma con CLAUS ROXIN⁵, y cabe destacar que su aceptación por parte de la doctrina no ha sido unánime. Hay que tener en cuenta que los mismos se suscitan en un ámbito (autoría y participación

⁵ Cfr. ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1° ed., 1963, pp. 352 y ss.

criminal) que mereciera por parte de KANTOROWICZ ya en 1910 la definición de “*capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del derecho penal*”.⁶

Pero conviene realizar un repaso de los antecedentes históricos de la autoría.⁷ En la segunda mitad del siglo XIX el predominio de la tesis subjetiva era casi total, ello debido a la trascendencia que tuvo sobre la doctrina y jurisprudencia de su época el magistrado del Tribunal del Imperio MAXIMILIAN VON BURI, quien ejerció sus funciones entre 1879 y 1896. Quizás el caso más paradigmático de aquéllos años fue el de la bañera⁸, en el que se condenó como autora de homicidio a la madre que le solicitó a su hermana que ahogue a su hijo ilegítimo, por actuar precisamente con *animus auctoris* pero sin haber puesto ni un dedo encima del menor, mientras que la hermana, autora material del suceso, fue condenada como cómplice, por haber actuado con *animus socii*, es decir, sin querer el hecho para sí. Ello implicó dejar de lado casi por completo la faz objetiva del hecho, lo cual generó ciertas resistencias doctrinarias que motorizaron un cambio de concepción.

El resultado fue ni más ni menos que la teoría del dominio del hecho, urdida por primera vez por HEGLER en 1915⁹ pero elaborada cabalmente, tal como la entendemos hoy día, por WELZEL a partir de la teoría finalista de la acción. Ella tuvo en cuenta a la hora de trazar los límites de la autoría tanto el aspecto subjetivo cuanto el objetivo (aporte externo). Decía WELZEL que autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es señor sobre el hecho.¹⁰ MAURACH, de modo complementario, agregaba que dominio del hecho es tener en las manos, abarcado por el dolo, el curso típico del suceso, y tiene dominio del hecho todo interviniente que se encuentre en la situación fáctica por él conocida, que pueda, conforme a su voluntad, dejar transcurrir, detener o interrumpir la realización del tipo.¹¹ Ello supuso condensar en una misma teoría tanto una faceta objetiva como una subjetiva, ya que el ser “señor del hecho” englobaba la totalidad de estos aspectos. Lo expuesto implicó que la teoría gozara de una recepción casi unánime hasta

⁶ KANTOROWICZ, Hermann, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, en Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1910, p. 306

⁷ Resulta esencial a los efectos de profundizar el análisis sobre el tópico tratado en este trabajo la lectura de los aportes del profesor José Antonio CARO JOHN, parte de los cuales serán referenciados en el devenir del texto. Los finos estudios del mentado catedrático están a mi entender entre las exposiciones más preclaras que pueden hallarse sobre el tema en lengua hispana.

⁸ Cfr. RGSt. 74 (sentencia de 19/2/1940), pp. 84/6.

⁹ HEGLER, August, Die Merkmale des Verbrechens, en ZStW, N° 36, 1915, pp. 19-44 y 184-232.

¹⁰ Cfr. WELZEL, Hans, Studien zum System des Strafrechts, en ZStW, N° 58, 1939, pp. 491-566, 539.

¹¹ MAURACH, Reinhart, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4° ed, 1971, p. 627.

nuestros días, a punto tal de que se identifica normalmente la autoría con el dominio del hecho.

Sin perjuicio de ello, no puede perderse de vista que la evolución de la dogmática penal, inclusive con réplicas en la jurisprudencia, tiende hoy a analizar cada uno de los tipos penales vigentes en los códigos a fin de delimitar claramente la estructura típica que contienen y en función de ello determina el modo en que se habrá de delimitar la autoría de la participación. Ello supone abandonar la visión unidimensional de la autoría para pasar a aplicar varias teorías según el tipo penal que se trate, lo cual impacta claramente en el contexto de la autoría y participación en los delitos especiales.

Hecha tal aclaración, cabe decir que el surgimiento de la categoría de los delitos de infracción de deber¹² está directamente relacionado con la imposibilidad por parte del dominio del hecho de dar respuesta a los casos en que lo trascendente resulta ser la posición del autor en el mundo de los deberes, por ejemplo, los delitos cometidos por funcionarios públicos. En ellos, el verdadero dominio del hecho que posea el *intrañeus* respecto de la concreta situación típica no es -para la nueva concepción- lo verdaderamente importante¹³, sino que lo realmente trascendente es el deber infringido por el autor en lo que hace al correcto ejercicio de la administración pública, o lo que es lo mismo, la lesión a los intereses públicos que le fueron confiados.

ROXIN considera que el centro de los delitos de infracción de deber está constituido por los deberes especiales del autor, los cuales son extrapenales, es decir, originados por lo general en otras ramas del ordenamiento jurídico.¹⁴ En ellos, lo verdaderamente trascendente resulta ser la especial relación del autor con el bien jurídico protegido. De cualquier modo, sostiene que la concreta determinación de un tipo penal como perteneciente a la categoría de delitos de dominio o bien de infracción de deber es una valoración cuya realización se encuentra en cabeza del legislador. BACIGALUPO plantea la cuestión de modo similar al señalar que los delitos de infracción de deber se caracterizan por constituir una lesión jurídica diversa del deber genérico atinente a los ciudadanos respecto de toda norma. Se trata, para el citado autor, de un deber extrapenal que no abarca a todos los partícipes necesariamente. Estos delitos comprenden a

¹² Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, Zur Gestaltung des strafrechtlich missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen, in Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, 1998, pp. 205-226.

¹³ SANCHEZ-VERA, Javier, Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, Berlin, 1999, p. 168.

¹⁴ ROXIN, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 7ª edición, Berlín/New York, 2000, p. 354.

quienes poseen una posición determinada en relación al bien jurídico tutelado, como el caso de funcionarios, administradores y garantes en delitos omisivos, cuya conducta contraría el deber que les concierne por su especial vinculación con la norma jurídica.¹⁵

Retomando el pensamiento del insigne profesor hamburgués, el mentado califica a los tipos penales desde una perspectiva sistemática, considerando que existen tres clases de delitos en nuestro ordenamiento jurídico. Ellos son los delitos de dominio, los de infracción de deber y los de propia mano, cada uno con criterios propios de definición.¹⁶ Por lo general, el legislador describe exhaustivamente la conducta que debe realizar el autor de un delito para que sea subsumible en un tipo penal. En cambio, en los delitos de infracción de deber no interesa tanto la conducta que realiza el autor del hecho o la acción externa que despliega, sino el incumplimiento del deber emanado de la norma. A modo de ejemplo, en el delito de peculado no interesa el modo en que el funcionario de propia mano o terceras personas con su aquiescencia se apropian de bienes del estado; lo que interesa es que éste no haya cumplido con su deber de resguardar el patrimonio estatal. Ello es lo esencial a la hora de determinar quién es autor y quién es partícipe, es decir, lo que delimita tales caracteres es la infracción del deber. En suma, es esencial en esta clase de delitos determinar en cabeza de quién se halla el deber especial, el cual será considerado autor, mientras que partícipes serán todos aquellos que tomen intervención en el evento criminal sin poseer ningún deber especial a su cargo.¹⁷

Sostiene además ROXIN que resulta inadmisibles la participación en un hecho principal no doloso, ello circunscripto exclusivamente a los delitos de dominio.¹⁸ La participación en los delitos de infracción de deber constituye una cooperación sin infracción del mismo. En resumidas cuentas, lo que ROXIN piensa en relación a esta temática es lo siguiente: en los delitos de dominio el autor principal debe ostentar el dominio del hecho, actuando con dolo. Tal circunstancia resulta ser una condición indispensable para que exista un partícipe. En cambio, en los delitos de infracción de deber puede perfectamente existir una participación en un hecho principal no doloso, ya que la autoría no necesariamente debe aquí ser dolosa. El autor principal *-intraneus-* puede actuar por ejemplo bajo un error de tipo *-por ende sin dolo-* y el *extraneus* ser

¹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique; Derecho Penal. Parte general, 2da edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 510/11.

¹⁶ Cfr. al respecto, en lengua española, ROXIN, Claus; Autoría y dominio del hecho en derecho penal (7ma edición), Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 367 y ss.

¹⁷ Ob. Cit. (15), p. 385 y ss.

¹⁸ Ob. Cit.(13), p. 366.

perfectamente responsabilizado como inductor. El hecho principal sólo debe ser típico en el sentido del tipo objetivo.

Por su parte, afirma que en esta clase de delitos la autoría mediata se define a partir de la infracción del deber por parte del obligado, siendo que deja a aquél a quien no le incumbe el deber la ejecución de la acción, pudiendo éste obrar tanto dolosa como culpablemente.¹⁹ La coautoría, por su parte, supone una infracción conjunta del deber especial realizada por los sujetos obligados. Aquí se modifican las reglas de la accesoriadad en la participación, ya que quien toma parte en el hecho sin infringir el deber especial nunca puede ser la figura central del evento, y será siempre un actor secundario frente a éste.

A más de ello, transcurrida la evolución de su obra terminó por excluir a los delitos imprudentes de la categoría de los delitos de infracción de deber, ya que la lesión que supone la conducta antijurídica en la primera clase de delitos es una violación al deber objetivo de cuidado que se halla en cabeza de todo ciudadano, no constituyendo un deber especial extrapenal, el cual caracteriza a la segunda clase.

En el delito imprudente, quien no es autor es impune, es decir, quien no ha infringido el deber objetivo de cuidado no es punible aunque haya tomado parte en el hecho sin infringir ese deber.

JAKOBS va más lejos aún y no habla de infracción de deberes que nacen de relaciones extrapenales, sino que pone el acento en la infracción de normas éticas o de deberes de solidaridad, siendo éstos deberes jurídicos o a veces extrajurídicos. Ello representa una concepción radicalmente opuesta a la de ROXIN, lo cual debe ser clarificado ya que implica la legitimidad misma del título de la imputación. Recapitulando, la diferencia sustancial entre ROXIN y JAKOBS es que el primero de los autores mencionados habla de deberes extrapenales²⁰ mientras que el segundo habla de deberes extrajurídicos. Sería novedoso que se entienda a los mismos como deberes penales provenientes de tipos que toman conceptos que tienen su propio significado en variadas ramas del saber jurídico (cosa, propiedad o posesión del derecho civil; funcionario público del derecho administrativo) pero que contienen un alcance propio y determinado en el ámbito del derecho penal, precisamente por el grado de autonomía que ostenta este último saber. Esto, de cualquier modo, ha sido fuente de viva discusión en la

¹⁹ Ob. Cit., p. 360.

²⁰ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1° ed. cit, p. 354.

doctrina, pero no deja de ser la opinión mayoritaria que los deberes específicamente penales que genera el derecho penal deben abreviar en conceptos de la misma naturaleza.

No puede obviarse que, si bien el autor intelectual de la categoría analizada fue el mentado ROXIN, cabe destacar que la misma no ha merecido de él un tratamiento posterior al efectuado en sus reflexiones preliminares. Por ende, es impensado un desarrollo cabal de la temática sin el impulso otorgado por el maestro de Bonn, quien le concedió a la categoría una fundamentación mayor desde una perspectiva de análisis jurídico diametralmente opuesta. Hay que comprender, tal como preceptúa GONZALEZ GUERRA, que en el esquema jakobsiano el derecho penal cumple una parte de la función social asignada al sistema jurídico comenzando por la propia determinación normativa de las expectativas sociales mediante la creación de normas jurídico - penales. Las expectativas sociales configuran el centro de atención en la teoría de JAKOBS y surgen, ni más ni menos, de la imperiosa necesidad de los hombres de orientarse socialmente sin tener que temer cualquier comportamiento imprevisible de otras personas de su contexto social. Y ello es así porque, si la sociedad no asegurara un cierto grado de seguridad en las relaciones interpersonales cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible.²¹

En esa línea, su discípulo PAWLIK ha dicho que el concepto de delito no se determina a partir del resultado no deseado, esto es, a partir de la lesión del bien jurídico, sino con base en el alcance de la obligación que al autor le corresponde en su condición de ciudadano. Por ello, toma en consideración al potencial autor no como individuo, caracterizado por su capacidad de lesionar bienes jurídicos, sino como persona en Derecho (*Rechtsperson*), que es responsable del cumplimiento de un determinado haz de deberes, aunque tan solo por éste. Por el contrario, en su concepción, el lesionado tampoco es aprehendido de forma mediatizada, representado a través del bien que posee, sino de forma complementaria al autor, esto es, también como persona en Derecho. La sustitución del concepto de bien jurídico por el concepto de persona como categoría directriz es algo más que un matiz terminológico. Esta tiene en cuenta que la producción y aseguramiento de las condiciones de la vida conjunta de los hombres no guardan relación con la protección de una cantidad de objetos valiosos cuantificable, sino que responden al problema de la delimitación de espacios de libertad personales²², presuponiendo que el orden social en

²¹ GONZALEZ GUERRA, Carlos, Delitos de infracción de un deber; Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 27.

²² PAWLIK, Michael, El delito, ¿lesión de un bien jurídico?, Revista In Dret, Barcelona, 2016, p. 9.

cuestión merece los costes que se imponen al infractor de la norma.²³

El funcionalismo sistémico considera central, además de lo ya manifestado, a la esfera de competencia del autor²⁴ y la posición que adopta en el mundo de los deberes, siendo el concepto unitario esencial en materia de autoría el de *incumbencia*.²⁵ La primera caracterización está constituida por los *deberes generales*, lo que en su terminología es conocido como deberes en virtud de competencia de organización (cursos de acción dominables por el autor). Es decir, toda persona por su condición de tal debe cumplimentar en un mundo de relaciones ciertos deberes cuya inobservancia puede acarrearle responsabilidad penal. El primero de ellos y más importante es el de no dañar a los demás en sus bienes (*neminem laede*) pero, con la condición de respetarlo, cada persona tiene la posibilidad de configurar su libertad. Si realiza un mal uso de la misma, y el derecho desaprueba tal consecuencia, ello supondrá inevitablemente responsabilidad jurídico penal. Tal noción parte de una idea que nace con FEUERBACH de que exclusivamente por intermedio de acciones era posible cometer delitos (predominio de las formas comisivas), necesitándose de esfuerzos extremos para punir comportamientos omisivos, pues la moral debía escindirse claramente del derecho.²⁶ Pero, sin perjuicio de ello, JAKOBS entiende la cuestión en los siguientes términos “... *No debo arrollar a nadie al conducir un automóvil; cómo se produzca ese output, sea por acelerar en un momento inadecuado (hacer), o por no frenar en el momento adecuado (omitir), es sencillamente indiferente; que alguien azuce a su perro contra otro, o no le ordene que se detenga cuando se dispone a atacar por sí mismo, o no le haga abrir las fauces cuando ya ha mordido a la víctima, o no desinfecte y vende la herida para que cure, es todo lo mismo, todo resulta equivalente, se trata de la usurpación de la organización de un cuerpo ajeno*”.²⁷

El segundo complejo de deberes está compuesto por aquéllos que provienen de la competencia institucional de la persona, los cuales no tienen relación con la vulneración de las

²³ En relación al formalismo que comúnmente se le adjudica a la posición de JAKOBS y su escuela, ver el muy buen trabajo de Enrique PEÑARANDA RAMOS titulado “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, Revista jurídica DOXA (cuadernos de filosofía del derecho), ISSN 0214-8676, N° 23, 2000, especialmente pp. 306 y ss.

²⁴ JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2° ed, Berlin/New York, 1991, p. 1/7; 7/56 y ss.

²⁵ Ver al respecto CUELLO CONTRERAS, Joaquín; *Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito*, In Dret, Barcelona, 2011, p. 12 y ss.

²⁶ Cfr. al respecto JAKOBS, Günther; *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Cuadernos de conferencias y artículos n° 12 de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 18 y ss.

²⁷ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Madrid, 1997, p. 347 y ss.

características generales de la libertad sino, en cambio, con una deficiente utilización de la misma pero vinculada a una condición especial del autor que genera también obligaciones especiales, de esencial importancia para que la sociedad funcione. Acá lo trascendente es la relación institucional entre la persona que detenta el deber especial y el derecho que le compete proteger. La lesión del deber no fundamenta, como en ROXIN, la autoría jurídico penal sino la misma imputación. Tal como sostiene LESCH, el deber institucional es un deber altamente personal; se constituye por medio de un acto especial y altamente personal, por ejemplo, contraer matrimonio, convertirse en funcionario etc., y no puede ser disuelto de ninguna manera o solo bajo condiciones especiales y, en cualquier caso, no puede ser transferido. Por ello la infracción del deber en estos delitos es una circunstancia altamente personal: infracción de deber y accesoriedad no son armonizables. El especialmente obligado, o bien es autor único, o bien no existe un delito de infracción de deber: una intervención del *extraneus* en un delito de infracción de deber no es posible. En los delitos de infracción de deber no hay absolutamente ninguna diferenciación de las distintas formas de intervenir en el delito, y así, ni cualitativa ni cuantitativa. Muy por el contrario rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor.²⁸

Los delitos de infracción de deber emergen como la contrapartida de los delitos de dominio en lo atinente a criterios distintivos de la autoría. Aquí el obligado especial lesiona su deber particular, no teniendo ningún tipo de relevancia el dominio concreto sobre la causalidad en lo concerniente a la imputación penal. Sin esta categoría, en mi opinión, los casos en los que el dominio concreto sobre el accionar delictivo lo posee el *extraneus* quedarían sin una resolución convincente. Tal como afirma LESCH, si el sujeto es portador del deber, da lo mismo que domine o no el hecho fácticamente.²⁹

Pero, como manifestábamos anteriormente, no existe una identidad de deberes entre los delitos de dominio y los correspondientes a esta categoría. Existe un deber de contenido negativo en el ámbito de los delitos de dominio -no lesionar a los demás en sus bienes- que no guarda ningún tipo de relación el impedimento de daños por parte de terceras personas. HEGEL

²⁸ LESCH, Heiko, Intervención delictiva e imputación objetiva, ADPCP. TXLVIII, Fasc. III Septiembre-Diciembre 1995, p. 944.

²⁹ LESCH, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, Peter Lang, Frankfurt am Main/ Bern/ New York/ Paris, 1992, p. 264.

lo definía de modo muy claro: “sé una persona y respeta a los otros como personas”.³⁰ Los comportamientos tanto activos como omisivos, en el marco del cumplimiento del deber, deben encontrarse dentro de los parámetros del riesgo permitido. El modo concreto del cumplimiento del deber general de no dañar a los demás es indiferente para el derecho, siempre que el mismo se cumpla debidamente. En el ámbito de los delitos de infracción de deber, es esencial el concepto de institución, definido por JAKOBS 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.³¹ Los deberes que nacen de la institucionalidad poseen contenido positivo; ya no se trata exclusivamente de la abstención de dañar a los demás sino de un deber de protección y fomento sobre los bienes que se tienen a cargo a partir de una relación institucional, y su incorrecto ejercicio acarrea responsabilidad jurídico penal. Dice este autor que de lo que se trata es de establecer un mundo en común con un beneficiario; las instituciones estatales contribuirán con el aseguramiento de las expectativas normativas y por ello deberán funcionar ordenadamente.³²

Las instituciones más importantes para el derecho penal, según JAKOBS, serían las siguientes³³: la relación de padres e hijos, el matrimonio, la confianza especial y, en el caso de los deberes genuinamente estatales: las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía, el deber de velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública, así como la Administración de Justicia como principio fundamental del Estado de Derecho. Al interior de las mismas, se genera un mundo en común entre el obligado especial y el bien objeto de protección y custodia, el cual supone que lo esperado respecto de él no sea idéntico a lo que se espera de cualquier otra persona. Según GONZALEZ GUERRA, las instituciones sociales que configuran deberes institucionales con expectativas penalmente aseguradas deben poseer para la existencia de la sociedad la misma importancia que la libertad por la organización y la responsabilidad por las consecuencias. De lo contrario, se llegaría a la necesaria consecuencia de hablar de dos categorías o niveles de imputación, una categoría superior para los delitos de dominio y otra inferior para los delitos de infracción de un deber, hecho que en la práctica no se da en ninguna legislación vigente. Pues

³⁰ HEGEL, Georg, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1921, p. 52.

³¹ JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2° ed. Berlin/New York, 1991, 29/57.

³² JAKOBS, Günther, *Die Strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, p. 50 y ss.

³³ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit. 29/58.

bien, de ello cabe extraer que no todas las instituciones sociales serán lo suficientemente relevantes como para configurar deberes institucionales que generen expectativas sociales penalmente asegurables. A saber, el número de instituciones con relevancia para la responsabilidad jurídico penal encontrará un límite en la necesaria equiparación entre la importancia de la institución en cuestión y la libertad por la organización y responsabilidad por sus consecuencias. Y ello por la notable ampliación de la responsabilidad del sujeto que pasa a estar obligado a velar por la institución y ya no sólo evitando los peligros que surjan de su propia esfera de organización, sino también de cualquier otra esfera de organización ajena.³⁴

Ahora bien, debe destacarse que la asimilación de los delitos de infracción de deber con los delitos especiales implica una confusión de planos³⁵; en primer lugar, debemos resaltar que los delitos especiales pertenecen a la categoría de los delitos de dominio³⁶ ya que se mueve el autor como señor del hecho dentro del tipo penal, no existiendo la relación institucional con el bien jurídico protegido propia de los delitos de infracción de deber. Más aún, en los delitos especiales la descripción del tipo penal realizada por el legislador es lo realmente trascendente para vincular al autor con el hecho, y no así los deberes de protección y fomento que nacen de la esencia misma del bien jurídico, no importando el modo concreto en que la acción atentatoria se desarrolla. Los delitos cometidos por funcionarios públicos, que atacan al bien jurídico administración pública, responden a la violación de un deber institucional por parte del autor, que fundamentan su relación con el bien mueble objeto de custodia. En los delitos especiales existe una voluntariedad en la relación con el bien jurídico que cesa en el preciso momento en que se termina el vínculo, por disposición de cualquiera de los extremos involucrados. En las relaciones de carácter institucional, en cambio, no sucede lo mismo. La administración pública, por ejemplo, ejerciendo su rol de institución estatal fundamental, se manifiesta a nivel social mediante las labores que prestan los funcionarios públicos, pero el deber, en estos casos, no necesita necesariamente ser positivizado.

Nuevamente con GONZALEZ GUERRA, los delitos especiales por expresa mención en el tipo sólo pueden ser cometidos por un círculo limitado de personas que poseen una posición

³⁴ Ob. Cit, p. 31/2.

³⁵ GARCIA CAVERO, Percy, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, JM Bosch, Barcelona, 1999, p. 42.

³⁶ SUAREZ GONZALEZ, Carlos, Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos, publicado en SILVA SANCHEZ, Jesús –María/ SUAREZ GONZALEZ, Carlos, La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal, Grijley, Lima, 2001, p. 151.

particularizada del rol general de ciudadano, sin embargo, ello no significa que dichos sujetos sean portadores de un rol especial. Es justamente ese rol especial surgido de determinadas instituciones sociales el que genera deberes que si son defraudados configuran un delito de infracción de un deber. Es decir que existen, por ejemplo, delitos de dominio o de competencia por organización que pueden ser a su vez delitos especiales y ello porque surgen de la defraudación del rol general de ciudadano -delitos de dominio- de determinados sujetos en situación de proximidad frente al objeto penal protegido -delitos especiales.³⁷

En lo concerniente a la autoría en esta clase de delitos, podemos decir que el modo mediante el cual el autor diseñe su conducta nada repercute en la infracción al deber, que es lo verdaderamente sancionado. Ello guarda estrecha vinculación con la imposibilidad de que el obligado especial sea partícipe y no autor de un delito de infracción de deber. La lesión del deber no es mensurable cuantitativamente, sino que hace a la calidad de la intervención. El autor, mediante su participación en el hecho, altera la relación institucional con el bien confiado a su cuidado. No puede dejar de recordarse, en este punto, la preciosa observación de FREUND en relación a que los funcionarios públicos no pueden pretender las ventajas del cargo y exonerarse de los deberes y responsabilidades que ello conlleva.³⁸ Al prestarse el consentimiento para actuar en la función pública se asumen los deberes inherentes a ella.

De cualquier modo, cabe destacar que la accesoriedad se encuentra alejada de los modelos normativos de imputación, teniendo más vigencia en los modelos causales. Por su parte, como ya se insinuara, en esta clase de delitos no es relevante si el comportamiento del autor se activa a través de una acción o bien de una omisión, ya que la lesión del mundo en común entre el obligado y el bien es totalmente ajena a ello. Además, no debemos perder de vista que la redacción de los tipos penales (verbigracia, el del homicidio o el del abuso sexual) no obtura la posibilidad de su interpretación en términos normativos a efectos de evaluar las múltiples posibilidades comisivas que se presentan.

Sin perjuicio de ello, plantea LESCH que de lo dicho tampoco se deduce que no pueda haber en ningún caso una intervención accesoria entre el *extraneus* y el obligado especialmente. Pero el *extraneus* sólo puede adquirir esa unión con el especialmente obligado, por organización y no, qua lesión del deber. Que el *intraneus* lleve a cabo un delito de infracción de deber no quiere

³⁷ Ob. Cit, p. 33.

³⁸ FREUND, Georg, Erfolgsdelikt und Unterlassen, Köln, 1992, p. 301 y ss.

decir que no se haya podido también organizar algo. El especialmente obligado no es simplemente administrador de una relación institucional, sino también alguien que está obligado a configurar su ámbito de organización de forma no defectuosa. El portador de un rol fundado institucionalmente puede realizar, junto al delito de infracción de deber, también un delito de organización, accesorio y, desde el punto de vista normativista, común. Ejemplo: el padre que alcanza al asesino de su hijo un cuchillo, no es sólo autor de un delito de infracción de deber, sino a la vez cómplice en un delito de organización; hay pues en sí, dos delitos en los que el *intrañeus* interviene. De todas formas, tal complicidad no merece en la mayoría de los casos ni tan siquiera ser mencionada: según indiscutibles reglas del concurso la complicidad queda desplazada por la autoría”.³⁹

Asimismo, y en esto sigo los postulados de JAKOBS en su manera de encarar el tópico, se encuentra vedada en esta clase de delitos tanto la coautoría como la autoría mediata. La lesión del deber es siempre personal. Ello así aunque el plan común parta de dos obligados especiales, ya que no existe un atentado mancomunado al deber sino que éste se encuentra siempre en cabeza de una persona individualmente considerada. Gobierna aquí la noción de autoría única, ya que como sostiene CARO JOHN, el obligado especial ha nacido sólo para ser autor directo, no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe (instigador o cómplice).⁴⁰

III.- RESPUESTA A LAS PRINCIPALES CRITICAS

A la hora de abordar las críticas que la teoría bajo análisis ha suscitado, resulta imprescindible la lectura de la monumental obra sobre la temática escrita por el profesor español JAVIER SANCHEZ –VERA GOMEZ- TRELLES, sin duda el estudio más completo y acabado sobre la categoría estudiada en lengua hispana.⁴¹ Allí este autor realiza diversas consideraciones en las que toma ciertos cuestionamientos como válidos, pero concluye en que los mismos en modo alguno invalidan la teoría analizada habida cuenta de que la misma se basa en un paradigma completamente diverso al tradicional. En efecto, señala que la sociedad actual se encuentra configurada de tal manera que el Derecho penal no puede conformarse con garantizar la libertad individual en el sentido de la institución negativa - esto es, con asegurar simplemente el principio

³⁹ Ob.cit, p. 944/45.

⁴⁰ CARO JOHN, José A.: Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber, en *Normativismo e Imputación Jurídico Penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista*, Perú, 2010, p. 63 ss.

⁴¹ Hago referencia a la obra “Delito de infracción de deber y participación delictiva”, Marcial Pons, Madrid, 2002.

neminem laede-, sino que además debe ampliar el círculo de deberes jurídicos. El Estado no puede renunciar a tener en cuenta las instituciones positivas, de la misma manera que no puede renunciar a la idea de la libertad. El derecho penal actual no puede conformarse con un sistema de no interferencia, esto es, un sistema basado en los delitos de dominio, en el que, como es sabido, únicamente -o al menos, preferentemente- se intentan mantener los distintos ámbitos de organización indemnes. Por ello, comunicaciones de otros sistemas - por ejemplo, los principios de solidaridad de sistemas como la familia o el Estado - son asumidas por el Derecho penal mediante su transformación por el código jurídico al que ya se hizo alusión, y asentadas en los delitos de infracción de deber. Y es que en el Derecho penal, como en la sociedad misma, lógicamente, no es la persona el único rol que entra en juego como principio de identificación de las expectativas, sino que, junto a él, también se han de tener muy en cuenta roles como el de padre, marido, tutor, funcionario, juez, militar, administrador, etc.

También, pues, las expectativas que se dirigen a estos roles asociados a instituciones positivas se encuentran institucionalizadas, esto es, pueden ser esperadas normativamente en Derecho, pues las instituciones positivas también identifican a la sociedad. Es más: se ha de afirmar con rotundidad que las instituciones positivas aseguran las condiciones elementales de la existencia en libertad, esto es, garantizan el cumplimiento del deber de no dañar a los demás (*neminem laede*), y, con ello, son, al menos, tan importantes como éste.⁴² En tal tesitura, afirma el precitado autor -a modo de ejemplo- que el derecho negativo a la libertad -institución negativa- sólo adquiere en ciertas ocasiones su verdadera relevancia práctica cuando puede ser defendido en un proceso judicial; esto es, cuando existe a la vez un deber positivo de que los testigos declaren en el juicio, de que los fiscales defiendan la legalidad, de que los jueces dicten sentencia, etc., o, dicho de una manera más general, cuando existe una institución positiva conocida como Justicia.⁴³

Hay que decir, asimismo, que los deberes positivos que le dan base a la categoría que hasta aquí venimos analizando se encuentran claramente individualizados, por lo que no registran mayores diferencias que los alcanzados por la prohibición del *neminem laede*. En tal sentido, los mismos no resultan indiscriminados sino que se circunscriben a unos pocos que devienen de instituciones precisamente determinadas, que corresponden a la actuación de ciertos roles en la

⁴² Ob. Cit, p. 142/3.

⁴³ Idem, p. 144.

vida social. Estos deberes no tienen *a todos y en todo momento* como destinatarios, y eso es lo que los diferencia, por ejemplo, de los que emergen de cierta solidaridad mínima que el derecho les exige a todos los ciudadanos por el mero hecho de vivir en sociedad. Sigue diciendo SANCHEZ- VERA que tal falta de precisión en este tipo de delitos propios de omisión es permitida por nuestro Derecho -como por otros Derechos-, pero lo cierto es que ello no se olvida a la hora de la punibilidad y la pena del delito es obviamente de una entidad mucho menor que la que correspondería si estuviéramos ante un -preciso- delito de infracción de deber. Dicho de una forma resumida: puesto que los mandatos no están determinados de forma precisa -todos están obligados y lo están, dependiendo de la casualidad, todo el tiempo-, la punibilidad es menor que cuando, como en los delitos de infracción de deber, los deberes se hallan suficientemente determinados. Y es que en este tipo de delitos propios de omisión no es la existencia de un deber - como en los delitos de infracción de deber- lo que fundamenta que a un determinado sujeto le incumba una determinada situación de necesidad (accidente, etc.), sino que es, antes bien, la existencia de la situación de necesidad por sí -junto con otros presupuestos producto de la casualidad- la que fundamenta el deber positivo del sujeto y, con ello -y no antes-, la que fundamenta que al sujeto le incumba el suceso. Esta prelación resulta definitiva.⁴⁴

Por su parte, el concepto extensivo de autor expuesto como crítica pierde de vista, precisamente, que lo verdaderamente determinante para esta clase de delitos es la institución positiva que los rige -nada por fuera de ella-, no teniendo ningún tipo de relevancia la concreta contribución causal del sujeto. El propio GALLAS, acérrimo defensor de la teoría del dominio del hecho de modo monista, reconocía que sólo puede ser autor de un delito propio de funcionarios el *intraneus*, y que cualquier colaboración que prestara un *extraneus*, independientemente de su tenor, imposible era transformarla en autoría.⁴⁵

Asimismo, la crítica enderezada a la conculcación del *nullum crimen sine culpa* tal como se lo conoce tradicionalmente pierde de vista que siempre, para la imputación a título de autor en un delito que ataca una institución positiva, se requiere dolo o al menos imprudencia. La imputación subjetiva no pierde aquí razón de ser sino que permanece incólume. Además, siendo esto esencial para comprender los concretos alcances de la categoría, es preciso tener en consideración que las instituciones negativa y positiva son conceptos contrarios pero no

⁴⁴ Idem, p. 151/2.

⁴⁵ GALLAS, Wilhelm, *Materialen zur Strafrechtsreform*, tomo I, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn, 1954, p. 124.

contradictorios. Para decirlo con palabras de HEGEL, dos disposiciones son contradictorias en tanto una tiene como significado esencial ser lo que la otra no es, en tanto una y la otra, como positiva y negativa, se oponen. Contrarias son, en cambio, en tanto tan sólo las separan sus diferencias, en tanto una tiene a diferencia de la otra un complemento positivo, en virtud del cual ella no se opone a la otra. Únicamente las disposiciones contradictorias conllevan en sí además el momento de la indiferencia frente a la respectiva disposición contradictoria, y las disposiciones contrarias conllevan tan sólo el momento de la oposición en ellas.⁴⁶ Ello supone que ambas puedan convivir sin ningún tipo de dificultad, ya que mientras la primera dispone lo que no debe ser hecho, la segunda preceptúa lo que debe hacerse, sin la autorización de permanecer inactivo que caracteriza a la otra.

Por su parte, debe ponerse de resalto que las modernas teorías en el derecho penal tienden a intercambiar los mandatos y las prohibiciones frente a tipos codificados. Sostiene SANCHEZ -VERA que en estos tipos, los mandatos y prohibiciones se diferencian tan sólo desde un punto de vista lingüístico, por lo que incluso mejor será hablar de institución negativa y positiva *versus* prohibición y mandato. Cuando se trata de diferencias materiales -las existentes entre ambas instituciones- la diferencia perdura independientemente de si la institución desde un punto de vista fenomenológico ha sido formulada como mandato o prohibición. En el ámbito de la institución negativa se puede reformular la prohibición de “dañar” en el mandato de “no dañar” o de “omitir todo lo que dañe”. Pero, independientemente de tal reformulación, su contenido material negativo permanece intacto.⁴⁷

También hay que decir que la coautoría resulta –pese a la opinión en contrario de ROXIN- un cuerpo ajeno a la categoría bajo estudio. Ello así porque esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que -como ya se esbozara en el desarrollo central de este trabajo- la lesión del deber es siempre personal e independiente. Dice CARO JOHN que no puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intranei* ni cuando un *intraneus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico. Visto con un par de ejemplos: a) Cuando el policía, a quien se le ha encargado la vigilancia de un delincuente sexual, ante el sufrimiento moral de los padres de la víctima, se pone de acuerdo con el hermano de ésta para darle al detenido la paliza de su vida, tanto el policía como el hermano responderán cada

⁴⁶ HEGEL, Georg, *Philosophische Propädeutik*, 2° ed., tomo IV, Frankfurt am Main, 1993, p. 195.

⁴⁷ Ob. Cit, p. 116.

uno como autores individuales del delito de lesiones; pero, mientras el hermano es autor de un delito de dominio, el policía responde como autor de un delito de infracción de deber. El hermano viola el deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes y el policía lesiona su deber estatal de brindar seguridad y protección a las personas. No existe coautoría entre ambos autores, a pesar de haberse repartido conjuntamente el trabajo; b) en un sentido similar, cuando diferentes obligados especiales cometen el mismo delito, tampoco existe coautoría. Por ejemplo: dos funcionarios que tienen bajo su custodia caudales públicos sistemáticamente disponen del dinero para su provecho personal. Si bien ambos cometen el mismo delito, desde el punto de vista de la imputación cada uno de ellos responde como autor individual por el delito de infracción de deber. Cada obligado especial lesiona personalmente y, por separado, su deber, ciertamente aunque ambos hayan actuado de acuerdo a un plan organizado con una clara división de funciones: A pesar de que la acción ejecutiva pueda haber sido llevada a cabo conjuntamente, no existe una lesión común del deber especial.⁴⁸

IV.- CONCLUSION

En este trabajo se ha pretendido, luego de la presentación de ciertas nociones introductorias que ayudan a comprender mejor la temática, sentar las bases de la evolución de la categoría de los delitos de infracción de deber, realizando algunas consideraciones sobre la misma que me han resultado de interés. Además, se ha intentado dar respuesta a las principales críticas que se han presentado, las cuales la mayor parte de las veces discurren –más allá de sus matizaciones- por los carriles abordados.

Parece claro que, en el caso de instituciones y funciones especiales, la categoría analizada otorga respuestas para nada desdeñables, en el marco de un derecho penal que determina la relevancia de las conductas de modo normativo y no ya ontológico como propugnaron tanto el causalismo como el posterior finalismo. Tales son los postulados de la dogmática funcionalista que tiene en JAKOBS quizás a su principal exponente, y que hace hincapié en las expectativas que cada rol genera a los efectos de posibilitar la convivencia en una sociedad cada vez más compleja y heterodoxa. La discusión, pese a no estar agotada, permite concluir que la clásica noción de autoría como dominio del hecho -fuertemente en crisis hoy en día- no puede dar respuesta satisfactoria a todos los casos que se han planteado. Basta recordar los supuestos en los que el *extraneus* ejecuta los hechos como un instrumento doloso no cualificado, y su contracara de la

⁴⁸ CARO JOHN, José A., Delito de infracción de deber: fundamento y significado, en *Normativismo e Imputación Jurídico Penal*, ARA Editores, Lima, 2010, p. 86/7.

persona ajena que utiliza a un *intraneus* como instrumento cualificado no doloso; en ellos, la teoría del dominio del hecho ha recurrido históricamente a parches para lograr la punibilidad de ambos sujetos, siendo inconsecuente con sus postulados básicos.

Resta decir que, en el contexto del entendimiento del sistema penal como continente de normas cuya afectación no se realiza a partir de hechos sino mediante comunicación⁴⁹, esta teoría tiene un espacio preponderante, y el horizonte de proyección de la misma es a todas luces incalculable. El tiempo será el encargado de determinar hasta dónde llega.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3° ed., 1987, p. 55.