

SOBRE LA AUTORÍA EN EL DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

José Antonio Caro John*

I. INTRODUCCIÓN

Conforme a la definición hecha por la ley, *autor* es todo aquél que “realiza por sí o por medio de otro el hecho punible” (art. 23 C. P. peruano)¹. Esta definición condiciona al intérprete la comprobación necesaria del sentido normativo del término *realizar* la conducta o el hecho punible si quiere alcanzar el concepto genuinamente jurídico-penal de autor². En este sentido la autoría jurídico-penal va a depender únicamente de lo que el interviniente *realiza* en un suceso delictivo, de nada y nadie más. Para tales efectos sólo su propio hecho cuenta, como en la sentencia de RICHARD WAGNER: “Pregúntale a tu hecho y él te indicará tu culpabilidad”³.

El análisis de la realización de un hecho con miras a fundamentar una autoría delictiva parte sin embargo de reconocer la existencia de dos grandes modelos de autoría⁴, a saber: a) autoría mediante *delitos de dominio*, y b) autoría mediante *delitos de infrac-*

* Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 El Código Penal colombiano define en términos muy parecidos el concepto de autor como todo aquél que “realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento” (art. 29). Vista la similitud, casi identidad, con la regulación peruana a este respecto, las presentes reflexiones son igual de válidas para ambos sistemas punitivos.

2 Cfr. STRATENWERTH. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., 2000, 12/2.

3 Frase del compositor RICHARD WAGNER (Die Walküre, Dritter Aufzug, Dritter Szene, Wotan) que se recoge a modo de epígrafe en el libro de LESCH. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionaen Revision*, 1999, p. vi.

4 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1991, 21/1.

ción de deber, con base en el cual se concretará en sentido normativo el concepto “realizar el hecho punible”. La referencia a estos modelos es imprescindible porque sólo de esta manera la redacción de la autoría del Código Penal, que destaca sobre todo por su fenomenología al establecer sólo unas diferencias de realización del hecho, adquirirá una fuerza normativa fijando en el caso concreto la existencia de una auténtica autoría jurídico-penal. Esto es así porque más allá de la mera distinción fenomenológica entre las distintas posibles formas de autoría, en el plano normativo todas ellas reúnen el mismo significado, lo que reluce en sí mismo cuando todas estas formas de intervención son castigadas con la misma penalidad⁵.

Esto significa que la Parte General del Código Penal sólo regula el aspecto fenomenológico de la autoría (autoría directa, autoría mediata y coautoría) y más allá de esos contornos no aporta ningún elemento que permita establecer en el ámbito normativo la existencia de una autoría genuinamente jurídico-penal. Corresponderá entonces a la labor dogmática establecer cuándo y en qué caso una “realización del hecho punible” reviste relevancia jurídico-penal de modo que se pueda afirmar una imputación penal a título de autor, y esta labor dogmática debe partir obligatoriamente por analizar el suceso delictivo en concordancia con las categorías dogmáticas denominadas delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

Las presentes consideraciones atienden sólo al fenómeno de la autoría en los delitos de infracción de deber, lo que no impide que en su desarrollo también se puedan hacer algunas referencias a los delitos de dominio, si bien en este caso más de modo tangencial, como quien despeja el camino para el estudio estricto de cómo opera la autoría en los delitos de infracción de deber.

II. SURGIMIENTO DEL DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

ROXIN⁶ es el penalista que introdujo en el Derecho penal la categoría denominada *delito de infracción de deber* (*Pflichtdelikt*)⁷. Desde su aparición, el delito de infrac-

5 Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica ‘trascendencia’”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* n.º 1, 2000, pp. 359 y ss. En este trabajo SÁNCHEZ-VERA demuestra, por ejemplo, que la autoría mediata es equivalente a la autoría directa y que una distinción entre ambas sólo sucede en el plano fenomenológico: “existe, en suma, una equivalencia normativa entre la autoría mediata y la inmediata, equivalencia que ensombrece lógicamente cualquier intento de tratar de forma diversa para una u otra forma de autoría [...] La autoría mediata se encuentra ya *per definitionem* contenida en el concepto de autoría” (p. 384); “nos hallamos, pues, ante una verdadera autoría y no ante una simple ficción” (p. 385).

6 Cfr. ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, pp. 352 y ss.; también un nuevo tratamiento en la 7.ª ed., 2000, pp. 695 y ss. Esta obra posteriormente ha recibido diferentes añadidos de nuevos capítulos al final del libro con los que ROXIN ha querido mantener su pensamiento siempre actual frente al desarrollo de la discusión sobre la autoría tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La séptima –y hasta hoy última– edición del libro se publicó en el año 2000.

ción de deber ha recorrido un camino escabroso en la discusión moderna en torno a la autoría delictiva. Por esta razón no es difícil observar diversas tomas de postura sobre el delito de infracción de deber, con voces autorizadas que lo admiten y otras que levantan reparos contra el mismo⁸. Aunque también debe reconocerse que estas últimas se levantan la mayoría de veces más a causa de la novedad de los planteamientos que suscita el delito de infracción de deber en el debate de nunca acabar que se vive en el ámbito de la autoría delictiva, un terreno sobre el cual ya KANTOROWICZ⁹ opinó que probablemente se trate del “capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho penal”.

En todo caso una exposición sobre el papel de la autoría en los delitos de infracción de deber no es posible si antes no se echa una breve ojeada al contexto histórico y a los antecedentes que motivaron el surgimiento de esta nueva categoría.

Después de que la teoría subjetiva de la autoría se hiciera dominante en la jurisprudencia de los tribunales alemanes, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, gracias a la enorme influencia que sobre el Derecho penal de la época ejerciera el magistrado del Tribunal del Imperio MAXIMILIAN V. BURI¹⁰, la excesiva subjetivización

7 Cfr. GARCÍA CAVERO. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 1999, pp. 41 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2001, pp. 47 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ. “Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos”, en SILVA SÁNCHEZ y SUÁREZ GONZÁLEZ. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, 2001, pp. 149 a 165; SAN MARTÍN CASTRO, CARO CORIA y REAÑO PESCHIERA. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, 2002, pp. 253 y ss.

8 Sobre las tomas de postura en la doctrina alemana, cfr. infra II, nota 19.

9 KANTOROWICZ. “Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft”, en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1910, p. 306. Esta frase ha tenido una fuerte resonancia en el entorno del penalismo alemán; da cuenta de ello ROXIN. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, p. 10. También v. WEBER. *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, p. 24, describe de un modo parecido el panorama de la autoría y la participación como el “capítulo sin ninguna esperanza” de solución en la dogmática del Derecho penal.

10 MAXIMILIAN V. BURI trabajó como magistrado del Tribunal del Imperio de 1879 a 1896. Este magistrado protagonizó el desarrollo más visible de teoría subjetiva de la autoría y la participación en la jurisprudencia penal; cfr. al respecto ROXIN. “Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung”, en *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, pp. 177, 198, 178 y ss. Mediante sus monografías y artículos consiguió v. BURI un enorme prestigio e influencia en el pensamiento de su época. Sus aportes cobraron trascendencia particularmente en la discusión sobre la relación de causalidad, donde él, siguiendo una línea subjetiva, impulsó el desarrollo de la fórmula de la *condicio sine qua non* como herramienta de prueba de la relación de causalidad; cfr. al respecto v. BURI. *Über die Causalität und deren Verantwortung*, 1873; *id.* *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehungen*, 1885; sobre autoría y participación, *id.* “Ueber Theilnahme am Verbrechen”, en *GS* 22, 1870, pp. 1 a 53; *id.* “Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Strafrechts”, en *GS* 25, 1873, pp. 237 a 255; *id.* “Über Kausalität und Teilnahme”, en *ZStW* 2, 1882, pp. 232 a 298; *id.* “Bemerkung zu dem Buche von Professor Dr. Birkmeyer in München: Die Lehre von der Theilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts 1890”, en *GS*

de los criterios determinantes de la autoría condujo a esta teoría a una crisis que dio lugar a diversas objeciones contra ella¹¹. El poco peso del lado objetivo del hecho en la valoración era un dato que cada vez más se hacía visible en el momento de la determinación de la autoría y la participación. Autor sería aquél que considera el hecho como algo conforme a su voluntad, y cómplice quien mira el hecho según la voluntad del autor. El ejemplo paradigmático de la teoría subjetiva vino dado por el caso de la bañera¹², donde el fundamento de punición del partícipe no se hizo consistir en la parte externa (objetiva) de su aportación al hecho, sino en la dependencia interna de su voluntad respecto de la voluntad del autor. En este caso la hermana de una parturienta que acababa de dar a luz a un niño ilegítimo dio muerte al recién nacido ahogándolo en una bañera por “interés” y a pedido de la madre. El Tribunal condenó a la madre como autora, a pesar de que ella no movió un solo dedo para la realización del hecho, puesto que sí había tomado parte en él con la voluntad autónoma propia de un autor (*animus auctoris*); mientras que la hermana fue sentenciada como cómplice, no obstante haber sido ella quien ahogó con sus propias manos al recién nacido porque, a juicio del juzgador, el obrar de ésta estuvo motivado por una voluntad dependiente o subordinada (*animus socii*) a la de la madre.

No era difícil que semejante panorama de la autoría con tan fuerte carga subjetiva condujera a la doctrina a la búsqueda de otros criterios que, tomando en cuenta de alguna manera el dato objetivo del hecho, lograra explicar con mayor corrección la autoría y la participación. Por esta vía se llegó a la teoría del dominio del hecho, una teoría que toma en cuenta tanto lo subjetivo –la voluntad del actuante– como lo objetivo –el aporte exterior al hecho–. Si bien es cierto HEGLER¹³, en 1915, fue quien habló por primera vez del concepto de “dominio del hecho”, no obstante, el sentido que él le dio en aquel momento estaba más referido a la culpabilidad del autor; por lo tanto, diferente de lo que hoy se conoce como dominio del hecho. Correspondió a WELZEL, en 1939, en conexión con su conocida teoría finalista de la acción, otorgar a la autoría un contenido propio fijando el dominio del hecho como criterio determinante del concepto de autor.

Según este nuevo entender, el dominio del hecho adquiriría la forma de un elemento general de la autoría donde autor es aquél que se presenta como señor de un hecho: “autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien

45, 1891, pp. 1 a 39. Sobre algunas sentencias del Tribunal del Imperio donde se asume la teoría subjetiva, cfr. *RGSt.* 2 (sentencia del 12 de mayo de 1880), pp. 160 a 164; *RGSt.* 3 (sentencia del 7 de enero de 1881), pp. 181 a 183.

11 La teoría subjetiva ha sido duramente criticada, baste aquí sólo recordar lo anotado por BELING. “Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre”, en *GS*, 101 (1932), pp. 1 a 13; para quien “la teoría subjetiva de la participación es simple producto de la fantasía que se aparta categóricamente de la ley y en el resultado la viola con frecuencia” (p. 10).

12 Cfr. *RGSt.* 74 (sentencia del 19 de febrero de 1940), pp. 84 a 86.

13 Cfr. HEGLER. “Die Merkmale des Verbrechenens”, en *ZStW* 36, 1915, pp. 19 a 44 y 184 a 232; cfr. además ROXIN. *Tatherrschaft und Täterschaft*, pp. 60 y ss.

lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es señor sobre el hecho”¹⁴. Posteriormente, a lo largo de su vida académica WELZEL se encargó de perfeccionar su teoría del dominio del hecho. En la última edición de su clásico Tratado de Derecho penal precisó: “señor de un hecho es quien en razón de su resolución de voluntad final ejecuta el hecho. La configuración del hecho mediante la voluntad de realización conducida conforme a un plan convierte al autor en señor sobre el hecho”¹⁵. Es importante también destacar el aporte de MAURACH en este punto, porque a él se debe probablemente el estudio más desarrollado del concepto de dominio del hecho: “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”¹⁶. Con todo esto queda claro que el dato de la voluntad de la teoría subjetiva está presente en el dominio del hecho, pero con la diferencia de que además en su contenido ocupa un lugar la aportación exterior del ejecutor al hecho: ambos elementos amoldan la idea del autor como dueño y señor del suceso delictivo. De esta manera, el dominio del hecho logró aplacar una vieja aspiración de encontrar un criterio de autoría que cobijara en su seno tanto lo subjetivo como lo objetivo del hecho unidos en un único criterio de imputación. Por esta razón no es casual que la teoría del dominio del hecho lograra imponerse rápidamente como postura dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, incluso hasta nuestros días¹⁷, al punto de identificarse usualmente la autoría con el dominio del hecho.

Posteriormente, en un contexto en el que la autoría era explicada únicamente a través del dominio del hecho hizo su aparición la categoría denominada “delito de infracción de deber”¹⁸. Y como era de esperarse, la incursión de este nuevo grupo de delitos en un panorama de la autoría gobernado por el dominio del hecho no podría haber sido pacífica¹⁹. Con el terreno ganado por el dominio del hecho como signo distintivo

14 Cfr. WELZEL. “Studien zum System des Strafrechts”, en *ZStW* 58, 1939, pp. 491 a 566, 539.

15 WELZEL. *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edic., 1969, p. 100.

16 MAURACH. *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 1971, p. 627.

17 El dominio del hecho cuenta con una recepción casi generalizada en la doctrina alemana; cfr. sólo en los tiempos recientes, entre otros: ROXIN. *Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., 1993, § 25/7 y ss.; BOTTKE. *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, pp. 35 y ss., passim; JESCHECK y WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, pp. 651 y ss.

18 Cfr. SILVA SÁNCHEZ. “Zur Gestaltung des strafrechtlich missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen”, en ESER y HUBER (eds.). *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, pp. 205 a 226, 211, quien se muestra escéptico de un modo general con el concepto de “lesión de un deber” por considerarlo “no siempre suficientemente preciso”.

19 Están a favor de la nueva categoría, aunque con una fundamentación no siempre coincidente, entre otros, SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, passim; JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner*, 7/70, 21/115, 28/15; LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 263 y ss., 298 y ss.; id. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, SÁNCHEZ VERA (trad.), 1995, pp. 66 a 70; id. “Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung”, en *ZStW* 105, 1993, pp. 271 a 294, 286 y ss.; id. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 203 y

que caracteriza a la autoría, se hizo inevitable levantar algunos reparos contra los delitos de infracción de deber, pues no en vano el dominio del hecho había conseguido para sí el peso de la tradición. Pero, al mismo tiempo, la presencia de este nuevo concepto sugería de alguna forma un examen del estado de la cuestión en la autoría, porque quizás el dominio del hecho como único criterio ya no estaba en condiciones de resolver toda la problemática en torno de la autoría. Y, en efecto, esto fue así. La existencia de regulaciones típicas cuya autoría no podía ser explicada convincentemente mediante la categoría del dominio del hecho era la muestra más evidente.

Existen tipos penales que *per se* no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que –dicho en términos más directos– sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el *intraneus* puede ser autor. En estos delitos no es la mera calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública. Por esta razón, “el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no”²⁰. Quiere decir que, por ejemplo, el magistrado que se sirve de un tercero para recibir un donativo de una de las partes que sólo quiere obtener la sentencia a su favor, comete un delito de infracción de deber (corrupción de funcionarios, art. 395 C. P.) no obstante no tomar él personalmente el donativo. Aquí el dato del dominio y la calidad de magistrado no son el fundamento del injusto, sino la infracción del deber de administrar justicia con imparcialidad y honestidad que constituyen la expectativa elemental de justicia en un Estado de Derecho, que debe ser garantizada mediante la aplicación correcta de la ley por todos los jueces.

Según el planteamiento de ROXIN, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a *deberes extrapenales* que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su reali-

ss., 210 y ss.; BLOY. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 192, 215, 243; SCHÖNKE, SCHRÖDER, CRAMER y HEINE. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.^a ed., 2001 previo al § 25, n.º m. 84a; WESSELS y BEULKE. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 30.^a ed., 2000, n.º m. 521; KÜHL. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 2000, 20/14. / En cambio, no simpatizan con la construcción de los delitos de infracción de deber, también con argumentos variados, entre otros, HARDWIG. “Über den Begriff der Täterschaft. Zugleich eine Besprechung der Habilitationsschrift von Claus Roxin ‘Täterschaft und Tatherrschaft’”, en *JZ* 1965, pp. 667 a 671; LANGER. *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 224 a 227; STEIN. *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 209 y ss., 220; STRATENWERTH. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., 2001, 12/40; FREUND. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 1998, 10/49; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 2, 7.^a ed., 1989, 42/11, 47/90 y s., 110 y ss.; HERZBERG. *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 32 y ss., 94.

20 SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, p. 168.

zación: “se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho”²¹. ROXIN cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en “figura central” del suceso de la acción. Pero más allá de ello ROXIN no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador²².

Si bien la categoría del delito de infracción de deber fue descubierta inicialmente por ROXIN hace ya un poco más de cuatro décadas, sin recibir de parte de él posteriormente un desarrollo significativo²³, la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado a la misma por JAKOBS²⁴ quien, en el marco de un pensamiento funcional normativista del sistema del Derecho penal, en los últimos veinte

21 ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 354. Que los deberes en los delitos de infracción se refieren únicamente a determinados obligados especiales quedó más claro en el pensamiento de ROXIN a partir de la 3.ª edición de su monografía sobre la autoría, puesto que en ella ROXIN corrigió su concepción originaria según la cual los delitos imprudentes también debían considerarse como delitos de infracción de deber. Esto fue así porque con posterioridad ROXIN advirtió que el deber en los delitos imprudentes –deber general de cuidado– se refería a un mandato general que alcanza a todas las personas y no sólo a un grupo limitado de personas conocidas en el uso del lenguaje jurídico-penal como obligados especiales; así cfr. la explicación en detalle sobre esta cuestión del mismo ROXIN en la 7.ª ed., p. 697.

22 Cfr. ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 386.

23 En este sentido SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, pp. 27 y s., resalta que ROXIN no ha asumido una fundamentación suficiente de los delitos de infracción de deber. No obstante, ROXIN ha vuelto a tocar esta problemática, con unas reflexiones breves, y sin reformas de su postura, en *Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., § 25/73; íd. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., pp. 695 y ss.

24 Cfr. sólo lo más representativo de su concepción, JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7/70, 21/115, 28/15; íd. *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 19 y ss.; íd. *La imputación objetiva en Derecho penal*, CANCIO MELIÁ (trad.), 1998, pp. 55 y ss; 67 y ss; íd. *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, 1993 (manuscrito), pp. 4 y ss.; íd. “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre acción y omisión”, PEÑARANDA RAMOS (trad.), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 347 a 363, 362 y s.; íd. “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, en NEUMANN y SCHULZ (eds.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, pp. 57 a 72, 63 y ss.; íd. “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, en *GA* 1996, pp. 253 a 268, 257 y ss.; íd. “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, CANCIO MELIÁ (trad.), *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* n.º 1 (2000), pp. 151 a 170, 154 y ss.; íd. “Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten”, en *FS-Roxin*, 2001, pp. 793 a 810, 798; íd. “Imputación jurídica penal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma”, SÁNCHEZ-VERA (trad.), *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* n.º 1 (2000), pp. 127 a 149; íd. “Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit”, en HÖVER (ed.), *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, 1999, pp. 5 a 42, 30 y ss.

años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber.

En JAKOBS la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor²⁵. Según este novedoso entender, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal.

Así, el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes *generales* de actuación, los mismos que en la terminología jakobsiana se conocen como *deberes en virtud de competencia por organización* –cuyo equivalente en el lenguaje de ROXIN lo constituyen los delitos de dominio–. Cuando JAKOBS habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general –y el primero que antecede a todos– el de no lesionar a los demás en sus bienes –acuñado en el latín con la expresión *neminem laedere*–; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho. La observancia de este deber general permite a la persona la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás, una convivencia pacífica. La existencia de los deberes generales hace que la *libertad general de configuración* que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad. Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente configurado, porque nadie que desee vivir en sociedad, no al menos en una sociedad de libertades, se comporta como un ermitaño que sólo respeta las normas de su conciencia. Cuando la persona vulnera los deberes de su estatus significa que en este momento está haciendo un uso arbitrario de su libertad, o está configurando un estado de cosas que el Derecho desapueba. Si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le tenga que atribuir una responsabilidad jurídico-penal. Rige entonces un signalagma de libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias de la administración de esa libertad.

25 Elemental en este punto JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1/7, 7/56 y ss., 7/70 y ss., 21/115 y ss., 28/13 y ss., 29/29 y ss., 29/57; íd. “La competencia por organización en el delito omisivo”, pp. 348 y ss., 362 y s.; íd. *Die Strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 19 y ss. Cfr. además los aportes de DERKSEN. “Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft”, en GA 1993, pp. 163 a 176, 170 y ss.; y LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 263 y ss.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, de *deberes en virtud de competencia institucional* –a los que pertenecen los delitos de infracción de deber–. Estos deberes, a diferencia del grupo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un *estatus especial*. Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. Por ejemplo: se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo saca a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes especiales, y, en cada caso, de deberes estatales propios de la función pública y de la relación paterno-filial respectivamente, que son la expresión de instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el derecho que le corresponde garantizar. En este sentido, en la lesión del deber radica para JAKOBS el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de ROXIN, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho²⁶.

De este modo surgen los delitos de infracción de deber. Su aparición viene a quebrar la hegemonía del dominio del hecho como único criterio determinante de la autoría. Ahora veamos en qué consisten los delitos de infracción de deber.

III. CONTENIDO DEL DELITO DE INFRACCIÓN DEL DEBER

Lo primero que se desprende de la explicación antes anotada es que la entrada en escena de los delitos de infracción de deber obliga a clasificar la autoría obligatoriamente en dos grandes grupos²⁷: a) autoría mediante delitos de dominio, y b) autoría mediante delitos de infracción de deber.

En los delitos de infracción de deber responde como autor aquél que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como “obligado especial”. Por esta razón, en este grupo de delitos el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación. Visto con un ejemplo: el juez *–intraneus–* que encarga indebidamente a una de las partes *–extraneus–* la redacción de la sentencia responde jurídico-penalmente como autor del prevaricato a pesar de no dominar personalmente el hecho de la redacción; y,

26 Un estudio detallado con balances de ambas aportaciones puede verse en SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, pp. 22 y ss., 29 y ss.

27 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 21/1, para quien esta clasificación constituye el punto de partida en su estudio de la autoría.

viceversa, el *extraneus* tampoco responde como autor²⁸, no obstante obrar con el pleno dominio del acontecer, porque sencillamente él no es portador del deber propio de un obligado especial, o, mejor dicho, porque él no es juez. De este modo, el fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el objeto de bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta. La lesión del deber es contemplada en el ámbito de la valoración –abstracta– y no en el nivel del suceso –fáctico– del mundo exterior. Con tal de que el autor sea portador de un deber, da lo mismo lo que él domine fácticamente²⁹.

La cuestión es determinar el tipo de deber a que se refiere la categoría de los delitos de infracción de deber. Pero esta determinación ha de hacerse subrayándose en primer término que en el plano de los deberes existe una diferencia entre los deberes que afectan a los delitos de dominio y los deberes que aluden a los delitos de infracción de deber. En principio, como bien ya puede entreverse de las reflexiones previas, el delito de dominio se refiere al deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes –*neminem laedere*–. Este deber alcanza a todas las personas, sin excepciones ni diferencias, y su configuración originaria tiene un contenido negativo porque este deber no obliga a la persona a permitir a los demás hacer determinada cosa, sino que más bien la obligación es de “no lesionar” a los demás, es decir, de configurar el propio ámbito de organización sin que de él se deriven consecuencias lesivas para los demás. En este grupo de delitos la relación que se establece entre las personas posee entonces un contenido negativo: “cuida de que tu organización no se convierta en ninguna razón para la merma de la posesión de un derecho de otra persona”³⁰. HEGEL aporta probablemente la más clara fundamentación filosófica en este punto. Según este autor todas las personas se encuentran sujetas a cumplir un deber determinado. El reconocimiento recíproco de los hombres como personas exige que cada quien sea tratado por el otro respectivamente como un ser libre: “en tanto que cada uno sea reconocido como un ser libre, él es una *persona*”³¹. Por eso el mandato jurídico general reza: “sé una persona y respeta a los otros como personas”³². Este mandato representa el deber más general que recae sobre todas las personas, el de no lesionar a los demás mediante la configuración de la propia organización, o lo que es lo mismo, el de respetar a los demás en sus derechos. PAWLIK lo dice en términos aún más claros: “tú, persona en Derecho, organiza tu esfera jurídica no para la lesión de otras perso-

28 Aunque puede surgir para él una responsabilidad a título de partícipe porque con su acto de dominio infringe el deber general de “no dañar”, puesto de manifiesto a través de su colaboración a la realización de un delito ajeno, cfr. al respecto infra III, nota 48.

29 Cfr. LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, p. 264.

30 JAKOBS. *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, p. 2; también LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, p. 264, donde señala que el deber en estos delitos se concreta en el sentido de que “todas las personas tienen que mantener su organización (ámbito de competencia) dentro del Ordenamiento y evitar determinados efectos no deseados de su organización”.

31 HEGEL. *Texte zur Philosophischen Propädeutik*, Werke 4, § 4, p. 233.

32 *id.* *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 36.

nas en Derecho”³³. Conforme a este principio, en una sociedad civil no se debe lesionar a los otros, con los que se lleva a cabo una vida en común. Quiere decir que cada quien, especialmente en el contacto con esferas de organización ajenas, es competente individualmente para administrar su propio ámbito de organización en el marco del deber general. Este criterio rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos. La organización del portador del deber, con independencia de si el comportamiento es activo u omisivo, debe mantenerse dentro del riesgo permitido. Visto con un ejemplo: el propietario de un perro no solamente “no debe” azuzar al animal contra los transeúntes, sino que “debe” sujetarlo cuando el perro por sí mismo amenaza con morder a los transeúntes³⁴. En ambas situaciones se aprecia que el deber de no dañar se corresponde con la obligación originaria de respetar a los demás como personas. ¿Cómo ha de cumplir la persona aquél deber jurídico? Esta es una cuestión que sólo a ella atañe, o dicho de otro modo: ¡es su propio asunto! Aquí es irrelevante cómo el deber finalmente resulta infringido, sea mediante una acción (azuzando al perro) o a través de una omisión (no sujetando al perro). Entonces el fundamento de la responsabilidad en este grupo de delitos se basa solamente en la infracción del deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes, a lo que HEGEL se refiere con respetar a los demás como personas.

En el caso de los delitos de infracción de deber la fundamentación del deber jurídico se basa estrictamente en instituciones positivas³⁵, 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”³⁶. Por esta razón la relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, porque aquí 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 su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión. Por ejemplo, la relación de padres e hijos obliga a los padres en función de la relación paterno-filial a preocuparse por el cuidado y la seguridad de los bienes de sus hijos. Cuando el padre permite que terceras personas lesionen los bienes de sus hijos, o cuando él mismo los lesiona, con esa actuación destruye aquel mundo en común formado por la relación paterno-filial. De este modo se establece para él una responsabilidad por las consecuencias de la incorrecta administración de su ámbito de competencia institucional. Esto quiere decir que la responsabilidad jurí-

33 PAWLİK. “Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur”, en *GA* 1995, pp. 360 a 372, 360.

34 Ejemplo sugerido por SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, p. 60.

35 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 29/58.

36 *Ibíd.*, 29/57, nota 114.

dico-penal en este grupo de delitos se fundamenta sólo en la lesión de un deber asegurado institucionalmente³⁷.

A JAKOBS se debe el haber realizado la clasificación de las instituciones más importantes para el ámbito del Derecho penal³⁸. Según esta concepción constituyen instituciones: 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. Si bien muchas de estas instituciones se encuentran positivizadas de un modo disperso en las leyes, lo que da lugar a que a menudo los deberes se deduzcan directamente de la ley, ello no es obstáculo para reconocer la legimidad de una institución como haz fundamental de derechos y obligaciones para el aseguramiento y fomento de las libertades de la persona. Recientemente MÜSSIG, sobre la base del modelo inicial sugerido por su maestro JAKOBS, y partiendo de una perspectiva que toma en cuenta “las condiciones sociales de la institucionalización del Derecho”, propone sistematizar el estudio de las instituciones tomando en cuenta dos clases de condiciones.

Por un lado, las condiciones para una vigencia organizada del Derecho, que condicionarían a cada ordenamiento jurídico, y que vienen a ser la “garantía organizada de la seguridad ‘exterior’ e ‘interior’; la que no se limita únicamente a una monopolización (estatal) del ejercicio de poder (como reverso sinalagmático de la renuncia a la libertad natural), sino que es entendida en un sentido amplio como la garantía de la vigencia organizada del Derecho”³⁹. Estas condiciones fijarían al mismo tiempo el mecanismo y la organización para la consolidación del Derecho; de manera que el portador de estas condiciones actúa con ello en el marco de una relación institucional de garantía. Ejemplos de ello son: la policía como garante para la protección frente a los delitos, el juez y las personas puestas al servicio de la Administración de Justicia o los fiscales como garantes de la persecución penal.

Por otro lado, las condiciones de la existencia personal en Derecho. Estas condiciones han de ser contempladas en dos perspectivas: en primer lugar bajo el criterio

37 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 21/2; LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, p. 299.

38 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 29/58, fundamentales son los apartados 29/57-77e, donde hay un estudio ampliado sobre las instituciones en sentido jurídico-penal; íd. *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, especialmente pp. 19 a 36, sobre todo porque aquí se tratan con profundidad los criterios de la libertad de comportamiento y responsabilidad por los resultados en conexión con las prohibiciones y los mandatos. También, aunque con una explicación referida más a los fundamentos de los delitos patrimoniales, KINDHÄUSER. “Fundamentos y sistemática de los delitos contra los derechos patrimoniales”, CARO JOHN (trad.), en *Estudios de Derecho penal patrimonial*, Lima, 2002, pp. 17 a 34, 19 y ss.

39 MÜSSIG. *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht*, 2002, manuscrito, p. 21, con más referencias bibliográficas.

generalizado de la “seguridad elemental”; y, de otra parte, según el alcance especial de una “relación diferenciada de cuidado” entre personas, algo así como la socialización primaria. Ambas perspectivas se unen permitiendo que la persona no sea vista como una muestra abstracta de imputación de competencias de organización, sino que ella sea reconocida en el contexto de su personalidad jurídica: “juridicopenalmente se muestran las condiciones materiales de la existencia personal en Derecho como las condiciones cognitivas de la imputación normativa, las que pueden ser presueltas de un modo general, siempre que ellas estén garantizadas institucionalmente”⁴⁰. En otras palabras –si es que lo entiendo bien–, MÜSSIG está pensando en las condiciones relacionadas directamente con la seguridad elemental de la persona en el contexto social de existencia individual. La seguridad de una existencia es lo que condiciona mínimamente para que luego alguien sea reconocido como persona en Derecho. Por ello, para él resulta determinante la protección organizada frente a los peligros que amenazan la seguridad básica, siendo los peligros más generales las catástrofes naturales, los accidentes graves, las enfermedades peligrosas y los daños contra el medio ambiente. Las personas vinculadas con la prevención frente a estos peligros, así como con los salvamentos ante las desgracias, se encuentran en una relación institucional de garantía. En estos casos la fundamentación de la competencia institucional no se basa en la condición de ser portador de un deber estatal, sino en la de ser portador de una organización que sustituye la protección estatal elemental, como es el caso de los bomberos voluntarios, de las instituciones privadas de sanidad relacionadas con la Iglesia –pero fácticamente públicas–, o las federaciones médicas de guardia organizada⁴¹.

Esto quiere decir que en este segundo grupo de conceptos la imputación jurídico-penal en virtud de una competencia institucional existe con independencia de la configuración estatal de una relación de garantía. Aquí ubica MÜSSIG a la relación paterno-filial como el prototipo de una relación de garantía que impone un deber de protección institucional.

De todo lo anterior se desprende que los deberes a que se refieren los delitos de infracción de deber no se limitan solamente a un deber negativo general de “no dañar”, sino que más bien se extienden al deber positivo de todo obligado especial de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de su esfera jurídica. Por esta razón el Derecho penal dirige su programa no solamente al aseguramiento de esferas externas de libertades en forma negativa, sino que también exige del autor una producción positiva a favor de los bienes que tiene el deber de proteger. Entre el obligado especial y el bien se crea un “mundo en común” que él debe mantener alejado de cursos dañosos. Veamos con un ejemplo la característica de un deber positivo. Imaginemos que un niño, que se encuentra tomando un baño en la playa, se

40 Cfr. *ibíd.*, p. 22.

41 *Ibíd.*, pp. 23 y s.

ahoga por falta de auxilio, no obstante haber tenido cerca de él a su padre, este último con plena capacidad de poder prestar auxilio inmediato y sin riesgo propio. Pues bien, en este caso, la inactividad del padre da lugar –de acuerdo al Código Penal vigente– a un delito de parricidio por infracción de deber (art. 107), llevado a cabo mediante una omisión, porque el padre con su inactividad quebranta la configuración de un mundo en común creada entre padre-hijo, es decir, lesiona un deber positivo derivado de la institución patria potestad que en este caso le impone el deber de evitar el ahogamiento de su hijo. El Derecho penal espera del padre, como obligado especial que él es, que cumpla su deber de mantener libre de lesiones el mundo en común creado con su hijo⁴². El deber positivo le impone la obligación de actuar aun cuando él no ha producido la lesión del bien, por la misma razón que el médico de guardia tiene el deber de atender al herido a pesar de no haber creado la lesión. Una vez más: el padre responde como autor del delito de parricidio porque él no es visto de un modo general como una persona en Derecho, sino como un obligado especial portador de determinados deberes positivos, en este caso derivados de la institución patria potestad.

Una cuestión que no debe quedar al margen es que los delitos de infracción de deber se diferencian de las figuras delictivas conocidas como “delitos especiales” cuyo centro lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor o de la acción, o bien la forma en que un determinado bien jurídico puede ser lesionado⁴³. Por tanto, no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales porque ello sólo evidencia “una confusión de planos, pues mientras la dicotomía ‘delitos comunes/delitos especiales’ se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía ‘delitos de dominio/delitos de infracción de deber’ sí recoge una diferenciación material”⁴⁴. Por decirlo con la terminología dominante: en el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico, una relación consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, siendo irrelevante la forma como ha de ejercitarse la acción. En cambio, en el ámbito de los delitos especiales la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico; como los elementos de configuración de la acción vienen dados por el tipo, entonces no hace falta que el autor sea portador de ningún deber. Por lo mismo, los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio⁴⁵, cuestión que se hace evidente cuando el tipo penal, al cerrar los contornos de sus fronteras mediante la descripción de las cualidades del autor y de la forma en que la acción ha de ser desarrollada, permite que el autor se mueva dentro del tipo como dueño y señor del

42 Es sugerente resaltar aquí lo anotado por JAKOBS. *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, p. 3: “los padres deben cuidar del hijo incluso aun cuando no lo quieran”.

43 Cfr. SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, p. 36; también JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 23/25.

44 GARCÍA CAVERO. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, p. 42.

45 En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ. “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”, p. 151.

hecho, siendo relevante para la configuración del injusto las lesiones en los bienes de terceros que se deriven de la incorrecta administración de su ámbito de organización. Un ejemplo de los delitos especiales lo constituye la apropiación indebida (art. 190 C. P.) que sólo lo puede cometer el depositario, comisionista o administrador. Si bien en este caso tanto el depositario como el comisionista y el administrador tienen la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado de un bien mueble, no por eso son “obligados especiales” en el sentido de los delitos de infracción de deber, porque la obligación a que se refiere el tipo no se basa en ninguna institución, es decir, el autor no se encuentra en una relación institucional con el bien mueble puesto bajo su esfera jurídica, sino solamente en una relación jurídica de organización que surge del acuerdo previo entre el titular del bien y la persona que asume voluntariamente la calidad especial de depositario, comisionista o administrador, una calidad personal que puede desaparecer en cualquier momento por disposición de cualquiera de las partes.

Sin embargo, no ocurre lo mismo, por ejemplo, si en otro contexto similar es el funcionario público quien se apropia de los caudales a él confiados en razón de su cargo para la administración o custodia (peculado, art. 387 C. P.). Aquí entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional de la que él no se puede sustraer cuando lo desee porque él ya forma parte de un mundo en común donde actúa como portador del deber de administrar y custodiar los bienes del Estado en un nivel de seguridad ajeno de peligros y lesiones. La Administración Pública como una institución estatal elemental se hace presente ante las personas para cubrir sus expectativas precisamente a través del servicio que prestan sus funcionarios. En este sentido el aseguramiento de estas expectativas se sitúa en la primera línea del deber del funcionario. Por esta razón los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos, como pueden ser los jueces, fiscales, miembros de las fuerzas armadas y policiales, alcaldes, congresistas, etc. (en general aquellos comprendidos en las disposiciones comunes del art. 425 C. P.) no deben ser calificados como simples “delitos especiales”⁴⁶ porque el ilícito cometido por ellos no tiene nada que ver con la realización de una simple descripción típica de las cualidades de la persona y de la acción, sino que más bien se relaciona con la infracción de un deber asegurado institucionalmente que impone a los funcionarios y autoridades la observancia de las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas.

Otro aspecto de los delitos de infracción de deber es que no es necesario que el deber se encuentre legalmente tipificado. Si bien los tipos regulan por lo común la prohibición general de no dañar, puede plantearse detrás de ellos sin embargo la existencia

46 No obstante, así lo considera ROJAS VARGAS. *Delitos contra la administración pública*, 2.^a ed., 2000, pp. 65 y ss.; en contra GARCÍA CAVERO. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, pp. 41 y ss.

de una institución, lo que conduce a sostener que la determinación del delito de infracción de deber no depende de si el deber se encuentra positivizado o no. A modo de ejemplo se tiene la regulación del delito de homicidio donde el deber de “no matar” compete a todas las personas. Pero cuando es el propio padre el que da muerte a su hijo, el delito que él comete entonces ya es un delito de infracción de deber porque lesiona la institución conocida como relación paterno-filial que le impone el deber de proteger y fomentar el mundo en común que existe entre padres e hijos. En otros casos los deberes propios de una institución están más claramente positivizados constituyendo un ejemplo paradigmático de ello los deberes correspondientes a la función pública en los supuestos de los delitos cometidos por los funcionarios públicos. Una institución tiene existencia propia, de manera que ella existe con independencia del tipo penal y además “se encuentra sustraída a la disposición del hombre individual”. La configuración del tipo entonces no condiciona la existencia ni el rechazo de un delito de infracción de deber.

IV. LA AUTORÍA EN EL DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

Llegamos al punto de la autoría en los delitos de infracción de deber. En los delitos de infracción de deber el autor responde sólo por la infracción de un deber especial, independientemente de cómo él organice su conducta. Esto quiere decir que el deber es independiente de la organización (del dominio)⁴⁷. Pero la cuestión ahora es determinar si la infracción del deber admite la posibilidad de una distinción entre autoría y participación, esto es, si el obligado especial puede ser tanto autor como partícipe de un delito de infracción de deber.

En esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe⁴⁸. Esto es así porque “el injusto jurídico-penal en este modelo institucional de imputación es sólo la lesión de un deber especial, con el consiguiente

47 Cfr. LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, p. 298.

48 No obstante, en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*. Por ejemplo, en el caso antes mencionado de una de las partes que redacta la sentencia que luego el juez ejecuta, o en un nuevo caso, el del vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de unidades de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un monto considerablemente superior al precio real porque el alcalde corrupto así se lo ha pedido. Tanto el vendedor de colchones como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *neminem laedere* (pues, sólo son personas), ellos sólo podrían responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo a la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los *extranei* en mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el juez y el alcalde (obligados especiales). Por esta razón, me parece discutible la regulación del Código Penal (art. 399) en cuanto considera también autores a los *extranei* involucrados en actos de corrupción de funcionarios.

resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto⁴⁹. La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o quién menos. Los delitos que cometan los obligados especiales sólo pueden configurar autoría mas no así participación; por tanto, la distinción entre autoría y participación es un asunto que pertenece al ámbito de los delitos de dominio, también conocidos como delitos en virtud de una competencia por organización, porque sólo el dominio o la organización puede ser cuantificada, y en función de ella determinarse la magnitud del aporte. Como el deber no conoce ninguna cuantificación, él se refiere a una cuestión cualitativa antes que cuantitativa⁵⁰. Por esta razón en los delitos de infracción de deber el obligado especial responde no en razón de la accesoriedad, sino porque él mediante su conducta ha lesionado “el mundo en común” que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección⁵¹. Entonces la accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber. Sobre la mentada accesoriedad sólo cabe en todo caso una reflexión en los delitos de dominio o de organización, si bien cada vez con mayores reticencias porque en el plano normativo no es posible establecer una relación de accesoriedad o dependencia de la participación respecto de la autoría, cuestión que sí parece relucir con mayor notoriedad en el plano psicologizante o naturalístico. Por su importancia, esta cuestión merece un estudio por separado que en todo caso no es posible desarrollarlo en este lugar. Ya que la accesoriedad de la participación es un elemento extraño a los delitos de infracción de deber, no le ha faltado razón a JAKOBS al afirmar que “más precisa que la denominación ‘delitos de infracción de deber’ sería la de ‘delitos con deber que pasan por alto’ la accesoriedad”⁵².

Que en los delitos de infracción de deber no rijan la accesoriedad de la participación da lugar a una consecuencia dogmática importante: todos los actos del obligado especial que comporten una lesión para los bienes que debe proteger generan para él una responsabilidad penal a título de autoría. Mostrándolo con un ejemplo: cuando una mujer y su amante son descubiertos en la habitación conyugal por la hija menor de ella, de 12 años, y el amante con la finalidad de ocultar la relación amorosa decide matar a la menor, para lo cual la madre le facilita un cuchillo, sin duda el amante responde como autor del homicidio (art. 106 C. P.), ¡pero la madre también!: si bien lo más preciso es que responda como autora del delito de parricidio (art. 107 C. P.). Desde el plano del dominio del hecho el aporte de la madre (facilitar el cuchillo) pareciera ser menor en comparación al del amante (dar muerte con el cuchillo), por lo

49 MÜSSIG. *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte*, p. 18.

50 Cfr. JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en JAKOBS y CANCIO. *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, pp. 165 a 194, 170.

51 Cfr. JAKOBS. *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, p. 5.

52 JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 21/119.

que podría pensarse que ella es sólo partícipe y no autora. Sin embargo, esta solución sería correcta sólo si en vez de la madre otra persona hubiese facilitado el cuchillo. Como a la madre le une una relación institucional con su menor hija, la infracción de su deber institucional fundamenta para aquélla una autoría de un delito de infracción de deber, que en este caso es el delito de parricidio. El deber institucional de la madre consiste en proteger los bienes de su hija frente al ataque de terceros, y no en fomentar su lesión. Por ello no es necesario que la madre por sí misma tenga que introducir el cuchillo en el cuerpo de su hija para convertirse en autora: desde el momento en que ella dio a luz a su hija surgió un “mundo en común” entre ellas del que no se puede disentir. La autoría por el delito de infracción de deber desplaza en este caso y en otros semejantes toda posible participación accesoria desde el punto de vista de la organización, y esto en virtud de las elementales reglas de concurso de delitos.

Un caso que puede resultar aún más provocativo que el anterior, pero que sirve para graficar de una mejor forma el título de autor como signo distintivo de los delitos de infracción de deber, es el de la intervención omisiva de un obligado especial en un delito cometido activamente por otro obligado especial. Introduciendo una variante en el caso recientemente expuesto: ahora la madre, que odia a su hija de 12 años porque ésta la ha descubierto en el adulterio, otro día, al ver cómo su esposo abusa sexualmente de esta menor (hija de ambos), permanece impassible y sin hacer nada para impedir la violación, aun pudiendo hacerlo. Aquí la madre –lo mismo que el padre– tendrá que responder como autora del delito de violación sexual de un menor (art. 173 C. P.). En efecto, como la conducta típica está descrita en los términos de “practicar el acto sexual u otro análogo con un menor”, el “practicar el acto sexual” no condiciona necesariamente una realización típica mediante acción, por la misma razón que si, en vez de una violación sexual, el caso se tratara de un homicidio (art. 106 C. P.), cuya descripción típica “matar a otro” tampoco dice nada acerca de si el tipo deba ser realizado mediante una acción o una omisión. El comportamiento omisivo de la madre lesiona su deber de protección y fomento sobre los bienes su hija, es decir, un deber asegurado institucionalmente en virtud de la patria potestad. Cuando el portador de un deber especial no administra correctamente su ámbito de competencia institucional no importa si la lesión es realizada mediante una acción o mediante una omisión. Justamente en esto radica lo anotado al principio de este apartado, en el sentido de que la infracción del deber es independiente de la organización y de la forma que en se lleve a cabo la conducta lesiva. Lo que quiere decir que la distinción entre acción y omisión sólo expresa el aspecto externo de la conducta, por lo que en el presente caso no hay nada que impida la responsabilidad de la madre como autora de un delito de violación. Ella lesiona un deber especial fundado en la relación paterno-filial que le fija el deber de hacer todo lo posible para mantener los bienes de su hija protegidos frente al ataque de terceros.

Por lo tanto, se sostiene lo siguiente: en los delitos de infracción de deber no existe ninguna diferenciación de las distintas formas de intervención, ni cualitativa ni cuan-

titativa. Rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber que defina una posición institucional, realizada mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudieran admitir la posibilidad de una diferenciación, conduce a una responsabilidad por igual y completa: el obligado especial responde siempre como autor.

De otra parte, en los delitos de infracción de deber tampoco son posibles las modalidades de autoría conocidas como coautoría y autoría mediata⁵³.

La inadmisibilidad de la coautoría se explica en que esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intraanei*, 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 uno como autores individuales por el 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.

Algo similar ocurre en el ámbito de la autoría mediata, donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás. En principio, lo que vale para la coautoría no tiene por qué ser diferente para la autoría mediata⁵⁴. Que el hombre de delante sea un *extraneus* y el hombre de detrás un *intraneus*, o viceversa, no cambia nada. Igualmente cuando tanto el hombre de delante como el

53 En profundidad sobre la inadmisibilidad de las figuras de la coautoría y de la autoría mediata en el ámbito de los delitos de infracción de deber, cfr. SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, pp. 147 y ss.

54 Cfr. ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 360.

hombre de detrás son dos *intranei*. Ejemplos: a) el juez (*intraneus*), que por casualidad está juzgando a un antiguo compañero de estudios que en la época universitaria influyó sobre la novia del ahora juez para que lo dejase, deseando vengarse de aquél, determina a un falsificador de documentos (*extraneus*) para que elabore unas pruebas falsas para poder condenar sin dificultad al antiguo compañero de estudios; b) la esposa (*extraneus*) que determina a su esposo alcalde (*intraneus*) a apoderarse de los caudales públicos para así poder tomarse unas vacaciones en una playa caribeña; c) el ministro de Salud (*intraneus*) que determina al director de un hospital (*intraneus*) a realizar contrataciones y despidos indebidos en el personal del hospital. En todos estos supuestos el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de delante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor.

En suma: las diferentes modalidades de autoría descritas en el artículo 29 Código Penal colombiano y en el artículo 23 Código Penal peruano se refieren sólo a una distinción feno-menológica de los diversos actuantes que tomen parte en un hecho, una distinción que en todo caso sólo sirve para establecer de forma más clara la posición fáctica del actuante durante la “realización” del hecho en su conjunto. Los términos empleados por las referidas regulaciones no aportan los criterios normativos para la determinación de una genuina autoría jurídico-penal. Corresponde entonces a la dogmática la concreción de dichos criterios, para lo cual tendrá que establecerse si se trata de la autoría en un delito de dominio o en un delito de infracción de deber. En el caso del delito de infracción de deber deberá tomarse en cuenta que el deber especial compete sólo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto el actuante domine u organice en una situación típica. El obligado especial en el delito de infracción de deber ha nacido sólo para ser *autor* directo, y no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe. En este modelo rige el principio de autoría única.