

Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber

José Antonio Caro John

Sumario: I. El surgimiento de los delitos de infracción de deber. 1. La teoría subjetiva de la autoría. 2. La teoría del «dominio del hecho». 3. La categoría denominada «delito de infracción de deber». 4. Los delitos de infracción de deber según Roxin. 5. Los delitos de infracción de deber según Jakobs. II. El núcleo de los delitos de infracción del deber. 1. Tipo de deber. 2. Las instituciones positivas. 3. Diferencia entre «delitos de infracción de deber» y «delitos especiales». 4. ¿Tipificación del deber? III. Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. 1. La autoría del «obligado especial». 2. Rechazo de la accesoriedad de la participación. 3. Coautoría y autoría mediata. IV. Consideraciones finales.

I. El surgimiento de los delitos de infracción de deber

(p. 49) Desde que Roxin¹ en 1963 empleara por primera vez en el Derecho penal (p. 50) la categoría de los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikten)², la discusión moderna en torno a este nuevo concepto ha oscilado entre tomas de postura que la admiten y otras que levantan reparos en contra de ella³. Aunque lo cierto es que estas últimas, la mayoría de las veces, se deben a la novedad de los planteamientos que ella suscita en el debate de nunca acabar que se vive en la autoría y la participación delictiva, un terreno sobre el que ya Kantorowicz⁴ opinara que probablemente se trate del «capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho penal».

En todo caso, una exposición sobre el contenido de 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.

1. La teoría subjetiva de la autoría

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. Buri⁵, la excesiva subjetivización de los criterios determinantes de (p. 51) la autoría

¹ Cfr. Roxin, 2000 [a], 1ª edic. 1963, p. 352 y ss. Esta obra posteriormente ha recibido diferentes añadidos de nuevos capítulos al final del libro en los que Roxin ha venido informando sobre el desarrollo de la discusión acerca de la autoría tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La séptima —y hasta hoy última— edición se publicó en el año 2000, sobre los delitos de infracción de deber, cfr. pp. 695 y ss.

² En el Perú empieza a ser conocida la categoría de los delitos de infracción de deber; cfr. a título de ejemplo, García Caveró, 1999, pp. 41 y ss.; Abanto Vásquez, 2001, pp. 47 y ss.; Suárez González, 2001, pp. 149-165; recientemente, San Martín Castro/Caro Coria/Reañó Peschiera, 2002, pp. 186 y ss., 270 ss.

³ Sobre las tomas de postura en la doctrina alemana, cfr. *infra* I.3, nota 14.

⁴ Kantorowicz, 1910, p. 306. Esta frase ha tenido una fuerte resonancia en el entorno del penalismo alemán; da cuenta de ello Roxin, 1970, p. 10. También véase Weber, 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.

⁵ Maximilian v. Buri trabajó como magistrado del Tribunal del Imperio de 1879 a 1896. Este magistrado protagonizó el desarrollo más visible de la teoría subjetiva de la autoría y la participación en la jurisprudencia penal, cfr. al respecto Roxin, 2000 [b], pp. 177–198, 178 y ss. Mediante sus monografías y artículos, v. Buri consiguió 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, 1873, *passim*; el mismo, 1885, *passim*; sobre autoría y

condujo a esta teoría a una crisis que dio lugar a diversas objeciones⁶ en contra de ella. 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, sobre todo porque la distinción entre autor y partícipe concluía siendo un examen del mundo interior de los intervinientes en el hecho, de la voluntad, de la intención y de los motivos. En este contexto autor es aquél que obra considerando el hecho como algo conforme a su voluntad y partícipe quien actúa con una voluntad dependiente, subordinada a la voluntad del autor. El ejemplo paradigmático de la teoría subjetiva vino dado por el caso de la bañera⁷, donde el fundamento de punición del partícipe no dependió de la parte externa (objetiva) de su aportación al hecho, sino de 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 que ella no movió un solo dedo para la realización del hecho, pero sí había tomado parte en él con la voluntad autónoma propia a la 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, además porque su obrar estuvo motivado por una voluntad dependiente o subordinada a la del autor (animus socii).

2. La teoría del «dominio del hecho»

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, lograran explicar (p. 52) 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 que fue Hegler⁸ quien en 1915 habló por primera vez del concepto de «dominio del hecho», no obstante el sentido que él le dio en aquél momento poseía un contenido más referido a la culpabilidad del autor; por lo tanto, diferente de lo que hoy se conoce como dominio del hecho. Fue Welzel quien, en 1939, en conexión con su conocida teoría finalista de la acción, otorgó a la autoría un contenido propio fijando el dominio del hecho como el criterio determinante del concepto de autor. Según este nuevo entender, el dominio del hecho pasaba a ser ahora un elemento general de la autoría donde el autor se presenta como señor de un hecho: «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»⁹. 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»¹⁰. 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»¹¹. 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 conjuntamente amoldan la idea del autor como dueño y señor del

participación, el mismo, 1870, pp. 1-53; el mismo, 1873, pp. 237-255; el mismo, 1882, pp. 232-298; el mismo, 1891, p. 1-39. Sobre algunas sentencias del Tribunal del Imperio donde se asume la teoría subjetiva, cfr. RGSt. 2 (sentencia de 12.05.1880), p. 160-164; RGSt. 3 (sentencia de 07.01.1881), p. 181-183.

⁶ La teoría subjetiva ha sido duramente criticada, baste aquí sólo recordar lo anotado por Beling, 1932, pp. 1-13, 10: 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».

⁷ Cfr. RGSt. 74 (sentencia de 19.02.1940), pp. 84-86.

⁸ Cfr. Hegler, 1915, pp. 19-44 y 184-232; véase además Roxin, 2000 [a], pp. 60 y ss.

⁹ Cfr. Welzel, 1939, pp. 491-566, 539.

¹⁰ Welzel, 1969, p. 100.

¹¹ Maurach, 1971, p. 627.

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 (p. 53) 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 días¹², al punto de identificarse usualmente la autoría con el dominio del hecho.

3. La categoría denominada «delito de infracción de deber»

Posteriormente, en un contexto en el que la autoría era explicada únicamente a través del dominio del hecho, hizo su aparición la categoría de los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikten)¹³. Y como era de esperarse, la incursión de este grupo de delitos en un panorama de la autoría gobernado por el dominio del hecho no podría haber sido pacífica¹⁴. Con el terreno ganado por el dominio del hecho como signo distintivo 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 quizá 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. (p. 54)

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 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»¹⁵. 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 CP), 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.

4. Los delitos de infracción de deber según Roxin

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

¹² El dominio del hecho cuenta con una recepción casi generalizada en la doctrina alemana; cfr. sólo en los tiempos recientes, entre otros: Roxin, 1993, § 25/7 ss.; Bottke, 1992, pp. 35 y ss., *passim*; Jescheck/Weigend, 1996, pp. 651 y ss.

¹³ Se muestra escéptico de un modo general con el concepto de «lesión de un deber» por considerarlo «no siempre suficientemente preciso»: Silva Sánchez, 1998, pp. 205-226, 211.

¹⁴ En la doctrina alemana están a favor de la nueva categoría, aunque con una fundamentación no siempre coincidente, entre otros: Sánchez-Vera, 1998, *passim*; Jakobs, 1991, 7/70, 21/115, 28/15; Lesch, 1992, pp. 263 y ss., 298 y ss.; el mismo, 1995, p. 66-70; el mismo, 1993, p. 271-294, 286 y ss.; el mismo, 1999, pp. 203 y ss., 210 y ss.; Bloy, 1985, pp. 192, 215, 243; Schönke/Schröder/Cramer/Heine, 2001 previo al § 25, n.º marg. 84a; Wessels/Beulke, 2000, n.º marg. 521; Kühl, 2000, 20/14.

En cambio, no simpatizan con la construcción de los delitos de infracción de deber, también con argumentos variados, entre otros: Hardwig, 1965, pp. 667-671; Langer, 1972, pp. 224-227; Stein, 1988, pp. 209 y ss., 220; Stratenwerth, 2000, 12/40; Freund, 1998, 10/49; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, 42/11, 47/90 y ss., 110 y ss; Herzberg, 1977, pp. 32 y ss., 94.

¹⁵ Sánchez-Vera, 1998, p. 168.

realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: «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»¹⁶. Roxin cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los (p. 55) 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 legislador¹⁷.

5. Los delitos de infracción de deber según Jakobs

Si bien la categoría de los delitos de infracción de deber fue descubierta por Roxin hace ya cuatro décadas, sin recibir de parte de él un desarrollo posterior¹⁸, la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento otorgado por Jakobs¹⁹ quien, en el marco de un pensamiento normativista del sistema del Derecho penal, en los últimos veinte 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 autor²⁰. Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido (p. 56) 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 de organización —cuyo equivalente en el lenguaje de Roxin lo constituirían 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 laede*—; 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

¹⁶ Roxin, 2000 [a], 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 3ª 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 en 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 7ª ed., p. 697.

¹⁷ Cfr. Roxin, 2000 [a], p. 386.

¹⁸ En este sentido Sánchez-Vera, 1998, pp. 27 y ss., resalta que Roxin no ha asumido una fundamentación suficiente de los delitos de infracción de deber. No obstante Roxin, 1993, § 25/73 en esta edición ha vuelto a tocar la problemática con unas reflexiones breves y sin reformas de su postura; el mismo, 2000 [a], pp. 695 y ss.

¹⁹ Cfr. sólo lo más representativo de su concepción, Jakobs, 1991, 7/70, 21/115, 28/15; el mismo, 1996 [b], pp. 19 y ss.; el mismo, 1998, pp. 55 y ss., 67 ss.; el mismo, 1993 (manuscrito), pp. 4 y ss.; el mismo, 1997, pp. 347-363, 362 ss.; el mismo, 2000 [a], pp. 57-72, 63 ss.; el mismo, 1996 [a], pp. 253-268, 257 ss.; el mismo, 2000 [b], pp. 151-170, 154 ss.; el mismo, 2001, pp. 793-810, 798; el mismo, 2000 [c], pp. 127-149; el mismo, 1999, pp. 5-42, 30 ss.

²⁰ Elemental en este punto: Jakobs, 1991, 1/7, 7/56 ss., 7/70 ss., 21/115 ss., 28/13 ss., 29/29 ss., 29/57; el mismo, 1997, pp. 348 y ss., 362 s.; el mismo, 1996 [b], pp. 19 y ss. Cfr. además los aportes de Derksen, 1993, pp. 163-176, 170 y ss.; y Lesch, 1992, pp. 263 y ss.

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 —nadie que viva en sociedad se comporta como un ermitaño que sólo respeta las normas de su conciencia—. Cuando la persona vulnera los deberes de su estatus está haciendo un uso arbitrario de su libertad, está configurando un estado de cosas que el Derecho desaprueba. Si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le atribuye una responsabilidad jurídico-penal.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional —a los que pertenecen los delitos de infracción de deber—. Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación **(p. 57)** 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 lleva 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 patria potestad 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 objeto de bien jurídico. 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 hecho²¹.

II. El núcleo de los delitos de infracción del deber

1. Tipo de deber

La entrada en escena de los delitos de infracción de deber obliga a clasificar la autoría delictiva en dos grandes grupos²²: a) autoría mediante delitos de dominio, y b) autoría mediante delitos de infracción de deber. De este modo, la aparición de los delitos de infracción de deber viene a quebrar la hegemonía del dominio del hecho como único criterio útil para determinar la autoría delictiva. Pero la pregunta ahora a responder es ¿cómo opera la categoría de los delitos de infracción de deber y a qué deber se refiere?

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 jurídica **(p. 58)** -penal a los efectos de la determinación del título de la imputación. Visto con un ejemplo: el juez —intrañeus— que encarga indebidamente a una de las partes —extraneus— la redacción de la sentencia infringe su deber especial a título de autor a pesar de no dominar personalmente el hecho de la redacción; y, viceversa, el extraneus tampoco responde como autor²³, 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 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

²¹ Un estudio detallado con balances de ambas aportaciones puede verse en Sánchez-Vera, 1998, pp. 22 y ss., 29 ss.

²² Cfr. Jakobs, 1991, 21/1, para quien esta clasificación constituye el punto de partida en su estudio de la autoría.

²³ 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 43.

mismo lo que él domine fácticamente²⁴.

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, el delito de dominio se refiere al deber general de «no dañar» a los demás en sus bienes —*neminem laede*—. 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»²⁵. Hegel aporta probablemente la más clara fundamentación filosófica (p. 59) 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»²⁶. Por eso el mandato jurídico general reza: «sé una persona y respeta a los otros como personas»²⁷. 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 aún en términos más claros: «tú, persona en Derecho, organiza tu esfera jurídica no para la lesión de otras personas en Derecho»²⁸. 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 cual, 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 unos transeúntes, sino que «debe» sujetarlo cuando el perro por sí mismo amenaza con morder a los transeúntes²⁹. 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, 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. (p. 60)

2. Las instituciones positivas

Los deberes que se refieren a la categoría de los delitos de infracción de deber se fundamentan en las instituciones positivas³⁰, 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

²⁴ Cfr. Lesch, 1992, p. 264.

²⁵ Jakobs, 1993, p. 2; también Lesch, 1992, 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».

²⁶ Hegel, 1808-1817, § 4, p. 233.

²⁷ Hegel, 1821, § 36, p. 52.

²⁸ Pawlik, 1995, pp. 360-372, 360.

²⁹ Ejemplo sugerido por Sánchez-Vera, 1992, p. 60.

³⁰ Cfr. Jakobs, 1991, 29/58.

sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye»³¹. 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 patria potestad 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 jurídico-penal en este grupo de delitos se fundamenta sólo en la lesión de un deber asegurado institucionalmente³².

A Jakobs se debe el haber realizado la clasificación de las instituciones más importantes para el ámbito del Derecho penal³³. Según esta concepción constituyen instituciones: la relación de padres e hijos, el matrimonio, la confianza especial, y, para los deberes genuinamente estatales — las relaciones estatales de poder—, la función policial de velar por la seguridad (**p. 61**) 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 reguladas 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 legitimidad 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»³⁴. 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 generalizado de la «seguridad elemental»; y, de otra parte, según el alcance especial de una «relación diferenciada de cuidado» entre personas. 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: «jurídico-penalmente se muestran las condiciones materiales de la (**p. 62**) existencia personal en Derecho como las condiciones cognitivas de la imputación normativa, las que pueden ser presupuestas de un modo general, siempre que ellas estén garantizadas institucionalmente»³⁵. En otras palabras, —si es que lo entiendo bien— Müssig está pensando en las condiciones relacionadas directamente con la seguridad elemental de la

³¹ Jakobs, 1991, 29/57, nota 114.

³² Cfr. Jakobs, 1991, 21/2; Lesch, 1992, p. 299.

³³ Cfr. Jakobs, 1991, 29/58, fundamentales son los apartados 29/57–77e, donde hay un estudio ampliado sobre las instituciones en sentido jurídico-penal; el mismo, 1996 [b], especialmente p. 19–36, 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 sobre las instituciones, aunque referida más a los fundamentos de los delitos patrimoniales, Kindhäuser, 2002, p. 21-44, 26.

³⁴ Müssig, 2002, p. 21, con más referencias bibliográficas.

³⁵ Cfr. Müssig, 2002, p. 22.

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 organizada³⁶. 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.

Esto quiere decir que los deberes a que se refieren los delitos de infracción de deber no se limitan únicamente 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 dañinos. Veamos con un ejemplo la característica de un deber positivo. Imaginemos que un niño, que se encuentra tomando un baño en la playa (p. 63), y de pronto llega a ahogarse 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 él 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 el mundo en común creado con su hijo libre de lesiones³⁷. 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.

3. Diferencia entre «delitos de infracción de deber» y «delitos especiales»

Una cuestión a subrayar es que los delitos de infracción de deber se diferencian de las figuras delictivas conocidas como «delitos especiales». Como ya se ha visto, mientras que los deberes positivos ocupan el centro de los delitos consistentes en la infracción de un deber, el núcleo de los delitos especiales lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor, o de la acción, o bien la forma en que un determinado objeto de bien jurídico puede ser lesionado³⁸. 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»³⁹. (p. 64)

En el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico

³⁶ Müssig, 2002, p. 23 y ss.

³⁷ En este contexto es sugerente la reflexión de Jakobs, 1993, p. 3: «entonces los padres deben cuidar de sus hijos aún cuando no los amen».

³⁸ Cfr. Sánchez-Vera, 1998, p. 36; también Jakobs, 1991, 23/25.

³⁹ García Caveró, 1999, p. 42.

consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, siendo irrelevante la forma de cómo 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. Además los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio⁴⁰, 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 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 CP) 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, ni se deriva de ningún deber positivo, 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. Sin embargo, no ocurre lo mismo, por ejemplo, si en otro contexto similar es el funcionario público el que se apropia de los caudales a él confiados en razón de su cargo para la administración o custodia (peculado, art. 387 CP). Aquí entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo en común donde actúa como portador del deber positivo 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 **(p. 65)** 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 CP) no deben ser calificados como simples «delitos especiales»⁴¹ 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.

4. ¿Tipificación del deber?

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 *neminem laede*, sin embargo puede plantearse detrás de ellos la existencia de una institución, lo que conduce a sostener que la determinación del delito de infracción de deber no depende de si el deber se encuentre 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 patria potestad 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 o rechazo de un delito de infracción de deber. **(p. 66)**

⁴⁰ De acuerdo, Suárez González, 2001, p. 151.

⁴¹ Se pronuncian, en este sentido, Rojas Vargas, 2000, pp. 65 y ss.; Reaño Peschiera, 2002, pp. 270 y ss.; en cambio, con acierto, García Caveró, 1999, pp. 41 y ss.; también Caro Coria, 2002, p. 191.

III. Autoría y participación 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, o de cómo él domine el hecho. Esto quiere decir que el deber es independiente de la organización⁴². Pero la cuestión ahora es determinar si la infracción del deber admite la posibilidad de una distinción entre autoría y participación, esto es, de si el obligado especial puede ser tanto autor como partícipe de un delito de infracción de deber.

1. La autoría del «obligado especial»

En esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe⁴³. 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 resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto»⁴⁴. La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o de 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 porque sólo el (p. 67) dominio puede ser cuantificado y en función de ello determinarse la magnitud del aporte. Como el deber no conoce ninguna cuantificación, él se refiere más bien a una cuestión cualitativa antes que cuantitativa⁴⁵. 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 protección⁴⁶.

2. Rechazo de la accesoriedad de la participación

La accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber, ella pertenece más bien a los delitos de dominio. Por eso no le falta razón a Jakobs cuando afirma que «más precisa que la denominación 'delitos de infracción de deber' sería la de 'delitos con deber que pasan por alto' la accesoriedad»⁴⁷.

Que en los delitos de infracción de deber no rija 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 autor. 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 en este caso como autor del homicidio: ¡pero la madre también! Desde el plano del dominio del hecho el aporte de la madre (facilitar el cuchillo) parece ser menor en comparación a la del amante (dar muerte con el cuchillo), por lo que podría pensarse que ella es sólo partícipe y no autor. Pero esta solución sería correcta si —en vez de la madre— otra persona, un tercero que no es portador de ningún deber especial, facilitaría el cuchillo. Para que la madre infrinja su deber

⁴² Cfr. Lesch, 1992, p. 298.

⁴³ 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 la ejecuta, o en un nuevo caso, el del vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar 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; pero, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *neminem laede* (pues, sólo son personas), ellos responderán —en principio— como partícipes en los delitos de infracción de deber cometidos por el juez y el alcalde (obligados especiales). Aunque, ciertamente, nos parece discutible la regulación del Código penal (art. 399) en cuanto considera también autores a los *extranei* involucrados en actos de corrupción de funcionarios.

⁴⁴ Müssig, 2002, p. 18.

⁴⁵ Cfr. Jakobs, 2000 [d], p. 165-194, 170.

⁴⁶ Cfr. Jakobs, 1993, p. 5.

⁴⁷ Jakobs, 1991, 21/119.

institucional de proteger los bienes de su hija frente al ataque de terceros y no así fomentar su lesión, no hace falta que ella por sí misma tenga que introducir el cuchillo en el cuerpo de su hija para convertirse en autora: como madre no se puede sustraer del **(p. 68)** «mundo en común» que surgió con la menor desde el momento en que la trajo al mundo.

Un caso que puede resultar aun más provocativo que el anterior, pero que sirve para graficar mejor 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: ahora la madre, que odia a su hija de 12 años porque ésta la ha descubierto en el adulterio, viendo cómo su esposo abusa sexualmente de esta menor (hija de ambos), permanece impasible y sin hacer nada para impedir la violación. Aquí la madre —lo mismo que el padre— tendrá que responder como autora del delito de violación sexual de un menor (art. 173 CP), y no como partícipe. En efecto, que la conducta típica esté 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, en vez de una violación sexual, el caso se trate de un homicidio (art. 106 CP), 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. En esto radica precisamente 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 en 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. **(p. 69)**

3. Coautoría y autoría mediata

De otra parte, en los delitos de infracción de deber tampoco son posibles las modalidades de autoría delictiva conocidas como coautoría y autoría mediata⁴⁸.

La inadmisibilidad de la coautoría se explica en que ésta 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 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, conmovido por 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 que 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 a su cargo la custodia de caudales públicos, disponen sistemáticamente el 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 del 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 pudo 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

⁴⁸ En general 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, 1998, pp. 147 y ss.

no tiene por qué ser **(p. 70)** diferente para la autoría mediata⁴⁹. 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 hombre de detrás son dos intranei. Ejemplos: a) El juez (intraneus) que está juzgando a un antiguo compañero de estudios que en la época universitaria le quitó una novia, determina a un falsificador de documentos (extraneus) para que elabore una prueba falsa, a fin de poder condenar al antiguo compañero; 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) determina al director de un hospital (intraneus) a realizar contrataciones y despidos indebidos en el personal del hospital. En todos estos casos 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.

Las anotaciones precedentes permiten concluir lo siguiente: como el deber especial compete sólo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto se domine en una situación típica, el obligado especial ha nacido para ser sólo «autor directo», y no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe (instigador o cómplice).

IV. Consideraciones finales

Quizá el modo de ver el problema de la autoría y la participación desde el prisma de los delitos de infracción de deber provoque algunos reparos en algún sector de la doctrina nacional. Lo que ocurre es que como nos hemos acostumbrado a resolver la problemática de la autoría enfocándola a menudo solamente desde el lado de los delitos de dominio —en lo básico mediante el concepto del dominio del hecho—, es lógico que ahora incomode las propuestas de solución de la nueva categoría. Ya dijimos al comienzo de este trabajo que no en vano el dominio del hecho había ganado para sí el peso de la tradición. Pero la bondad de la construcción de los delitos de infracción de deber no radica en la novedad de sus propuestas sino en que, con su surgimiento, los problemas que se suscitan en el terreno **(p. 71)** de la autoría ahora tienen la posibilidad de obtener una solución sistemática más satisfactoria, sobre todo en los ámbitos en que el dominio del hecho no tiene ninguna fuerza explicativa, dicho de un modo más directo: en el ámbito de los delitos cometidos por personas portadoras de «deberes especiales».

⁴⁹ Cfr. Roxin, 2000 [a], p. 360.