

DEI S. PRAVIDE ET PRO...

Revista

Enero 2012

29

LABOR



tirant lo blanch

Revista Penal

Número 29

Sumario

Doctrina

– La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i>	5
– La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i>	29
– La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M^a José Cuenca García</i>	48
– Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	69
– Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i>	75
– ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia y José Luis González Cussac</i>	87
– Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i>	97
– El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	115
– Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i>	127
– El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i>	145
– La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..	167
– La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i>	178
– Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i>	203
Sistemas penales comparados: Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....	223
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	265
In Memoriam: Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	272
Crónicas	
– El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i>	277
– Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i>	289
Noticias	294



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaime I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay)
Giuseppe Amara (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias—

Prof. Dr. jur. Raúl Pariona Arana*

Revista Penal, n.º 29.— Enero 2012

RESUMEN: El presente trabajo aborda la problemática de los delitos de infracción de deber. Luego de reseñar el origen y desarrollo de la teoría, el autor presenta su propia concepción basado en dos ideas: la primera, que la infracción de deber especial solamente fundamenta la autoría, más no el injusto; y, la segunda, que estos deberes especiales son de carácter penal. De la primera idea extrae la conclusión de que la concepción que hace derivar el contenido del injusto de la infracción del deber no resulta convincente, dado que incluso en el ámbito de la teoría del injusto, además de dicha infracción, la realización del injusto requiere de la afectación de un bien jurídico. Por su parte, con base en la segunda idea, llega a la conclusión de que los deberes que fundamentan la autoría no son deberes extrajurídicos, ni tampoco extrapenales, sino, por el contrario, deberes de naturaleza penal, en tanto estos se extraen de los tipos penales.

PALABRAS CLAVE: Autoría, participación, delitos de infracción de deber, deber especial, omisión, dominio del hecho, delitos especiales.

ZUSAMMENFASSUNG: Die folgende Arbeit behandelt das Problemfeld der Pflichtdelikte. Nach der Darstellung des Ursprungs und Entwicklung der Lehre der Pflichtdelikte, stellt der Verfasser seine eigene, auf zwei Ideen basierende Auffassung vor. Dies ist zum Einen der Gedanke, wonach die Verletzung einer Sonderpflicht lediglich die Täterschaft begründet, jedoch nicht das Unrecht. Zum Anderen ist es die Konzeption, wonach es sich bei täterschaftsbegründenden Pflichten um strafrechtliche Pflichten handelt. Anhand der ersten Idee wird die Undurchführbarkeit derjenigen Auffassung festgestellt, die in der Pflichtverletzung nicht nur die Begründung der Täterschaft sieht, sondern die Begründung des Unrechts selbst. Selbst auf der Ebene der Unrechtslehre ergibt sich die Strafbarkeit nicht schon aus einer Norm- oder Pflichtverletzung, sondern erfordert die Beeinträchtigung des durch die betreffende Norm geschützten Rechtsguts. Die zweite Idee führt zu dem Ergebnis, dass es sich bei den täterschaftsbegründenden Pflichten zunächst nicht um außerrechtliche Pflichten handelt. Des Weiteren wird damit auch ausgedrückt, dass Sonderpflichten keinen außerstrafrechtlichen Charakter aufweisen. Sie sind vielmehr als strafrechtliche Pflichten zu qualifizieren.

SCHLÜSSELWORTE: Täterschaft, Teilnahme, Pflichtdelikte, Sonderpflicht, Unterlassung, Tatherrschaft, Sonderdelikte.

* Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de San Martín de Porres y Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Asociado del Estudio Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania).

Abreviaturas utilizadas: AT: Allgemeiner Teil; BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán); BGH: Bundesgerichtshof (Corte Suprema de la República Federal Alemana); CP: Código penal; FS: Festschrift; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JuS: Juristische Schulung; LK: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; MK: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch;

I. Preliminares

§ 1. La teoría de los delitos de infracción de deber fue fundada por *Claus Roxin* hace cuarenta y tres años y en la actualidad se ha impuesto en la doctrina. La jurisprudencia, entre tanto, viene asumiéndola crecientemente, pues se trata de una construcción teórica que permite solucionar con solvencia los problemas de autoría y participación en delitos cuyos tipos penales contienen deberes especiales.

En la ciencia penal alemana, el ulterior desarrollo de la teoría se debe, además de las anotaciones puntuales o breves comentarios observados en la literatura penal, básicamente a dos tesis doctorales que han abordado el tema. La primera de ellas pertenece a *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles*¹, discípulo de *Günther Jakobs*, quien en un excelente trabajo titulado “*Pflichtdelikt und Beteiligung*” realiza una fundamentación de la teoría de los delitos de infracción de deber a partir de una perspectiva normativista pura. El segundo trabajo es mi tesis doctoral² titulada “*Täterschaft und Pflichtverletzung*” realizada bajo la tutoría de mi maestro *Claus Roxin*. Mi objetivo fue realizar una fundamentación de la teoría de los delitos de infracción de deber desde una perspectiva funcional materialista.

§ 2. En la actualidad, la importancia de la teoría de los delitos de infracción de deber es inobjetable, pues ella contribuye decisivamente con la administración de justicia, haciendo de la determinación y delimitación de las formas de intervención una labor racional y justa. Asimismo, coopera con el objetivo de lograr una dogmática penal que ayude a dar soluciones prácticas a los casos concretos.

El presente trabajo no pretende agotar la exposición y discusión de todos los tópicos de la teoría —el espacio asignado resulta insuficiente para esta empresa—. Mi objetivo es más bien presentar y fundamentar mi propia concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber.

II. El problema

§ 3. La problemática en torno a la teoría de los delitos de infracción de deber está estrictamente vinculada a la *determinación y delimitación* de las formas de intervención en los delitos cuya estructura típica presupone un deber especial en el autor; por ejemplo, el delito de administración infiel de patrimonio de propósito exclusivo, los delitos cometidos por funcionarios públicos o los delitos de omisión. La cuestión puede ser planteada del siguiente modo: ¿cómo distinguir entre autores y partícipes en este tipo de delitos? La respuesta supone el hallazgo y la fundamentación de un criterio que permita identificar al autor del suceso delictivo y trazar una línea demarcatoria entre autores y partícipes en los tipos penales que presuponen (normativamente) un deber jurídico especial para el autor (distinto al deber general que compete a todos los ciudadanos).

Abordar este problema es mucho más difícil en aquellos casos donde existe una intervención conjunta de personas especialmente obligadas (*intranei*) y personas no obligadas (*extranei*). En este ámbito, la problemática del agente doloso no cualificado es especialmente relevante, como ya lo observaron *Merkel*³ en 1889 y *Nagler*⁴ en 1903. Aquí, resulta paradigmática la cuestión referida a la delimitación entre autores y partícipes en los delitos de corrupción de funcionarios públicos. Por ejemplo, cuando un juez que conoce una causa pide a su amigo (no funcionario) que solicite una dádiva a una de las partes para favorecerlo en la sentencia. Ocurre lo mismo en los delitos que suponen una especial confianza para la gestión de un patrimonio, como el fraude en la administración de patrimonio de propósito exclusivo o la apropiación ilícita. Aquí, puede citarse como ejemplo el caso en el que el administrador del patrimonio solicita a un tercero que se apropie del patrimonio para luego repartirse el botín. En Alemania, actualmente esta discusión se presenta sobre todo en la solución de los problemas de autoría y participación en el delito de administración infiel del § 266 StGB, en el caso del administrador de un patrimonio (*intraneus*)

NK: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch; StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán); ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

1 Ver *Sánchez-Vera* *Pflichtdelikt und Beteiligung* - Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, Berlín (Alemania) 1999.

2 Ver *Pariona* *Täterschaft und Pflichtverletzung* - Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten, Baden-Baden (Alemania) 2010.

3 *Merkel* *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, p. 141.

4 *Nagler* *Die Teilnahme am Sonderverbrechen* - Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903, pp. 69 s.

quien instiga a un particular no cualificado (*extraneus*) a la apropiación del patrimonio confiado a él.

§ 4. En estos casos, ha sido siempre problemático distinguir entre autores y partícipes. La autoría del *intraneus* no es evidente, pues éste no toma parte en la ejecución externa del hecho. Tampoco es clara la autoría del *extraneus*, ya que éste no tiene la cualificación exigida para la autoría. En la doctrina, el pensamiento *monista* basado en la *teoría del dominio del hecho* no ha ofrecido hasta ahora una solución convincente. Por el contrario, una aplicación consecuente de sus postulados no sólo lleva a la impunidad del “hombre de atrás” *intraneus*, sino también a la del “hombre de adelante” *extraneus*. El *intraneus* no podría ser autor porque en los casos descritos carece de un dominio real del hecho. Así, por ejemplo, en el caso del juez cohechador planteado *supra*, el dominio del evento criminal lo tiene más bien el *extraneus* que solicita la dádiva o, en el caso del delito de administración infiel, el agente no cualificado que sustrae los bienes de la masa patrimonial que el “factor fiduciario” (“administrador”) tiene bajo su cuidado. Pero, de la impunidad del *intraneus* no puede derivarse, sin más, la autoría del *extraneus*, pues para esto sería necesaria la especial cualificación exigida por el tipo penal. Incluso un intento menos pretencioso como es el de responsabilizar al *extraneus* a título de cómplice, está destinado al fracaso desde que el principio de accesoriedad impone como condición para la relevancia punible de la participación, la existencia de una autoría, que es precisamente lo que aquí no existe. ¡Los resultados de la teoría del dominio del hecho en el tratamiento de la problemática de la autoría y participación en delitos cuya estructura típica supone deberes especiales para el autor son dogmáticamente inaceptables!

§ 5. Es recién con la teoría de los delitos de infracción de deber, que esta problemática encuentra una solución clara y convincente. Según los postulados de aquélla, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante *extraneus* es sólo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría. Aquí, por supuesto, no juega ningún rol el dominio del hecho.

De aquello se puede concluir correctamente que el *intraneus* es autor mediato, puesto que lo que hace es

realizar la acción típica “a través de otro” infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el “dominio del hecho”, el *extraneus* es sólo un cómplice; él no puede ser autor porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo. Este planteamiento, que aquí se señala resumidamente, es la contribución más importante de la teoría de los delitos de infracción de deber a la ciencia del Derecho Penal: haber ofrecido una solución clara para este “eterno” e “irresoluble” problema.

III. Surgimiento y desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber en la ciencia del Derecho Penal

§ 6. La teoría de los delitos de infracción de deber fue creada por *Claus Roxin*. En 1963, en su libro “Autoría y dominio del hecho”, él desarrolló la infracción de deber como criterio para la determinación y delimitación de la autoría⁵. Según la concepción de *Roxin*, el autor es la figura central en la realización de la acción típica. El partícipe es, en cambio, sólo una figura accesoría que contribuye al hecho del autor mediante una intervención motivacional o ayudándolo. Aquí, el concepto de “figura central” se concretiza en tres criterios diferentes: En primer lugar, en el “dominio del hecho”, que es el criterio decisivo para la autoría en la mayoría de los delitos. Autor del delito será aquí quien *domina* el evento que lleva a la realización del delito; si bien el partícipe interviene (e influye) en el suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito (*delitos de dominio*). En segundo lugar, en la “ejecución de propia mano”. La legislación penal ha previsto delitos en los que sólo puede tenerse como figura central de la realización del delito a quien realiza el tipo penal de propia mano; luego, aquí el elemento decisivo es la intervención directa en la realización material del delito (*delitos de propia mano*). Finalmente —repárese en esto— el concepto superior de “figura central” se concretiza en el criterio de la “infracción del deber”. En la ley penal existe un tercer grupo de delitos, cuya autoría sólo puede recaer en quien ha infringido un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas (*delitos de infracción de deber*)⁶.

Según la teoría de los delitos de infracción de deber de *Roxin*, la figura central del evento criminal en el que intervienen varias personas será quien lesiona el deber

5 *Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 1963. El trabajo ha alcanzado una octava edición (2006).

6 *Roxin* (nota 5) pp. 352 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, p. 17; *el mismo*, AT II § 25, n. marg. 14.

especial previo al tipo y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. Aquí, son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado⁷. Así por ejemplo, el funcionario público que instiga a un tercero que no tiene esta condición a realizar el resultado típico previsto por el § 348, párrafo 1 del StGB, es autor del delito de falsificación de documentos cometido por funcionario público, pese a no haber tenido el dominio del hecho. Esto es así porque el agente ha lesionado el bien jurídico contenido en el tipo a través de la infracción del deber especial extrapenal a cuya observancia estaba obligado. En cambio, el *extraneus* es solamente un cómplice del autor, pues aunque tiene el dominio sobre la acción y según las reglas del dominio del hecho sería autor; sin embargo, no tiene ningún deber especial⁸.

La característica distintiva de la teoría de los delitos de infracción de deber de *Roxin* es la naturaleza del deber especial, cuya infracción convierte en autor al obligado especial. Según su opinión, lo que fundamenta la autoría *no es el deber general* que surge del tipo penal, cuya “infracción provoca la sanción prevista en el tipo”⁹, sino un *deber especial* que no recae en todas las personas. Para *Roxin*, éste es un deber *extrapenal*. Los deberes especiales están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otros ámbitos del Derecho, como por ejemplo, los deberes del funcionario público (Derecho Público), los deberes de reserva o secreto de ciertas profesiones o los deberes de fidelidad en la administración de patrimonios ajenos (Derecho Civil). En ese sentido, los “especialmente obligados se distinguen entre los demás intervinientes por la relación especial que guardan con el contenido del injusto del hecho y que el legislador solamente por esta posición de deber le considera la figura central de evento y con ello como autor”¹⁰.

§ 7. En la dogmática del Derecho Penal la teoría de los delitos de infracción de deber se ha posicionado y hoy es objeto de intensa discusión. Un amplio sector de la doctrina la ha asumido y, en parte, ha continuado desarrollándola. Particular es el caso de *Jakobs* quien

ha asumido la teoría integrándola a su propio sistema¹¹ bajo una concepción normativa pura del Derecho Penal. En esta misma línea, *Sánchez-Vera*, discípulo de *Jakobs*, ha logrado sistematizar una concepción normativa pura de los delitos de infracción de deber en una obra dedicada al tema. Sin embargo, los postulados dogmáticos y las consecuencias prácticas de esta corriente normativa son muy discutibles. De los aspectos críticos de esta concepción normativa, en el presente trabajo sólo pondré de relieve el siguiente: La perspectiva metodológica de considerar la teoría de los delitos de infracción de deber como una teoría de la imputación del injusto y no como una teoría cuyo objetivo es solucionar los problemas de autoría y participación, es criticable. No es posible sostener —como veremos más adelante— que la infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico penal.

§ 8. En la actualidad, la teoría de los delitos de infracción de deber se ha consolidado científicamente. Sin embargo, en la actualidad aún existen algunas críticas contra sus postulados. Puede mencionarse, como ejemplo, la objeción que señala que no sería plausible recurrir a deberes especiales extrapenales para la fundamentación de la autoría penal¹². Las críticas ponen de relieve que el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber no ha concluido y que es todavía una tarea pendiente para la ciencia del Derecho Penal.

IV. Los delitos de infracción de deber-Concepción personal

§ 9. En razón al espacio concedido, en la presente contribución no trataré toda la problemática de la teoría de los delitos de infracción de deber. Esta tarea ya ha sido acometida en un trabajo anterior al cual remito para mayores detalles¹³. El objetivo de la presente contribución es más bien presentar y fundamentar mi propia concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber, pues recién desde un punto de vista propio se puede valorar correctamente la problemática, premisas y alcances de la teoría y sus consecuencias dogmáticas.

7 Cfr. *Roxin* AT II § 25, n. marg. 268.

8 *Roxin* (nota 5) p. 361; *el mismo*, AT II § 25, n. marg. 271 ss.

9 *Roxin* (nota 5) p. 354; LK-*Roxin* § 25, n. marg. 37.

10 *Roxin* (nota 5) p. 354.

11 Cfr. *Jakobs*, AT, 21/116, 119; *el mismo*, Tun und Unterlassen, p. 31, nota 72. El desarrollo teórico que lleva adelante *Jakobs* va en una dirección distinta a la de *Roxin*; ello es subrayado por sus discípulos *Lesch*, GA 1994, p. 126; *el mismo*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, pp. 130, 131 y *Sánchez-Vera* (nota 1) pp. 29 ss., 34 ss.

12 LK-*Schünemann* § 14, n. marg. 17.

13 Al respecto, en detalle *Pariona* (nota 2) pp. 17 ss.

Como a continuación se verá, la fundamentación de mi concepción se basa en dos ideas.

1. La infracción del deber especial como criterio de la autoría

§ 10. La primera idea sobre la cual gira mi concepción de los delitos de infracción de deber puede expresarse del siguiente modo: *la infracción del deber especial fundamenta la autoría y no el injusto*. En tal sentido, la infracción del deber constituye el *criterio* dogmático por excelencia para determinar y delimitar la *autoría* en los delitos que suponen la existencia de un deber especial¹⁴.

Sin embargo, entre los partidarios de la teoría existen algunas voces discrepantes que defienden la tesis de que la infracción del deber no sólo fundamenta la autoría, sino también el injusto, esto es, que constituye la razón de la punición del comportamiento¹⁵. Esta es la postura defendida por *Jakobs* y algunos de sus discípulos. Para esta corriente doctrinaria la inobservancia de los deberes especiales (deberes en virtud de competencia institucional) sería el fundamento de la responsabilidad penal. Para esta concepción, la razón de la imputación sería la infracción de deber, la que llevaría consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una “*institución*” positiva fundamentaría siempre la punibilidad del autor¹⁶. En suma, en la infracción del deber radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal.

§ 11. La concepción de esta corriente doctrinaria no convence porque funde dos planos analíticos distintos lo que trae como consecuencia un resultado nada trivial: la puesta en cuestión del orden sistemático. En efecto, se confunde la teoría de la autoría y la participación, cuyo objetivo es la búsqueda del *criterio* o *criterios* que permitan determinar y delimitar las distintas formas de intervención en el delito, con la teoría del injusto, que tiene por finalidad determinar el *fundamento* general de la imputación jurídico-penal.

En la discusión dogmática, la “infracción del deber” surge, superando a los criterios subjetivos (teoría de la voluntad y teoría de los intereses) y al dominio del hecho, como *criterio* para determinar y delimitar a au-

tores de partícipes en delitos cuyos tipos penales suponen deberes especiales. Luego, la “teoría de los delitos de infracción de deber” es un modelo explicativo de la problemática de la intervención en el delito; con ello queda claro que el mencionado criterio y la teoría que la sustenta no pretende entonces explicar o solucionar la problemática del injusto. Consecuentemente, sólo constituye un fundamento para la autoría y en ningún caso la razón de la punición.

Pero, incluso en el propio ámbito de la teoría del injusto, la concepción de la infracción del deber como fundamento del injusto no puede ser compartida. La punibilidad no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber porque aquélla requiere también un contenido material definido por la afectación del bien jurídico protegido por la norma. Entonces, el fundamento de punición no sólo radica en la infracción de un mandato normativo, sino también —y necesariamente— en la realización de un daño social. Por consiguiente, todo injusto penal presupone una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido. Así, por ejemplo, el prevaricato tiene que ser entendido —contrariamente a la concepción de *Jakobs*¹⁷— no como simple infracción del deber, sino también como afectación del bien jurídico administración de justicia¹⁸.

2. El deber que fundamenta la autoría es un deber penal especial

§ 12. La segunda idea en torno a la cual gira mi concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber puede expresarse de la siguiente forma: *los deberes que fundamentan la autoría tienen naturaleza penal*. Este fundamento es producto de la construcción teórica que desarrollo, donde hago útil y fructífera la “doctrina de la autonomía del Derecho Penal en la formación de conceptos” para dar solución a los problemas de autoría y participación, más concretamente, para resolver la problemática de la determinación y delimitación de las formas de intervención en los delitos de infracción de deber.

Según la teoría de los delitos de infracción de deber, el criterio para la determinación y delimitación de las

14 Este postulado se basa en la opinión original de *Roxin*, según la cual la infracción del deber sería *criterio de autoría*, cfr. *Roxin* (nota 5) p. 385; p. 739, nota 752.

15 En este sentido *Sánchez-Vera* (nota 1) pp. 180 ss., quien ha hecho de esta conclusión la base de su concepción. Cfr. También *Jakobs* AT 2/2.

16 *Sánchez-Vera* (nota 1) p. 199.

17 *Jakobs* FS *Jakobs*, 2003 (Bogotá), 43.

18 *Roxin* AT I § 2, n. marg. 113.

formas de participación es la infracción del deber. Cada delito de esta clase supone en el agente un deber especial cuya infracción precisamente permite atribuirle el delito como autor. Sin embargo, este deber no puede confundirse con el deber general contenido en cada tipo penal, esto es, con el deber de “no cometer delitos” y con ello de “no afectar ningún bien jurídico ajeno”. No se trata, por consiguiente, de aquel deber cuya infracción constituye el fundamento de la punición (conjuntamente con la afectación del bien jurídico), sino más bien de otro deber; un deber especial contenido en determinados tipos penales y cuya utilidad dogmática es relevante en el ámbito de la autoría y la participación.

Desde el surgimiento de los delitos de infracción de deber, *Roxin* ha considerado que estos deberes son *extrapenales*. Según su concepción, los deberes especiales no son aquellos que surgen de la norma penal (cuya inobservancia provoca la sanción prevista por el tipo), sino más bien deberes extrapenales como los deberes de función de Derecho público o los de fidelidad del Derecho civil, que son necesarios para la configuración típica¹⁹. Autor sería quien lesione el deber especial extrapenal que está detrás del tipo.

§ 13. La concepción de los delitos de infracción de deber defendida en el presente artículo, se aparta de la concepción de *Roxin*. En mi opinión, los deberes que fundamentan la autoría son *deberes penales*.

En consecuencia, debe subrayarse en primer lugar, que no se trata de deberes *extrajurídicos*. La autoría no puede fundamentarse en estructuras extrajurídicas, ya sean ontológicas, sociales, éticas o filosóficas²⁰. Eso no significa, por cierto, que los deberes no tengan como substrato tales entidades prejurídicas, pues los deberes son también una expresión de valores y representaciones sociales y éticas. Sin embargo, los deberes extrajurídicos carecen de un significado directo para la dogmática del Derecho Penal y sólo adquieren relevancia con su reconocimiento por el ordenamiento jurídico²¹.

Pero, la concepción aquí defendida también postula que los deberes especiales no pueden tener un carácter

extrapenal. No pretendo negar el significado social de los deberes jurídicos de otros ámbitos jurídicos. Éstos regulan (con consecuencias jurídicas) las relaciones entre una persona y un bien, pero de su infracción no se derivan consecuencias penales. Sólo cuando dichos deberes son recogidos y transformados por los tipos penales es que adquieren relevancia para el Derecho Penal. Esto es así porque el Derecho Penal sólo puede trabajar con conceptos penales.

Desde otra perspectiva, esto significa que los deberes especiales tienen como substrato una relación especial entre la persona y el bien jurídico; por ejemplo, la relación entre el administrador y el patrimonio que se le confía o la que existe entre el funcionario público y el Estado. Estas relaciones entre las personas y los bienes jurídicos son aseguradas de diversas maneras por el Derecho teniendo en cuenta el fin particular de cada ámbito jurídico. Así, por ejemplo, la protección del patrimonio se realiza de distintas maneras dependiendo de si es efectuada por el Derecho Civil o el Derecho Público. El primero tiene como objetivo la seguridad del tráfico jurídico; el segundo, la paz social. El aseguramiento de esta relación a través del Derecho Penal hace surgir deberes penales cuyo objetivo y contenido es la protección completa y amplia del bien²², independientemente de consideraciones extrapenales.

Por lo tanto, aquéllos deberes originados en otro ámbito (sea en un ámbito extrajurídico, como por ejemplo la moral; o en un ámbito extrapenal, como el Derecho Civil), tienen significado para el Derecho Penal únicamente cuando son sometidos a una “adecuación” a un concepto jurídico penal, es decir, cuando son transformados. Consecuentemente, términos como “ley”, “cosa”, “daño”, “institución” tienen que ser adecuados a la Teoría del Derecho Penal para que puedan constituirse en elementos del discurso penal, esto es, para que se conviertan en conceptos jurídico-penales²³.

§ 14. La autonomía en la formación de conceptos del Derecho Penal puede observarse claramente en el concepto de causalidad. Como ya se ha constatado, los

19 *Roxin* (nota 5) pp. 354 ss.; LK-*Roxin* § 25, n. marg. 37.

20 Los deberes éticos no fundamentan ningún deber jurídico penal, cfr. *Vogel* Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, p. 125; SK-*Rudolphi* § 13, n. marg. 19; *Sax* JZ 1975, 139; *Stratenwerth/Kuhlen* AT I § 13 n. marg. 37; *Kühl* § 18, n. marg. 41; *Sch/Sch/Stree* § 13, n. marg. 7; *Wessels/Beulke* AT § 16, n. marg. 717. Según el BGH, los mandatos de buenas costumbres puros (rein sittlichen Gebote) no tienen relevancia jurídico penal, BGHSt 7, 271; BGHSt 30, 393.

21 Cfr. *Stein* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, pp. 209 ss.

22 Los otros tienen solamente el deber de no dañar el bien. Los especialmente obligados, por el contrario, tiene un deber “especial” frente al bien, a saber, no solamente de no dañar el bien, sino también el deber de proteger el bien.

23 Cfr. *Fahl* Jura 2005, 274; *Graul* JuS 2000, 215; *Gropp* JuS 99, 1041; *Küper* JZ 1993, 435; *Schlüchter* JuS 1993, 19.

conceptos de las ciencias naturales sólo son obligatorios para el Derecho Penal cuando han experimentado una adaptación. Si bien el Derecho Penal puede servirse de los resultados de las ciencias naturales para la constatación de la causalidad, aquéllas no pueden ofrecer soluciones predeterminadas y completas para las cuestiones penales, pues, por ejemplo, en el caso de la causalidad ésta se presenta de modo distinto para el penalista y el físico²⁴.

También el concepto de “cosa” grafica claramente la referida autonomía. ¿Debe regir completamente para el Derecho penal el concepto de “cosa” del Derecho Civil, esto es, con su contenido y significado original? En mi opinión, una solución dogmáticamente correcta debe llevar a la conclusión de que el Derecho Penal debe seguir sus propios conceptos y, consecuentemente, debe elaborar una propia definición de “cosa”: “Lo que se debe entender por cosa y cosa corporal, sólo lo puede decidir la interpretación de la ley penal”, y esto ocurre “independientemente de las definiciones de cosa en el ordenamiento jurídico de derecho privado”²⁵. Por ejemplo, la doctrina considera unánimemente la lesión en la integridad corporal de un animal como un delito de daños. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho Civil los animales no son cosas (§ 90a BGB). Pero, muy a pesar de esto, el Derecho penal considera a los animales como “cosas” y, por ello, subsume las lesiones que se les ocasionan en el tipo penal de daños (§ 303 StGB)²⁶.

Esta ostensible autonomía en la formación de los conceptos penales que había acompañado a la ciencia²⁷ fue reforzada y consolidada por el Tribunal del Impe-

rio alemán en 1899 cuando señaló que los conceptos jurídico penales “sólo pueden ser extraídos de las *leyes penales vigentes*”²⁸. Esta doctrina es actualmente defendida también por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*). En reiterada jurisprudencia, el Tribunal señala expresamente que: “(...) no comparte la opinión, según la cual un deber de fidelidad penal se funda sobre una base de carácter jurídico civil”, “en la jurisprudencia se reconoce que deberes u obligaciones de carácter civil no fundamentan una relación de fidelidad en el sentido del § 266 StGB”; pues “no es objetivo de esta prescripción normativa sancionar con pena por el *delito de infidelidad* la infracción de deberes u obligaciones de prestaciones o contraprestación que se basan en la buena fe”²⁹.

§ 15. La autonomía de los conceptos jurídico penales se puede constatar también en el marco de la discusión acerca de la fundamentación de los deberes de garante en el ámbito de los delitos de omisión. Según la concepción aquí defendida, los deberes extrapenales no pueden fundamentar deberes de garante. Los criterios materiales se basan en construcciones penales cuyo punto de partida es el tipo penal. La lesión de deberes extrapenales no genera sin más consecuencias penales³⁰. Así, por ejemplo, no es lógico ni defendible que una niñera que infringe su deber de supervisión y no impide con ello la muerte del niño cuyo cuidado le ha sido confiado, deba permanecer exenta de castigo solamente porque el contrato firmado entre ella y los padres mediante el cual asumió el cuidado del niño fue declarado civilmente nulo por razones formales³¹. Esta

24 Puppe ZStW 92 (1980), 864 s.

25 RGSt 32, 165 (179).

26 El tratamiento de los animales como cosas no se apoya en el pensamiento de que aquí existe (excepcionalmente) una analogía (NK-*Kindhäuser* § 242, n. marg. 7); también la prescripción jurídico civil del § 90a BGB es aquí irrelevante (Cfr. *Lackner/Kühl* § 242, n. marg. 2), pues el Derecho penal construye sus propios conceptos, cfr. además *Fahl* Jura 2005, 274. *Küper* BT, p. 255, anota además: Según el Código civil, los animales no son cosas. Sin embargo en el Derecho penal se ha impuesto la concepción según la cual los animales como “objetos corporales” son cosas: Autonomía del concepto de cosa penal; Validez del § 90a BGB sólo para el Derecho civil.

27 Cfr. sólo *Faust* Zur möglichen Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Parteispenden, 2006, p. 68; *Stratenwerth/Kuhlen* AT I § 13, n. marg. 22; *Fahl* Jura 2005, 274; *Dießner* Die Unterlassungsstrafbarkeit der Kinder- und Jugendhilfe bei familiärer Kindeswohlgefährdung, 2008, p. 213; *Gropp* JuS 99, 1041; *Herzberg* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, p. 336; *Nikolaus*, JA 2005, 609.

28 RGSt 32, 165 (179).

29 BGHSt 28, 23. Ferner BGHSt 1, 186 (188); BGHSt 22, 190 (191); BGHSt 5, 187; BGHSt 6, 314 (317).

30 *Grünewald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, 2001, pp. 124 ss.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT I § 13, n. marg. 24; NK-*Wohlers* § 13, n. marg. 31; *Otto/Brammsen* Jura 1985, 532 ss.; LK-*Weigend* § 13, n. marg. 21; *Wessels/Beulke* AT § 17, n. marg. 717; *Sangenstedt* Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989, pp. 181 ss.

31 NK-*Wohlers* § 13, n. marg. 31; LK-*Weigend* § 13, n. marg. 21. Ferner *Böhm* Garantenpflichten aus familiären Beziehungen - Zur Deutung des § 13 Abs. 1 StGB als Blankettvorschrift, 2006, pp. 51 ss.; *Seibert* Die Garantenpflichten beim Betrug, 2007, pp. 123 ss.

solución sería defendible sólo si la fundamentación de la autoría considerara también los deberes especiales existentes fuera del Derecho penal.

Sin embargo, para la fundamentación de la autoría en el ámbito del Derecho penal, no son vinculantes los deberes extrapenales. Esto quiere decir que para la determinación de un deber especial que fundamente la autoría es necesario una formación autónoma de conceptos, a saber, una formación de conceptos penales. Así, las contingencias que provengan de otros ámbitos jurídicos, no afectarán las especiales finalidades del Derecho penal. Esto se puede observar claramente en el ejemplo de la niñera, visto desde la perspectiva aquí planteada, la nulidad del contrato civil mencionado no afectará la responsabilidad penal de la persona que tiene a cargo el cuidado del niño. La niñera tiene un deber especial penal de cuidado, de impedir resultados dañosos para el bien jurídico, en suma, tiene una posición de garante. Los deberes jurídico-civiles se basan en especiales consideraciones de política social o política económica y por ello no pueden ser trasladados automáticamente hacia el derecho penal³².

§ 16. Sobre la base de lo expuesto puede concluirse preliminarmente que el Derecho Penal es autónomo en la elaboración conceptual de los deberes especiales. Los conceptos provenientes de otros ámbitos jurídicos (donde se incluyen los deberes) no vinculan directamente al Derecho Penal, cuando no se han adecuado a su contenido y sentido. Los deberes penales (entre los que se encuentran los que fundamentan la autoría) sólo pueden ser extraídos de las prescripciones penales. Esto también resulta válido para los delitos de omisión. De esto se sigue que los deberes de evitación del resultado son deberes penales, pues la infracción de deberes u obligaciones de carácter civil no basta para la imposición de consecuencias penales. Para la determinación de deberes jurídico-civiles puede ser relevante la seguridad jurídica civil o el tráfico jurídico; sin embargo, para el Derecho Penal esto permanece fuera de su ámbito de consideración³³. Por consiguiente, los deberes jurídicos de otros ámbitos de regulación no se extienden automáticamente al Derecho Penal³⁴. Antes bien, sólo los deberes jurídico

penales, es decir, aquellos que emergen de la interpretación de prescripciones penales, poseen relevancia penal. En consecuencia, tanto aquellos deberes que fundamentan la punibilidad (junto con la afectación del bien jurídico), como aquellos que determinan la autoría (más exactamente, aquellos cuya infracción no fundamenta la punibilidad sino la autoría) son de naturaleza penal.

V. La consolidación de un nuevo concepto de autor

§ 17. El desarrollo de una teoría de los delitos de infracción de deber sobre la base de estas dos ideas expuestas ayuda a plasmar un modelo teórico coherente y consistente. En adelante, deberá entenderse a *los delitos de infracción de deber como aquellos en los cuales la figura central del evento criminal se encuentra vinculado por un deber especial de carácter penal*. Consecuentemente, el *criterio* para la determinación y delimitación de la autoría y participación en estos delitos será *la infracción del deber especial de carácter penal*. Autor será quien infringe el deber especial penal, participe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial.

Mi concepción de los delitos de infracción de deber trae consigo un nuevo concepto de autor, el cual contribuye decisivamente a la explicación dogmática de la cuestión de la determinación y delimitación de las formas de intervención en los tipos que presuponen una posición de deber del autor (delitos de infracción de deber). En el caso del juez que encarga a un tercero solicitar una ventaja económica a una de las partes que intervienen en el proceso para favorecerla con su decisión, no es el juez, sino más bien el tercero quien tiene el dominio del hecho del evento delictivo, pues sólo éste tiene en sus manos la manera en la que realizará el pedido, sea a través de una conversación personal con el litigante, por medio de una carta, por teléfono o de otra manera. Igualmente, también el desplazamiento del patrimonio está sólo en sus manos. Sin embargo, pese a ello, el tercero no puede ser autor del delito cometido (corrupción según § 332 StGB), pues a pesar de tener el dominio del hecho, carece del deber especial de carácter penal —deber de garantizar la corrección del ejercicio de las funciones y con eso su protección frente

32 Grünwald (nota 30) pp. 124 ss.; Dießner (nota 27) p. 213; v. Coelln Das "rechtliche Einstehenmüssen" beim unechten Unterlassungsdelikt - Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen, 2007, p. 90; Faust (nota 27) p. 68.

33 Faust (nota 27) p. 68; Stratenwerth/Kuhlen AT I § 13, n. marg. 22.

34 Herzberg (nota 27) p. 336. Además Nikolaus JA 2005, 609; Dießner (nota 27) p. 213.

35 Cfr. Maurach/Schroeder/Maiwald BT II § 79, n. marg. 9; Gössel/Dölling BT I § 75, n. marg. 1 ss., 20 ss.; MK-Korte § 332, n. marg. 2 ss.; Arzt/Weber BT § 49, n. marg. 1 ss., 16 ss.

a la venta de la función pública y a la venalidad de los empleados³⁵— y por consiguiente, no lo puede lesionar. Por el contrario, que el juez carezca del dominio del hecho no lo exime de ser la figura central del evento criminal, pues él, poseedor de un deber especial, lo ha infringido. Por lo tanto, en el ejemplo planteado, el juez es el autor por haber infringido su deber especial de carácter penal y el tercero es sólo un cómplice.

1. La irrelevancia del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber

§ 18. El ejemplo planteado *supra* confirma que para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber no se necesita recurrir más al dominio del hecho. La autoría se funda exclusivamente en la infracción del deber penal especial. A pesar de que el juez no tiene el dominio del hecho, sólo él es el autor, pues él infringe el deber especial de carácter penal; el tercero, por el contrario, es sólo un cómplice, pues interviene en el hecho sin tener un deber especial.

Pero los casos de intervención de los especialmente obligados no se limitan únicamente a una intervención sin dominio del hecho. Se observa también grupos de casos en los cuales el especialmente obligado actúa dominando el hecho criminal e infringiendo su deber especial. Basta mencionar como ejemplo el caso del administrador del patrimonio que conjuntamente con un *extraneus* afecta el patrimonio confiado, perpetrando una apropiación conjunta (activa) de éste (§ 266 StGB). Aquí, el obligado especial no sólo tiene el (co) dominio del evento delictivo, sino que al mismo tiempo infringe también el deber legal especial que recae sobre él. Pero, también en este caso la autoría es fundamentada únicamente por la infracción del deber. También aquí, el administrador del patrimonio, como poseedor del deber especial, es autor y el *extraneus*, un simple cómplice. Luego, la consecuencia del nuevo concepto de autor es que para la determinación de la autoría en estos delitos sólo es relevante el criterio de la infracción del deber. No es relevante en modo alguno si el obligado especial tiene el dominio del hecho o no.

2. La irrelevancia de la forma de comisión

§ 19. La consolidación de la “infracción del deber especial de carácter jurídico penal” como nuevo criterio para la determinación de la autoría, trae como consecuencia que la forma de ejecución del hecho pierda significado. Por ejemplo, el policía competente para el cuidado de un prisionero será siempre el autor, sin importar si es el mismo quien lesiona al prisionero o si sólo mira pasivamente cómo lo hace otro. La falta de relevancia en la forma en que se perpetra el delito es reconocida en la literatura como un elemento importante de los delitos de infracción de deber³⁶. Se ha subrayado que si esto fuera llevado a sus últimas consecuencias, conduciría a la desaparición de la vieja diferenciación entre delitos de acción y delitos de omisión construida sobre criterios ontológicos y daría lugar a una nueva distinción entre delitos de acción y delitos de infracción de deber (*Handlungs- und Pflichtdelikten*) que, en sentido amplio, se basaría en criterios normativos³⁷.

3. Distinción entre delitos especiales y delitos de infracción de deber

§ 20. Asimismo, del nuevo concepto de autor se puede extraer otra conclusión: los “delitos de infracción de deber” son distintos de los “delitos especiales”³⁸. Se trata de dos categorías conceptuales diferentes, que se ubican en planos distintos y que surgen de dos modos diversos de clasificar los delitos, a saber, “delitos comunes/delitos especiales” y “delitos de dominio/delitos de infracción de deber”. Si bien en muchos casos ambas categorías coinciden formalmente, ellas tienen contenidos y funciones diferentes.

Los “delitos de infracción de deber” suponen siempre y necesariamente un deber especial en la persona del autor. Se trata de un deber especial de carácter penal que es extraído del tipo y que impone al autor la obligación de protección del bien jurídico. Ejemplos de delitos de infracción de deber en el ordenamiento jurídico peruano son los delitos de “Administración infiel de patrimonio de propósito exclusivo”, cohecho, apropiación ilícita. Los delitos de infracción de deber

36 *Sch/Sch/Cramer/Heine* § 25, n. marg. 5 78; *Volk* FS Tröndle, 1989, 224; *Jakobs* AT 7/70; *Witteck* Der Betreiber im Umweltstrafrecht - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Pflichtdelikten, 2004, p. 99; *Sánchez-Vera* (nota 1) p. 150; *Lesch* (nota 11) pp. 131 ss.

37 *Witteck* (nota 36) p. 99; *Dreher*, GA 1971, 218.

38 La diferencia entre “delitos de infracción de deber” y “delitos especiales” es puesta de relieve en la doctrina, si bien no siempre con el mismo fundamento y no siempre con el mismo ámbito de validez, cfr. *Roxin* (nota 5) pp. 353, 354; *Jakobs* AT 23/24, 23/25. En la misma dirección también *Witteck* (nota 36) pp. 100, 101; *Sánchez-Vera* (nota 1) pp. 36, 37.

son definidos en función al deber especial del autor y a la función que cumple este deber en la determinación y delimitación de la autoría y la participación. Precisamente, “la infracción del deber especial” constituye el *criterio* que permite determinar la autoría. Así, por ejemplo, la infracción del deber de fidelidad en la administración de patrimonio fideicometido es el *criterio* que permite determinar quién es el autor y quién el partícipe, en caso de intervención de varias personas en este delito. Autor será únicamente quien posea e infrinja este deber especial, todos aquellos que intervengan en el evento delictivo sin poseer este deber especial serán sólo cómplices. En el Derecho alemán, ejemplos de delitos de infracción de deber son la infidelidad (§ 266 StGB) y corrupción (§ 332 StGB), pues la autoría en estos tipos penales presupone un deber especial del agente cuya infracción fundamenta la autoría.

En cambio, en los “delitos especiales”, el autor no es necesariamente portador de un deber especial. Ejemplo de un delito especial que no contiene deber especial es el delito de “amotinamiento”. Lo que identifica a los delitos especiales es el *elemento típico especial* que caracteriza a la persona del autor. La función que cumple este elemento en los delitos especiales es determinar el círculo de posibles autores³⁹. Por ejemplo, el elemento “detenido o interno” determina sólo el círculo de posibles autores y, por consiguiente, los destinatarios de la norma; así sólo aquellas personas que tengan la calidad de “detenido o interno” podrán entrar en consideración como posibles autores del tipo penal bajo análisis⁴⁰. Sin embargo, este elemento en sí mismo *no constituye el criterio* que permite determinar quién es el autor y quién el partícipe. Así, por ejemplo, en caso de intervención de varias personas en el hecho delictivo, el elemento “detenido o interno” no permite determinar quién es el autor y quiénes los partícipes. No todos los “detenidos o internos” que intervengan serán considerados automáticamente autores, sino solamente aquellos que realizaron todos los elementos del tipo penal. En caso del tipo penal del amotinamiento, solamente los detenidos que se

amotinen atacando o ejerciendo violencia contra los custodios serán considerados autores. Aquel “detenido o interno” que intervenga en el hecho sin realizar estos actos contra los custodios será considerado sólo un partícipe. ¡Esto confirma que el elemento típico que caracteriza a los delitos especiales *no cumple la función de criterio de determinación de la autoría!*

Adicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico se puede observar que gran parte de los delitos especiales coinciden con los delitos de infracción del deber; esto sucede por ejemplo en el caso de los delitos de peculado y cohecho. Éstos son delitos especiales en la medida que el elemento “funcionario público” determina el círculo de posibles autores, es decir, sólo los funcionarios públicos entrarán en consideración como autores. Pero también se tratan de delitos de infracción de deber, puesto que el tipo penal supone en el funcionario un deber especial (correcto ejercicio de la función pública) cuya infracción lo convierte en autor.

Se debe subrayar que esta coincidencia entre ambas categorías de delito es simplemente formal. Ambas categorías se diferencian materialmente, toda vez que ellas tienen contenidos y funciones diferentes. Los delitos especiales son definidos en función del elemento típico especial. En los delitos especiales, el elemento típico (p.ej. “funcionario público”) no determina las formas de intervención. En cambio, los delitos de infracción de deber son definidos en función no del *elemento típico especial*, sino en función del *deber especial* cuya infracción lo convierte en autor. En este caso, la infracción del deber especial sí constituye el criterio que determina la autoría. Finalmente, de lo expuesto se puede concluir que los delitos especiales no son *per se* delitos de dominio. Dado el caso concreto podría presentarse que un delito especial sea a la vez un delito de dominio, pero no necesariamente, como hemos visto en el caso de los delitos de peculado y cohecho. Se debe reparar más bien que se tratan de categorías distintas que en algunos casos, dada la especial configuración de cada ordenamiento jurídico, se pueden superponer.

39 Esto es reconocido en la doctrina, cfr. sólo Kraatz Die fahrlässige Mittäterschaft - Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs, 2006, S. 206, quien aclara expresamente: Las exigencias que hacen el carácter de delito especial sirven sólo a la delimitación de los posibles autores. Y Kemme Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Umweltstraftatbeständen des StGB, 2007, p. 484 f., quien señala que los delitos especiales delimitan el círculo de posibles autores.

40 En Alemania, parte de la doctrina considera que el elemento “funcionario público” previsto en el § 332 StGB, determina el círculo de posibles autores, cfr. LK-Walter vor § 13, n. marg. 58; Otto AT § 4, n. marg. 18; Fischer § 331, n. marg. 4. Además, señala Munz Haushaltsuntreue - Die zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB, 2001, pp. 57 s., en relación al § 266 StGB: El tipo se caracteriza porque la cualidad del sujeto de la acción prevista en la ley “delimita el círculo de autores”.

4. Diferencia entre infracción de la norma (general) e infracción de deber (especial)

§ 21. Resulta oportuno aquí considerar la crítica⁴¹ según la cual no existiría ninguna diferencia entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, en tanto ambos grupos de delitos presuponen una infracción de la norma. En esta dirección se orienta la opinión de *Maurach/Gössel/Zipf*: las normas, con su pretensión de deber ser, fundamentan deberes de respeto a los bienes jurídicos, por eso cada infracción normativa sería al mismo tiempo una infracción de deber. Por consiguiente, los delitos, sin excepción, serían acciones contrarias a deber. Sobre la base de esta idea los referidos autores concluyen: “por eso, la diferencia entre delitos de dominio y de infracción de deber (*Roxin*) o entre delitos de organización y de infracción de deber (*Jakobs*) no puede ser aceptada —y menos aún pueden ser aceptadas las consecuencias extraídas de ella para la teoría de la autoría—”⁴². En similar dirección se orienta también *Stein*⁴³, quien refiere que si el objetivo de las normas de comportamiento radica siempre —y exclusivamente— en la protección del bien jurídico, la “infracción del deber” no sería otra cosa que el ataque a un objeto concreto de dicho bien. Luego, la infracción del deber, que lleva consigo el *intra-neus* de un delito especial, no podría distinguirse de la infracción del deber que comete el autor o partícipe de un delito común⁴⁴.

§ 22. La tesis de la “identidad de los deberes” debe ser rechazada, en tanto parte de premisas equivocadas. Si bien todo delito es expresión de infracción de una norma, y por tanto de un deber, sin embargo, no todos los deberes son iguales, ni están dirigidos a los mismos destinatarios. En el ordenamiento jurídico existen tipos penales de los cuales surgen deberes de respeto para los bienes jurídicos que están dirigidos —y por tanto vinculan— a todos los ciudadanos. Estos son los denominados *deberes generales*. Ejemplo de estos tipos penales son los de homicidio, robo, estafa. Pero en el ordenamiento jurídico también se puede observar tipos penales de los que surgen deberes de protección dirigidos no a todas las personas, sino solamente a determinados destinatarios que tienen una posición especial frente al bien jurídico, como el juez, el fiscal o el administrador de patrimonios

ajenos, previstos en los tipos de administración infiel, corrupción de funcionarios, §§ 266 y 332 StGB. Estas personas tienen deberes especiales de protección integral de los bienes a los cuales están vinculadas jurídicamente. Son los denominados *deberes especiales*. Precisamente, en el presente trabajo he fundamentado la diferencia sustancial existente entre ambos tipos de deberes. En consecuencia, si los deberes que infringe el autor son de distinta naturaleza, estará legitimada la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

VI. Consideraciones finales

§ 23. El objetivo de la presente contribución fue exponer los fundamentos de mi propia concepción de los delitos de infracción de deber, la cual fue realizada sobre la base de dos ideas: La primera, que la infracción del deber especial *sólo fundamenta la autoría* y no el injusto; la segunda, que estos deberes especiales son de carácter *penal*. De la primera idea se extrae que la concepción que deriva de la infracción del deber el fundamento de la imputación jurídico-penal, es decir, la razón de la punición (contenido del injusto), no es convincente. Incluso en el ámbito de la teoría del injusto, la punibilidad no se agota con la infracción de un deber, sino que ella requiere la afectación de un bien jurídico. En consecuencia, el fundamento de la imputación jurídico penal —el presupuesto material del injusto—, supone el concurso de ambos elementos. La segunda idea lleva a la conclusión que los deberes que fundamentan la autoría no son deberes *extrajurídicos*, tampoco *extrapenales*, sino que se trata más bien de *deberes de naturaleza penal*, pues surgen de los tipos penales.

La conjunción de estas ideas se materializa en el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber que he efectuado y, con esto, en la fundación de un nuevo concepto de autor. En adelante, autor será quien infrinja el deber especial penal, en cambio, será partícipe quien intervenga en el hecho punible sin tener ese deber especial. Esta nueva expresión de la teoría de los delitos de infracción de deber contribuye decisivamente en la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos que presuponen deberes especiales.

41 *Maurach/Gössel/Zipf* AT II § 42, n. marg. 10 s.; *Stein* (nota 21) p. 210 f; *Otto Jura* 1987, 257.

42 *Maurach/Gössel/Zipf* AT II § 42, n. marg. 10 s.

43 *Stein* (nota 21) pp. 210 s.

44 *Stein* (nota 21) p. 210, afirma incluso que tampoco se diferencia esta infracción de deber de la infracción de deber del partícipe externo en el delito especial.