

Fecha de recepción: 1 de junio de 2015
Fecha de revisión: 15 de junio de 2015
Fecha de aceptación: 24 de junio de 2015

La condición de incumbencia especial como criterio fundante de la autoría en los delitos de infracción de deber*

*Diego Fernando Victoria Ochoa ***

Citar este artículo

Victoria, D. (2015). La condición de incumbencia especial como criterio fundante de la autoría en los delitos de infracción de deber. *Revista Via Iuris*, 19, pp. 11-31.

*A mi padre
In Memoriam*

RESUMEN

La conversión de una Nación concebida como organización jurídico-política, en cualquiera de sus niveles de autoconformación, en un Estado social y democrático de derecho, impone, *prima facie*, el cumplimiento a cargo del mismo Estado (por intermedio de sus agentes) de deberes positivos (deberes de injerencia) que “traspasando” las “fronteras” que delimitan la configuración de ámbitos de comportamientos meramente organizacionales (los que tienen su fundamento en la aplicación del principio latino *neminem laede*), van dirigidos a la materialización de acciones positivas que buscan la salvaguarda y/o protección de derechos fundamentales y de principios entendidos como “mandatos de optimización”), que potencialmente pueden verse afectados con la no intervención, pronta y eficaz, de los obligados especiales por disposición legal. Ese especial deber “pretípico” surge, entonces, desde la configuración normativa de “otras” esferas jurídicas diferentes a la penal, hunde sus raíces en obligaciones civiles, societarias o administrativas que tienen su origen claro en la constitución política del Estado de derecho y en el horizonte legislativo, *lege ferenda*, que desarrolla esos postulados, adquiriendo especial connotación en la formulación de los fines del Estado. Para la específica categoría dogmática de los delitos de infracción de deber, la función de actuación positiva del obligado especial lo erige en autor sin dominio del hecho, en “señor” del suceso causal sin ejercer naturalmente la conducta descrita en el tipo, no acudiendo a los criterios ontológicos prefijados por el señorío central del evento criminoso, sino a la categoría *a priori* del deber prejurídicamente concebido.

* Artículo de investigación vinculado al proyecto doctoral: “*Delitos de infracción del deber y participación delictiva*”, para Doctorado en Derecho Universidad Externado de Colombia. (Período 2014-2015). Bogotá (Colombia).

** Abogado de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Especializaciones en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín y Derechos Humanos de la Universidad Santo Tomás. Candidato a Doctor de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Hermenéutica y lógica jurídica de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Libre. Seccional Cali. Cali (Colombia). Correo electrónico: victoriaochoa@gmail.com

Palabras clave

Delitos de infracción de deber, teoría del dominio del hecho, deber jurídico extrapenal, institución, funcionalismo.

The special jurisdiction condition as key criterion for liability in duty infringement offenses

Diego Fernando Victoria Ochoa

ABSTRACT

The transformation of a nation conceived as a juridical-political organization at any of its self-constitutive levels into a social and democratic State subjected to the rule of law imposes, *prima facie*, the fulfilment of positive duties (jurisdictional duties) by the State itself (through its agents). These duties, “going beyond” the “borderlines” delimiting the configuration of behavioral scopes which are merely organizational (those based on the application of the *neminem laede* Latin principle), are directed towards the materialization of positive actions striving for the safe conduct and/or protection of fundamental rights and principles understood as “optimization orders”. Both can be affected by a lack of timely and effective intervention from those specially appointed by law. Such special “pre-typical” duty is born, then, from the normative configuration of “other” juridical spheres different from the criminal law; it is rooted in civil, business, or administrative obligations with a clear origin in the political constitution of the State of law and in the legislative order developing such postulates, *lege ferenda*, and acquires special connotation in the configuration of the State goals. For the specific dogmatic category of duty infringement offenses, the positive behavior function of the liable special agent considers him/her as a non-liable author, in a “subject” of the causal event who does not naturally perform the behavior described for this typology, with no resort to the ontological criteria underlying the central authorship of the criminal event but to the *a priori* category of the pre-juridical conceived duty.

Keywords

Duty infringement offenses, event authorship theory, extra-criminal juridical duty, institution, criminal functionalism.

A condição de preocupação especial como critério fundador da autoria nos crimes da violação do dever

Diego Fernando Victoria Ochoa

RESUMO

A conversão de uma nação concebida como uma organização jurídica e política em qualquer nível de auto-confecção, em um Estado social e democrático de direito, impõe *prima facie* o cumprimento ao mesmo Estado (através dos seus agentes) os direitos positivos (direitos de interferência) que “transferindo” as “fronteiras” que definem a configuração de áreas de comportamentos puramente organizacionais (que têm sua base na implementação do *nenimem laede*, princípio latina), visam a realização de ações positivas que procuram salvaguarda e/ou proteção dos direitos fundamentais entendidos como “mandatos de otimização”, que potencialmente podem ser afetados com nenhuma intervenção, especial e eficaz dos exigidos pela lei. Esse imposto especial “pretípico” surge, então a partir da definição de legislação de “outras” esferas judiciais criminosas, está enraizada nas obrigações civis, empresariais, e administrativos tem sua origem clara na constituição política do Estado de direito e no horizonte legislativo, *lege ferenda*, que desenvolve esses princípios, adquirindo um significado especial na formulação dos objetivos do Estado. Para a categoria dogmática específica de crimes de violação do dever, a função do desempenho positivo do exigido especial erige um autor sem domínio de fato, o “senhor” do evento causal, sem naturalmente exercer a conduta descrita no tipo, não vão critérios ontológicos preestabelecidos pelo manor central do evento criminoso, mas uma categoria a priori do dever prejudicadamente concebida.

Palavras-chave

Crimes da violação do dever, teoria do domínio de fato, dever jurídico extrapenal, a instituição, o funcionalismo criminal.

INTRODUCCIÓN

Para una comprensión holística del problema de investigación propuesto con la formulación de este artículo, cabría (contextualmente) formular los siguientes interrogantes: 1) ¿qué fundamenta el deber específico de actuación positiva en materia jurídica-penal, predicable a título de autoría, solo del obligado especial? 2) ¿cuál es ese deber especial subyacente a determinados tipos penales al que se refiere tan recurrentemente la literatura jurídica especializada desde la segunda mitad del siglo XX al otorgar carta de naturaleza en Alemania a los denominados delitos de infracción de deber (Pflichtdelikten)? 3) ¿se trata de un solo deber, concebido *in genere*, para todas las descripciones normativas afines, o por el contrario se consolida una constelación de deberes, *in situ*, para cada evento?, y 4) ¿cuáles son las razones iusfilosóficas para que “ese” deber se convierta en el criterio fundante fijador de los límites de la autoría y la participación en este específico plexo de comportamientos? Las más connotadas respuestas a estos cuestionamientos son formuladas, en uno de los casos, por Roxin (1998), quien postula que la existencia del concepto de función pública en el Estado social y democrático de derecho, convierte al obligado especial (funcionario o persona garante de un deber derivado de una especialísima relación institucional) en autor del suceso casual, con específicas e importantes repercusiones en la configuración del título de imputación; a su turno, Jakobs (1995), reconoce en la presencia de una determinada relación funcional la existencia previa de la “institución” que como estructura funcional procede de la carta política de un Estado, relacionando en su teleología cada uno de los fines de la organización jurídica, caracterizada porque construye un nexo de imperativo cumplimiento para el servidor competencial y que es quien, en últimas, materializa la infracción “consciente” a un deber. El concepto de deber se erige ontológicamente como un elemento de la relación jurídica que fundamenta la autoría en ciertos tipos penales.

Roxin, refiriéndose a su naturaleza considera que se trata de un deber jurídico público de carácter extrapenal “[...] que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito pero que es necesaria para la realización del tipo [...]” (Roxin, 1998, p. 385), lo cual, *per se*, implica la visualización de un deber común a todos los tipos especiales y que tienen su carta de nacimiento en otras disciplinas del

plexo jurídico¹; sin embargo, en el mismo contexto de su argumentación se deduce la existencia, no de un deber particular y exclusivo que tomado de disciplinas no penales es transversal al tipo, sino de varios deberes que fijan su naturaleza objetiva en función de criterios que dependen de la particular relación funcional que se predica para el suceso interpretado del singular posicionamiento del obligado por el deber. Sin embargo, y aunque el concepto de deber ha permanecido en el centro de la discusión jurídica suscitada hasta el momento, esencialmente, por la urgencia de fijar su naturaleza (concepto y límites), él mismo ha encontrado en la formulación jakobsiana de institución un referente distinto, originando con ello un peculiar destello dogmático que ha conducido a la reinterpretación del concepto al continuar concibiéndolo como anterior al tipo, pero generando a partir de él una posición de garantía que es asumida por el sujeto obligado especialmente en virtud de una relación funcional con una institución.

El concepto de autor avanza en la actitud del intérprete manifestándose con un particular perfil en su comprensión dogmática y lingüística; es entendido ahora, “plásticamente”, como una categoría “moldable” y “adecuable” al tipo, como una de las variables existentes en la comprensión del injusto. Ya no es el autor quien domina el hecho (ontológicamente visibilizado) sino quien detenta un deber positivo de actuación, al cual le incumbe especialmente y respecto del cual se ha presentado una vulneración, siendo irrelevante que la misma se haya llevado a cabo por acción o por omisión. Las formulaciones anteriores abarcan el inicio y parte del desarrollo conceptual al que se ha visto abocada la figura del delito de infracción de deber en el más claro lenguaje roxiniano o delito en virtud de una competencia institucional

1 La siguiente clasificación a la que arriba Roxin, en un primer momento de su formulación constituye una inicial ejemplificación de lo que se asoció al concepto de deberes jurídicos no penales con permanencia en el tipo: 1) los deberes funcionariales, 2) los deberes que imponen sigilo en ciertas profesiones regladas, 3) las obligaciones jurídico civiles que imponen a un obligado el deber de satisfacer alimentos, y 4) el deber de lealtad; por su parte, Günther Jakobs le imprime a este tipo de comportamientos una contextualización diferente al erigir como insoslayable para su correcta interpretación el concepto de institución, enunciándola en un primer momento como: (1° formulación) a) relación paterno filial; b) el matrimonio; c) la confianza especial; y d) los deberes genuinamente estatales. Posteriormente (2° formulación) no se volvió a considerar al matrimonio como una institución generadora de un deber exclusivo que originará la condición de autor en el supuestamente obligado.

en la formulación jakobsiana, presentándose posteriormente varios estudios sobre el tema, partidarios de la figura varios de ellos tal como lo referimos en *cita infra*, y contradictorios otros, pero centrando casi todos sus espectros argumentativos en las figuras del autor y los partícipes, en especial la delimitación de la accesoriedad con dominio del suceso.

El presente trabajo intentará presentar la discusión tal y como ha sido formulada en sus dos vertientes principales, a lo anterior se sumará, sintetizándose en lo posible, el cuerpo argumentativo de las principales críticas reseñadas a los delitos de infracción de deber, fijándose el contenido “plástico” de un concepto de autor y concluyendo el escrito con lo que consideramos es el criterio sustancial que determina la sistemática del delito de infracción de deber y que constituye nuestro aporte personal: la condición de incumbencia especial.

METODOLOGÍA

El ensayo que hoy se presenta es el resultado de una investigación mucho más amplia que se desarrolla dentro del marco de un estudio doctoral sobre la categoría de los delitos de infracción de deber, que para el caso concreto se finca en un aspecto puntual: la especialísima estructura de una categoría anterior al injusto objetivo y que pretendemos erigir como criterio fundante de la autoría en materia penal. Este artículo recoge una arista de la inmensa literatura vertida sobre el tema que tiene en la filosofía del idealismo alemán una inicial fundamentación. Metodológicamente, el escrito que hoy se presenta a la comunidad académica hace parte de la denominada teoría general de los delitos de infracción de deber, en especial en lo concerniente a la fijación de los contornos de la autoría y la participación, retomándose la discusión en el punto en que la han dejado autores que han abordado el tema, tales como Sánchez-Vera, Robles Planas. Silvina Bacigalupo, Busconi, López, Kierszenbaum, Cancio Meliá, Jescheck, Weigend y Kindhäuser, para citar solo unos cuantos del extenso universo académico que de alguna manera se han referido al tema.

El ensayo, tal como lo referimos *ut supra*, se erige sobre los siguientes ejes conceptuales: en primer lugar, acepta la existencia de comportamientos delictivos donde ni la autoría ni la participación se fijan conforme a los postulados del dominio del hecho; ontológicamente no es dable inferir la intervención en un acto como propio cuando naturalmente el curso causal puede ser realizado por otro sujeto. En segundo lugar, este escrito reconoce en el proceso de aprehensión

del conocimiento, la validez de la relación kantiana: sujeto cognoscente vs. objeto de conocimiento, el cual se aplica en el derecho penal desde tiempos de Welzel, cuando se asumió la existencia de categorías pretípicas o *a priori* de la acción, asumiendo la presencia de conceptos abiertos, dogmáticamente ajenos al tipo pero insertos en el orden jurídico y, en tercer lugar, se plantea, como postura personal, la existencia de una categoría que es común al enfoque de los delitos de infracción de deber, categoría a la que he denominado, *condición de incumbencia especial*, cuya naturaleza es de carácter *a priori*, no referida al autor sino propia del concepto de institución, al cual pertenece y que le es predicable al sujeto únicamente cuando obrando en calidad de autor se relaciona con ella [con la institución]. Es a partir de estos tres ejes conceptuales, que se erige el planteamiento argumentativo que domina el discurso que caracteriza el presente ensayo y que partiendo de la fundamentación del problema de investigación concluye con la formulación de la condición de incumbencia especial.

Dentro de este contexto, en un primer momento, se realizará la presentación de las teorías básicas del pensamiento penal que para este evento son consideradas como referentes obligatorios, nos referimos a las posiciones asumidas por los eméritos profesores Claus Roxin y Günther Jakobs, visualizando las diferencias existentes entre cada una de ellas; en un segundo momento, se fijarán las posiciones críticas erigidas en contra de estos edificios conceptuales y, en un tercer y último momento, se presentará a la comunidad académica la tesis de la *condición de la incumbencia especial*, en su fundamentación más genérica, como el criterio fundamental, a juicio del autor, de la autoría en los delitos de infracción de deber.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Formulación del problema

Conforme a la enunciación trazada anteriormente, surge el siguiente problema de investigación: ¿cuál es el ingrediente dogmático fundante de la autoría en el delito de infracción de deber, cuya naturaleza no se rige por los criterios prefijados del aporte al suceso causal sino única y exclusivamente por los de infracción a un deber jurídico-público de carácter extrapenal? Esto se abordará según los siguientes parámetros conceptuales: en primer lugar, se especifica que cuando dentro del hilo conceptual se hace referencia a un “deber” no se alude al “deber” surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la



sanción prevista en el tipo, pues este “deber” existe en todo delito y se extiende a los inductores y cómplices no cualificados. Si los partícipes no estuvieran comprendidos como destinatarios de la norma por el efecto de la obligación no cabría fundamentar su punibilidad, hasta hoy casi indiscutida. En tal sentido el propio Nagler, que propugnaba considerar en principio como destinatario de la norma penal solo a la persona cualificada, se vio forzado a incluir al *extraneus* partícipe, a efectos prácticos, en el ámbito de la norma penal mediante la construcción posterior del “deber de obediencia secundario” (Roxin, 1998, p. 385). En segundo lugar, se admite que contrario a la cosmovisión establecida respecto de los comportamientos donde prima el dominio del hecho², la concepción de los delitos de infracción de deber se presenta, no por la injerencia del concepto de acción, sino por la intervención de un sujeto (a veces, no especificado normativamente por el legislador) que en su condición de “obligado especial” se convierte en el extremo polar de una relación jurídico-pública con una institución y, en tercer lugar, se afirma que los postulados relacionados anteriormente constituyen la estructura, *in genere*, sobre la cual se desarrolla la concepción de la autoría en el delito de infracción de deber. En esta categoría la figura central del suceso concreto de la acción y la participación como criterios accesorios no es medible por parámetros como el de la “aportación” al acto de otro sino por el de la vulneración de un deber, configurándose en aspectos que, hoy por hoy, constituyen aún la cuestión.

La formulación roxiniana. Una aproximación general

La postulación roxiniana del delito, percibida omnicomprendivamente, admite la existencia para unas determinadas descripciones típicas de criterios de imputación tanto para la autoría como para la participación, diferentes a los tradicionalmente aceptados para la mayoría de supuestos legislados, donde la autoría no se fija aplicando los criterios propuestos por el autor en la teoría del dominio del hecho sino que, en tales casos, esta se constituye por la vulneración de un deber especial que le atañe de manera exclusiva a la figura del obligado especial (*intraeus*). La autoría en el dominio del hecho, bajo la pluma de Roxin (1998), es entendida como: 1) la realización de la acción típica de manera personal (dominio de la acción), 2) la ejecución del hecho mediante la actuación de otro, cuya

voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o donde bien, aquel no conoce el sentido objetivo de su comportamiento o conociéndolo lo introyecta en menor medida que el sujeto de detrás, o donde el *intraeus* es sustituible a voluntad del *extraneus* en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad), y 3) la prestación en la parte ejecutiva, de una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio funcional del hecho). Sin embargo, tales criterios no rigen para otro tipo de comportamientos de cuya descripción típica se infiere una contextualización totalmente diferente. Como ejemplo de partida Roxin plantea la siguiente hipótesis fáctica:

Si, por ejemplo, alguien determina, dado los requisitos del §52, a un funcionario a realizar torturas (§343 StGB), tiene, tal como hemos visto supra, el dominio del hecho. Pero sin embargo no es autor de las torturas del §343 StGB, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario como sujeto del delito (Roxin, 1998, p. 383).

De la anterior formulación se puede inferir que: 1) no es autor, el *extraneus*, que domina el hecho, porque no posee una relación jurídica con el deber especial de protección que subyace a las torturas como tipo de comisión dolosa, la que si ostenta el funcionario, pero no por la calidad de tal, sino porque le atañe funcionalmente el deber de “no dañar a otro” (*neminem laedere*)³, 2) La autoría no se encuentra identificada con la ejecución de la descripción conductual consagrada en el tipo —matar, sustraer, apropiarse, acceder— que es lo que sustenta la teoría del dominio del hecho, sino por la vulneración de un deber especial subyacente a determinados comportamientos relevantes, solo infringible (el deber entendido como concepto *a priori*) por quien específicamente se encuentre obligado a su salvaguarda, 3) se trata de un deber jurídico, cuya esencia es de índole extrapenal (anterior al tipo) que no puede confundirse con “otros” deberes que existen autónomamente y que ni subyacen al tipo, porque hacen parte de él, ni son el criterio fundante del título de imputación, 5) estos “otros” deberes se encuentran determinados en tres

2 Con una recepción casi generalizada, ver Caro Jhon (2003), algunas consideraciones sobre el delito de infracción de deber.

3 Plauto decía hace 2200 años en su comedia *Asinaria*: *Lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit* (lobo es el hombre para el hombre, y no hombre, cuando desconoce quién es el otro). Thomas Hobbes, en el siglo XVII, resumía esto en la célebre frase: *homo homini lupus* (el hombre es un lobo para el hombre), Francis Bacon expresó con acierto: *lustitiae debetur quod homo homini sit deus non lupus* (a la justicia es debido que el hombre sea un dios para el hombre y no un lobo).

grupos de delitos respecto de los cuales no es dable aplicar dicha concepción mayoritaria: a) los delitos de omisión, b) los delitos imprudentes, y c) los delitos especiales propios, respecto de los cuales existen, según Bacigalupo, (2007). Como criterios fundantes de la autoría: a) el deber que emerge de la posición de garante, b) el deber que surge del denominado deber objetivo de cuidado, y c) el deber que surge del estatus o especial posición jurídica en que se encuentra el obligado (*intra-neus*), cuestionándose incluso en este punto, la relevancia del paso dado por Roxin.

La categoría de la autoría adquiere entonces una dimensión ontológica propia que no depende de aprehensiones objetivas o subjetivas sino de la delimitación exacta de un ámbito de incumbencia; tal como es referenciada por Busconi (2011), no se somete a los criterios fijados por el dominio del hecho funcional —esquema aplicable ampliamente a la gran mayoría de los tipos penales consagrados por el legislador histórico— sino que orbita respecto de la posición que relaciona al obligado con el cumplimiento del deber institucional inherente a la función de la cual es titular⁴ y que es consustancial a la descripción típica. No es autor quien ejecuta el hecho, no es autor quien domina materialmente la acción; es autor únicamente, en este tipo de comportamientos, quien tiene la capacidad para vulnerar el deber y conscientemente lo hace, indistintamente que dicha infracción se lleve a cabo por acción o por omisión. Cuando el círculo de autores no está limitado a determinados sujetos, en virtud de su profesión, condición u ocupación, solo será autor quien o quienes trasgreden el deber singular por el que le incumbe velar. En el tipo de Administración Desleal (§266 StGB) solo será autor a “[...] quien incumbe el deber de velar por el patrimonio ajeno, quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, solo responderá como partícipe [...]”⁵ (Roxin, 1998, p. 385).

La cosmovisión dogmática desarrollada por Claus Roxin (1998), parte de los siguientes aspectos referenciales que guían toda su comprensión: 1) los tipos describen acción y persona del autor, 2) los preceptos sobre participación se configuran como causas de extensión de la punibilidad, 3) la calidad de funcionario es un criterio autónomo de la autoría y no un elemento ordinario del tipo (p. 384), que en el plexo de comportamientos que hoy concita nuestra atención —los delitos de infracción de deber— implica considerar al autor no necesariamente como sujeto activo cualificado, independiente en su configuración legislativa sino como *intra-neus*, como aquel que solo es capaz, por sí, de poner en movimiento el curso de la conducta que origina el detrimento sustancial del deber jurídico que pervive en la norma.

La organización jurídica y política de una Nación bajo el modelo de Estado social y democrático de derecho, impone la realización a cargo del Estado por intermedio de sus agentes de deberes de injerencia que invadiendo ámbitos de comportamiento meramente privados van dirigidos a la concreción de acciones positivas que buscan la salvaguarda y/o protección de derechos fundamentales que potencialmente pueden verse afectados con la no intervención, pronta y eficaz, de los obligados por disposición legal. Ese especial deber de incumbencia surge, entonces, desde la configuración normativa de otras esferas jurídicas diferentes a la penal, hunde sus raíces en obligaciones civiles, societarias o administrativas que tienen su origen claro en la Constitución Política y en el horizonte legislativo que desarrollan esos postulados, adquiriendo especial connotación en la formulación de los fines del Estado.

Lo anterior implica una comprensión completamente distinta del concepto de autor, ya no por el dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de un deber que impone al Estado la obligación de actuar para la preservación del orden jurídico. Piénsese por un instante en el sistema de prisiones de una Nación, el mismo debe de estar encaminado a garantizar la protección de cada uno de los internos en los centros de reclusión, protección que abarca no solo la integridad física de cada uno de los integrantes de la población de reclusos, sino que también se refiere a la protección entendida como una correcta y eficaz asistencia legal, social y en salud, que les permita desarrollar, en esas especiales condiciones de restricción de la libertad, una vida digna y acorde con el canon previsto en la ley fundamental. En igual sentido, se acepta que el deber de pronta intervención de los obligados especiales para este caso —autoridades carcelarias, cuerpo de vigilancia y custodia, se

4 Con observaciones en Busconi (2011), quien recordando las enseñanzas de “un muy joven” Enrique Bacigalupo trae a colación una afirmación recurrente en el maestro español: “[...] el punto de partida de toda elaboración teórica tendiente a explicar la naturaleza de la autoría se encuentra en la fijación del límite exacto entre el autor y los partícipes [...]” (Busconi, 1984 p. 15, citado por Busconi/López/Kierszenbaum, 2011), para concluir que si ese límite no ha desaparecido, por lo menos, se encuentra severamente cuestionado.

5 Profuso es en ejemplos nuestro autor quien a más de los deberes anteriores cita los de: 1) no distracción de fondos (§246 StGB), 2) no quebrantamiento del deber de dar alimentos (§170 b StGB), 3) los emanados de obligaciones jurídico civiles, 4) el deber de sigilo, y 5) deber de lealtad. Se trata de “[...] deberes que se encuentran antepuestos en el plano lógico a la norma [...]” y que pueden originarse en otras ramas del derecho (Roxin, §34. p. 385).



extiende también a la población no interna, familiares, abogados, grupos de filantropía, visitantes, cuerpos de salud y capellanías, asistentes, etc.— que de manera ocasional o permanente se encuentren dentro de las instalaciones del establecimiento de reclusión, cuyos derechos fundamentales puedan ser afectados y que necesiten de una actuación por parte del Estado. Los tradicionales criterios de voluntad del autor y dominio del hecho no aplican a este plexo de delitos, tampoco se recurre al grado de aportación en la fase ejecutiva de la acción para fundamentar participación en el curso final. El eje central es el quebrantamiento doloso de un deber radicado funcionalmente en uno o varios obligados especiales.

El tipo entendido como concepto abierto

El concepto de “dominio del hecho”, como entendimiento dogmático de *control del curso causal*, lo encontramos ya formulado en Hans Welzel (1904-1977). Concepto que adquiere un impulso renovado en el pensamiento y pluma de Claus Roxin (Busconi, 2011, p. 45). Roxin (1998) formula una expresión con la que pretende dar carta de naturaleza al desarrollo argumentativo del dominio del hecho como concepto abierto, el cual no puede partir, para toda clase de delitos, de la ejemplificación de la figura central del suceso ni tratar de estructurarlo a partir de ese “perfil”. El propio Roxin traza la ruta metodológica, y en tal sentido expone que es menester acudir a un criterio de fundamentación del fenómeno, describir las diferentes formas de intervención en el suceso delictivo con fundamento en la base argumentativa trazada previamente —conocimiento a priori— y acudiendo a una formulación del kantismo puro, deduce que ese evento tiene que encontrarse “descrito empíricamente” para inferir, por último, a que grupo de casos se aplica la teoría del dominio del hecho. Obsérvese que el penalista alemán hace subyacer todo su esquema conceptual, no en el sujeto sino en la “cosa en sí” —el suceso delictivo— detectando el fenómeno de inferencia a partir de la valoración del aporte y creando las figuras de intervención que llenan su esquema de pensamiento.

La figura central del hecho es un resultado del moldeado de esa realidad jurídico-material y no un modelo “vaciado” en un contorno. Es abierto en la medida que surge de la permanente constatación de lo que sucede en el diario devenir. Otra generación daría curso a la investigación por un sendero diferente, frente a ello, un discípulo de Hans Welzel (1904-1977), Günther Jakobs (1937) se rebelará afirmando que las categorías dogmáticas no pueden realizarse con una fundamen-

tación ontológica y entenderá que los conceptos de “injusto” y “culpabilidad” no se infieren de categorías lógico-objetivas. Este “prometeo” entenderá que la garantía de identidad de una sociedad son los fines y funciones del derecho, hasta el punto de alcanzar, en esa comprensión, la entronización de unos criterios normativos independientes de la naturaleza de las cosas.

Las categorías centrales del delito se encuentran estribadas en los perímetros de una estructura social ya preformada donde la función de la pena como fundamento de responsabilidad jurídica es advertida a través de ámbitos de competencia, tanto organizacional como institucional, cuya expectativa de aplicación genera en la sociedad perspectivas de reequilibrio general. La acción jurídica penalmente relevante es comprendida como un acto de comunicación entre el Estado y el destinatario de la hipótesis sancionadora que conlleva un certero mensaje de ruptura de los cimientos contractualistas que garantizan, al decir de Jakobs (2005), la convivencia de la sociedad⁶. Dentro de su concepción, la teoría de la pena juega un papel importante pues se constituye en el contorno de la determinación del ámbito de la culpabilidad sobre el cual se estructura, a partir del concepto de prevención general, para arribar a la consideración de que sin culpabilidad no hay acción. En sentido contrario, podría afirmarse igualmente, que el individuo debe estar en capacidad de asumir las consecuencias del evento del cual es responsable⁷.

Fundamentación dialéctica de la autoría

La atribución por parte de Roxin (1998), de un sustrato dialéctico al concepto de autoría al reconocer la presencia casi omnímoda de un supraconcepto, el de figura central del hecho, al que le asigna propiedades de concreción⁸ y dinamicidad conlleva a lograr una integración del proceso de contextualización de

6 Ver Jakobs (2005, p. 247) para quien el “acto reflexivo” de la consciencia posibilita “poder representarse lo que otro, que se encuentra en una situación concreta experimenta”, y en el “espejo de los otros” adquiere el ser humano su propia identidad y se convierte en una “entidad capaz de participar culturalmente”.

7 En igual sentido, para Jakobs el individuo es competente de no cometer el delito. La relación reza de la siguiente manera: el autor es competente de no verse arrastrado a cometer el delito y, en caso de que se deje arrastrar, de soportar los costes que se derivan de dicho conflicto.

8 La figura central del curso causal no es un concepto vacío de contenido sino una idea “pura” en el mejor sentido del idealismo hegeliano. El “ser puro”, como característica del “yo absoluto”, va inserto en el devenir, entendido como sucesión sintética de eventos históricos, fenómenos con importancia típica, en los que éste (la figura central) realiza un recorrido que se materializa en las diversas formas de autoría cuando transita por espacios con contenido jurídico-penal.

eventos con relevancia jurídica con las posteriores construcciones dogmáticas de las que la figura de la participación es objeto. La dimensión ontológica de la idea de “señorío del hecho” es tomada por Roxin del idealismo alemán del siglo XVIII, entendiéndola como un concepto puro inicialmente vacío de contenido, pero que al transitar por la realidad se carga con los fenómenos propios de la objetividad, convirtiéndose la autoría en un mecanismo polivalente que contribuye a la articulación de las otras figuras que representan la participación en el derecho penal.

El autor se convierte en el “señor del hecho”, lo domina funcionalmente y a medida que los fenómenos jurídicos que caracterizan la cooperación típica se contextualizan dan pie al surgimiento inmediato de representaciones jurídico-penales de intervención —complicidad, coautoría, inducción, autoría mediata— siendo necesario expandir el inicial concepto (de autor) concebido como eje central de la acción y amplificarlo según realidades normativas diferenciadas, asignándole límites y haciendo depender sus características de los múltiples elementos objetivos que se plasman en el tipo penal.

Cuando la conducta descrita por el legislador exige la presencia de un obligado especial, el servidor público, la autoría tiene que comprender, desde su definición, los alcances de estos contornos, predicables de extensiones jurídicas como la de la coautoría pues, casi siempre, los complejos eventos del diario trasegar se presentan mucho más frecuentemente que lo que la situación prevista en los tipos puede prever, debiendo extender su alcance (el tipo) hacia estas nuevas formas de presentación de los casos. Los contrastes con el entorno permean la nueva configuración del concepto de autor, erigiéndolos sobre la realidad jurídico-social a manera de espiral, *ad infinitum*, y proyectándolo (el concepto de autor) sobre todas las categorías conocidas en la realización de la acción⁹.

La descripción que se realiza del autor se va elevando poco a poco ante diversas situaciones límite donde es preciso que brinde claridad; eventos como la autoría mediata en virtud de la utilización de instrumentos dolosos o ejecutores no conscientes, imponen que la percepción que se tenga de la autoría no sea abstracta sino concreta, dinámica y no fija. Pero, ni siquiera el concepto de deber escapa a la base dialéctica que encarna su concepción dentro de un determinado modelo de Estado; “los deberes”

positivos que implican la asunción de una posición de garantía respecto de una relación funcional de carácter deontológico se llenan de contenido jurídico. El autor asume el deber que le es impuesto con un sentido constitucional dirigido al cumplimiento de los fines particulares de una sociedad organizada.

El gran problema jurídico, al cual arriba Roxin (1998), tal vez por intuición, es la existencia dentro del plexo de conductas normadas por el legislador histórico de una serie de tipos penales donde la estructura de la autoría no puede seguir los criterios establecidos en la teoría del dominio del hecho pues son conductas que no necesariamente, dentro del plano de lo óptico, acarrear la realización de propia mano de los supuestos del tipo y sin embargo, cabría reputar autor a quien posea una determinada obligación positiva de actuación así no ejecute de manera directa la acción descrita en los verbos gramaticalmente establecidos. Para ello parte de las siguientes premisas: 1) no en todos los tipos penales se aplican los criterios del dominio del hecho y 2) existen preceptos penales que excluyen la aplicación del aporte como regla central para reputar a un sujeto como autor. Se pregunta entonces el filósofo del derecho penal: ¿qué es lo que fundamenta la autoría en cierto tipo de comportamientos? No se trata de la condición abstracta que cualifica al *intra-neus* como funcionario, se trata es de un deber específico asignado al cumplimiento de determinada función jurídica consistiendo la infracción a este deber jurídico-público lo que fundamenta la autoría.

En tal sentido alude como ejemplo de partida, en una clara referencia a un problema de autoría mediata y no de instigación, al tipo penal de torturas (§ 343 StGB) donde un *extraneus* determina a un obligado especial, en desarrollo de las funciones inherentes a su cargo, a infligir lesiones a un tercero. Conforme a lo anterior es el *extraneus* quien tiene el dominio del hecho pero no es autor, a *contrario sensu*, el *intra-neus* no domina el evento pero responde penalmente como tal. La anterior concepción implica un cambio en la postura dominante que valoraba a la figura central de la acción a partir de los criterios de voluntad de autor y señorío del curso causal, fundamentalmente respecto de las dimensiones propias de la coautoría y la autoría mediata, como eventos límites donde se presentarían situaciones fácticas más complejas, *hard cases*, que ameritarían una clara y contundente respuesta jurídica. Sin embargo, el ejemplo de partida al cual recurre Roxin no describe con claridad la delimitación entre autor en virtud del dominio del hecho y autor en virtud de la infracción a un deber especial —no lesionar a otro en el ejercicio del cargo—, se trata

9 Bien sea de manera directa por quien realiza un suceso o por colaboración de otros.



de un evento donde el instrumento —no sabemos si doloso o no, pues el autor citado no lo especifica— es un funcionario quien de todas maneras ejecuta materialmente el hecho infringiendo lesiones a un tercero, pero que a su vez cuenta con el deber jurídico de no causar daño. El sujeto de atrás, que se presenta como un determinador de la conducta, simplemente se limita a eso, a crear en la psiquis del obligado especial la resolución volitiva de lesionar.

Diagramado el caso con los anteriores presupuestos la solución que se impone, la más coherente, es considerar autor al funcionario, pero no por contar con el dominio del hecho sino por vía de la infracción de un deber, aunque más afortunada hubiese sido la descripción, si metodológicamente se invirtieran los roles desempeñados por cada uno de los personajes de la narración, pues si el *extraneus* es el servidor con deber funcional especial y el *intraneus* es un particular que domina el evento pero no cuenta con el deber, se originaría una solución más expedita: el obligado responde como autor así no tenga el dominio del hecho y el ciudadano, teniendo el dominio del curso típico solo responde como cómplice. No puede correrse el riesgo, dicho sea de paso, en confundir esta especial cualificación dogmática de la autoría con los tipos penales que exigen un sujeto activo cualificado, servidor público, puesto que esta categoría funcional no es una característica propia de la autoría sino un elemento ordinario del tipo, que es el que en últimas determina la adecuación de la acción, la punibilidad y los criterios de delimitación del bien jurídico afectado.

La especial posición del autor y la condición del deber. ¿Dos criterios diferentes fijadores de la autoría?

Los delitos de Infracción de deber no necesariamente comprenden a funcionarios como autores de la acción; un autor especial se define como quien, incumbiéndole un específico deber de injerencia en virtud de una especial relación jurídica, tiene la obligación de actuar para evitar o salvaguardar mediante prestaciones positivas la intangibilidad de un derecho. Como ejemplo de lo anterior tenemos el caso de las obligaciones alimentarias de los padres respecto de sus hijos menores o de aquellos que se encuentren en situación de riesgo, generadas en virtud de la relación paterno-filial, las que se derivan del matrimonio o de comunidades maritales afines que implican la ejecución de deberes de asistencia y protección que le son inherentes. No se trata, para marcar la autoría, de eventos donde la línea directriz

del proceso de adecuación típica es trazada por la categoría de servidor del Estado, sino de una especial relación de carácter extrapenal la que configura el mandato de injerencia. Si solo es autor el sujeto del deber, ese deber no se puede confundir con aquel que subyace en la descripción normativa de cada tipo de conducta y que ha sido reprimido con una sanción penal por parte del legislador. No es pues, el deber de obediencia a la descripción del supuesto de hecho, sino la sujeción de la persona a determinados deberes extrapenales pero jurídicos que se imponen dentro del contexto positivo.

Los “deberes” (Roxin, 2014) adquieren una configuración en dos clases específicas: 1) una primera clase de deberes fundados cuando en el tipo se describe un injusto especial con características exclusivamente referidas al autor, siendo estos: a) los deberes que emanan de la cualidad (calidad o estatus) de funcionario público o de autoridad del autor, siendo el caso de los delitos cometidos en el ejercicio del cargo, b) los deberes que emanan de la profesión o actividad desarrollada por el autor, como el deber de silencio o secreto profesional y, c) los deberes que emanan de la función (del autor) de tener encomendada o confiada la cosa, como son, entre otros, las modalidades de apropiación indebida, abuso de confianza, gestión desleal, 2) una segunda clase cuando la fijación de los deberes sirve para restringir el tipo al autor típico (o autor prototípico, o autor modelo o autor plásticamente descrito) tomado en consideración por el legislador, de tal manera que “ese” deber solo lo puede infringir exclusivamente la persona (o personas) que se encuentra dentro de los contornos del supuesto de hecho, sin tener en cuenta ninguna condición especial respecto de su estatus, función ocupación u oficio (profesión): a) el deber de espera del causante del accidente, b) el deber de tener a disposición de la autoridad judicial el patrimonio por parte del deudor sometido a embargo o ejecución forzosa (delito consistente en hacer fracasar o frustrar la ejecución forzosa o embargo).

La visión de Jakobs

La cosmovisión jurídico-penal expuesta por el profesor de Bonn, Günther Jakobs (1937) parte, en una clara alusión a Hans Welzel (1904-1977), de la comprensión teleológica de un derecho penal concebido como asegurador de los valores de acción ético-sociales (Jakobs, 1995) reconociendo que tal afirmación es el incuestionado e inexorable punto de partida de un desarrollo normativo omnicompreensivo que implica estimar que los efectos del

derecho penal no deben de ser considerados como sucesos de la naturaleza sino como hechos sociales (enunciado/respuesta) (Jakobs, 1995) y que la misión de la dogmática penal es la de desarrollar las proposiciones que se necesiten para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (acto con contenido expresivo) mediante el proferimiento de otro acto, también, con significado.

El derecho penal se encuentra encaminado, no a la regularización de los contactos sociales, lo cual de contrario, implicaría una intromisión indebida del poder punitivo del Estado en la estructuración de relaciones sociales libres, solo sometidas al imperio de la Constitución, la ley y los tratados internacionales, sino a deslegitimar todos los comportamientos que impliquen una defección de expectativas¹⁰ de intangibilidad normativa. Los contactos sociales se caracterizan por su regularidad y en la complejidad de sus relaciones la posibilidad de intercambio de los sujetos que las llevan a cabo y sus contenidos específicos no son una constante. Pero, ¿qué es lo que se entiende, según la percepción jakobsiana, por acto con significado? ¿cuál es el contenido que se le confiere al delito y a la pena

como acto de expresión? ¿cuál es el sinalagma que une la relación, de rancia estirpe kelseniana, enunciado/respuesta? Sin lugar a dudas, es necesario tomar postura manifestando que en las interacciones sociales de la cotidianidad que producen eventos jurídicamente relevantes, la significación final de cada uno de sus actos (causa/reacción) se encuentra fundamentada en la comunicación racional de sus actuantes (interlocutores). Cada uno de los partícipes dentro de un determinado curso causal le imprime al evento un sello característico, diferenciado y diferenciable de todas las otras posibles relaciones, marcado por la impronta del mensaje que ese actuante, en un estado ideal del habla, le envía a sus ineludibles destinatarios (Estado/sociedad).

La significación de cada uno de los contenidos finales del actuar, postulados con cada una de las conductas de los infractores estarán dirigidos a garantizar la desestabilización de los momentos sociales que, en un estado de no vulneración, armonizan los criterios de interrelación que permiten fundar la convivencia interpersonal. La comunicación, que siempre será racional en cada uno de los tipos descritos por el legislador histórico, independiente de la connotación de la conducta bajo la perspectiva del tipo subjetivo, provoca en el grupo social el afianzamiento de sus lazos contractuales que se ven materializados en la figura del *neminem laedere*, donde el individuo se refugia buscando su intangibilidad operativa y conduciendo a una clara normativización del derecho como subsistema social.

La norma es la representación del equilibrio social, de la estabilización de sus instituciones y los círculos de competencia configurados por el sujeto; a su vez, la vulneración, como acto dirigido, es la manifestación del riesgo social tangible materializado en la decepción de expectativas de retribución. El punto de inflexión, según la nueva propuesta (Jakobs, 1995) se presenta en la no recepción de la dogmática penal ontológica y en su particular comprensión de las categorías de culpabilidad y acción a las que se les asignó una esencia o más descoloridamente una estructura lógico-objetiva, desconociéndose que esos conceptos o estructuras no categorizan absolutamente nada sino se hace referencia a la misión del derecho penal. Esta percepción parte de varias premisas: 1) la categorización del sujeto de la imputación como concepto funcional, 2) el reconocimiento de nexos de conexidad existentes entre la idea de culpabilidad y la teoría de los fines de la pena, 3) la declaración inicial que ubica el centro del debate dogmático no en la esencia ni en la estructura del derecho penal sino en su misión, 4) el proponer y desarrollar que si la misión del derecho penal consiste

10 Luhmann (1990) entiende el derecho como un sistema autopoiético y desarrolla sobre esta base una teoría del surgimiento de la ciencia jurídica, utilizable también en la perspectiva de una crítica del derecho. Lo que desde la perspectiva interna de la dogmática jurídica aparece en forma de una práctica normativa de toma de decisiones, Luhmann lo explica en términos funcionalistas como resultado de procesos fácticos de mantenimiento autocontrolado de la propia consistencia por parte de un determinado subsistema social. La teoría sistemática del derecho podemos caracterizarla brevemente señalando tres de sus aspectos claves en lo que respecta a su estrategia conceptual. En primer lugar, la cualidad deontológica de las normas jurídicas queda redefinida por un análisis puramente funcional, quedando esta concepción positivista del derecho como objeto de un sistema jurídico diferenciado, que funcionaría con plena autonomía, donde la legitimidad a través de la legalidad es explicada como un esquema estabilizador del sistema, que viene impuesto por el propio código con que opera el derecho y que el propio sistema jurídico se encarga de absorber y neutralizar. Luhmann reinterpreta en términos de teoría del aprendizaje las expectativas normativas de comportamiento convirtiéndolas en una variante de las expectativas cognitivas, de las expectativas que no descansan en títulos o autorizaciones, sino en pronósticos. Conforme a esta lectura las normas sólo pueden estabilizar expectativas e inmunizarlas contra los desengaños a costa de un déficit cognitivo. Bajo esta descripción empirista las expectativas normativas aparecen como expectativas cognitivas dogmatizadas, como expectativas cognitivas sostenidas por la voluntad de no aprender. Y como el negarse a una adaptación guiada por el aprendizaje es arriesgado, las expectativas normativas han de venir respaldadas por una autoridad especial, entre otras cosas han de venir aseguradas por institucionalización estatal y por la amenaza de sanciones, con otras palabras: han de ser transformadas en derecho. Cuanto más complejas se toman las sociedades, tanto mayor es también la presión que se ejerce sobre el sistema jurídico para que se someta a cambios. Ha de adaptarse de forma acelerada a los cambios del entorno.



en el afianzamiento (garantía) de ciertas expectativas normativas se debe propender por una renormativización de los conceptos de causalidad, poder, capacidad y culpabilidad, los cuales, para esta percepción, deben perder su contenido prejurídico, convirtiéndose en categorías que señalan los grados de responsabilidad e incumbencia de cada uno de los partícipes.

En tal sentido, sujeto no será aquel que ocasiona o no impide la realización de un suceso, sino que sujeto, en manifestación del mérito profesor de Bonn, es quien puede ser responsable de un suceso, lo cual implica un punto de quiebre respecto de la postura tradicional, no acusable de simple cambio de etiqueta, pues ya no será sujeto activo el que, por sí o por otro cause, motive, origine, produzca, promueva, provoque o suscite un determinado curso conductual, tanto natural como fenomenológicamente, porque el ejecutor de esa producción puede ser no responsable, convirtiéndose tal causación en un concepto meramente prejurídico vacío de contenido. Pero, ese concepto de ejecución de la acción "lleno" de contenido, normativizado (ahí sí jurídicamente pertinente), es el que "transforma" a ese ejecutor (sujeto del suceso) en autor (sujeto del suceso con relevancia para el derecho penal) y a quien se le puede atribuir el respectivo título de imputación.

Uno de los grandes peligros de la sociedad contemporánea, si no es el que contiene la alerta general, *ad futurum*, de mayor relevancia para la vigencia de la libertad, es el que consiste en no procurar la garantía de hacer viable, fijar, afianzar, arraigar, consolidar y establecer contenidos normativos, universalmente aceptados, que no ocupen o completen los espacios lingüísticos existentes dentro de los conceptos prejurídicos que sirven de fundamento semántico a cada una de las descripciones típicas.

La misión del derecho penal, y por ende, el núcleo esencial de la comprensión de la teoría del delito es la de renormativizar¹¹ la significación de los elementos

11 Jakobs (1995) se refiere a que tomar parte en el desarrollo de una doctrina es la única forma de aprender la ciencia del derecho penal. El concepto de renormativización tiene los siguientes contenidos: 1) se contextualiza un derecho sobre una estructura social dada, 2) no se renuncia a formular aspiraciones frente a la realidad (deber ser), 3) se propugna por una sistematización óptima del derecho penal vigente, 4) se logra una separación dogmática de la relación ontológica (estructuras lógico objetivas), 5) se declara que no existen diferencias entre los comportamientos comisivos y los omisivos, el verdadero fundamento de la conducta es la responsabilidad en virtud de la organización (creada por el individuo) o de la institución (el individuo llega a un mundo ya preformado).

objetivos y subjetivos de la conducta, la contextualización de sus verbos como condición lingüística de las palabras que pueden tener variación en la persona, número, tiempo, modo y aspecto despojándolos de su condición prejurídica (anteriores al tipo) para connotarlos dentro de específicos ámbitos (con sus límites) de comprensión dogmática. El concepto de responsabilidad deja el oscuro y peligroso círculo de comprensión social para ser ubicado en el garantista espectro de lo jurídico; no todo acto debe de ser reprochado penalmente, solo el que afecte funcionalmente la existencia del sistema jurídico; tal "cierre" a la frontera por donde se da cabida a la indebida e indiscriminada aceptación de conceptos para el derecho implica una restricción del título de imputación y una ampliación de los ámbitos de libertad.

Las críticas doctrinales

Era de esperarse que tamaña formulación doctrinal que implicaba, *in situ*, un giro en la percepción de la causalidad de los sucesos delictivos aparejase, desde su surgimiento, críticas contundentes a la construcción del sistema que poco a poco se iba abriendo paso. Básicamente han sido tres los argumentos planteados y que guardan relación con la siguiente estructura argumental (Sánchez-Vera, 2002, p. 133): en primer lugar, los que conducen a afirmar que con la formulación de los delitos de infracción de deber se presenta una ilícita moralización del derecho mediante la introducción de deberes positivos en la estructura de interpretación del delito; en segundo lugar, los que expresan que los deberes positivos limitan la libertad individual, y en tercer lugar, aquellos que identifican una imprecisión, *per se*, en la estructura de los mandatos o deberes positivos (deberes de actuar). Estos argumentos se erigen sobre los siguientes ejes conceptuales:

Las instituciones positivas limitarían la libertad individual en mayor grado que las instituciones negativas. Los deberes que tiene su origen en instituciones positivas serían deberes morales. Las expectativas generales son expectativas morales, la más presupuesta que probada, separación entre derecho y moral tendría como consecuencia que las instituciones positivas pertenecerían al ámbito de la moral, y los mandatos de las instituciones positivas no serían idóneos, debido a su predicada falta de precisión para conformar normas jurídicas.

Dentro de todo este contexto el delito de infracción de deber es "ajeno" a la sistemática propuesta por la obli-

gación negativa, en algún evento podría comportarse como una arista del principio *neminem laede*, pero no podría estructurarse como figura independiente, a lo sumo, según Gallas, estaríamos frente a un problema de punibilidad que haría subsistir la adjudicación de responsabilidad por “vía de excepción” con una punibilidad disminuida. El problema de la moralización del derecho penal revive como espectro del pasado, los cuestionamientos a un derecho que enfoca sus raíces en mandatos y no en prohibiciones, conduce indefectiblemente a que se consideren más reducidos los límites de la libertad individual. Las formulaciones en contra centran su eje de movimiento en los siguientes cuestionamientos: 1) ¿cuáles son los mandatos positivos que originan consecuencias jurídico-penales por su desatención?, 2) ¿quién los precisa?, 3) ¿cómo se identifican y bajo que parámetros se infieren para ser aplicados a la realidad sociojurídica?

La “condición de incumbencia especial”. Un criterio modulador para la fijación de los límites diferenciadores de los contornos de la autoría y la participación

La formulación de una propuesta. Planteamiento general

Se ha expresado (Busconi, 2011) no sin cierta lógica, que la formulación y postrero desarrollo de los comportamientos donde la esencia del título de imputación radica en la “vulneración” de un deber cuyo cuidado y custodia ha sido conferido a un sujeto de “especial” condición social o legal, doctrinalmente descrita como “estatus”, es el resultado de una *inferencia racional* caracterizada por contar, dentro de sus cualidades, con una propiedad que subyace, *sine qua non*, al contorno de la imputación, así como a la atribución de responsabilidad por la ejecución de comportamientos conglobados en los criterios que rigen el dominio del hecho; convirtiéndose la primera categoría en un complemento (Bacigalupo, 2007) de la segunda, criterio a partir del cual, conforme a ciertas posiciones académicas, que más que una crítica implican un reconocimiento panorámico del tema, se fundamentan las reglas de la autoría para ciertos tipos de la parte especial del sistema sustantivo sancionador; modificándose las reglas de la accesoriedad de la participación hasta hace poco tradicionalmente aceptadas. Pero, sobre este específico aspecto es necesario afirmar que la condición propia en la cual se encuentra el sujeto en particular, no es la razón exclusiva que determina el tipo de deber; es más, no es la razón de imputabilidad del suceso, que dicho sea

de paso, se encuentra ya prefijado para la categoría de los delitos especiales, sino que lo que configura la legitimidad de la atribución del reato es la admisión de la existencia, dentro de la organización jurídica de la sociedad, de una estructura organizada y sistémica, denominada institución, la cual dentro de su marco de creación legal “contiene” *-in situ-* un deber de fomento que le incumbe a uno o varios sujetos individuales por mandato y que se encuentra, ahí sí en palabras de Roxin, antepuesto a la norma penal. La condición de incumbencia especial es referible al autor, no como garante del deber sino como responsable de la institución que es lesionada, y de la cual, él hace parte funcional como eventual administrador de riesgos. Dentro de este contexto se le ha otorgado, en mi opinión, una desmesurada primacía a la idea del deber, convirtiéndolo en un supraconcepto e incurriéndose, por esta razón, en una sobrevaloración de su significado y de su trascendencia.

El deber de fomento, inserto como correlato del principio latino *neminem laedere* conlleva el reconocimiento de una carga funcional aplicada en el sistema institucional a quien sea su destinatario legal, personaje a quien le incumbe la intangibilidad de la organización con la que él guarda relación normativa. Solo será autor quien tenga a su cargo la guarda de la institución, a quien no le incumba tal cometido e intervenga en el curso causal puesto en marcha, será a lo sumo, partícipe.

El cambio de paradigma se encuentra dado con la revisión del horizonte conceptual de las reglas que fijan la autoría, pero ya no aquellas que nos enseñaron a identificar la condición de sujeto “no central” a partir del grado de aportación efectuado a un curso causal no propio, convirtiéndose, este último aspecto en la consecuencia más relevante (Bacigalupo, 2007) y porque no decir principal, de una exposición coherente y racional de la teoría de los delitos que infringen un deber. Este tipo de comportamientos adquieran entonces una configuración propia, negándose que sean el resultado de una mutación (Busconi, 2011) en la naturaleza dogmática que compone los comportamientos que se rigen por el dominio del hecho, plexo en el que los supuestos de acción y de omisión “ceden” ante la órbita configurativa de la institución. Los criterios diferenciadores de esta categoría de comportamientos rigen para todos los tipos de la parte especial, no solamente para las conductas de resultado sino para todas aquellas donde concurre una institución y como parte integrante de ella, un obligado representativo.



En la configuración variopinta de los eventos jurídicamente reprochados por el legislador, los delitos de infracción de deber no son necesariamente delitos especiales. Estos últimos adquieren su denominación a partir de la existencia reglada de una figura exclusiva que como categoría del tipo configura la autoría, en el caso de los delitos que infringen un deber, la calidad del autor no la confiere la norma a una persona en particular, lo cual puede no ser perceptible en la descripción legislativa, sino en la existencia de una institución que es ofendida con la antijuridicidad del hecho.

Lo que fija la autoría como aspecto integrador del tipo, no es una particular condición del sujeto sino la existencia previa de una institución a la que este pertenece y de la cual deriva su caracterización como obligado especial. No se trata, intentando responder la pregunta formulada por Maximiliano Busconi (p. 50) de si se puede considerar contraintuitiva la atribución del título de autoría a ambos continentes conceptuales por razones tan disímiles y contrarias, puesto que no se arriba a la existencia de los delitos de infracción de deber por descarte, ni por inversión de los presupuestos que instruyen la dinámica del señorío del hecho, sino porque en la autoría, al surtirse un cambio paradigmático que troca el horizonte de comprensión del título de imputación, la razón lógica de atribución de la autoría es otra, no rigiéndose tal intervención en el reato por los presupuestos que hace ya varias décadas, rigen mayoritariamente los tipos penales de resultado por comisión. No podría entonces afirmarse que existe una desconexión de la estructura conceptual que rige la autoría en los comportamientos de la “parte especial” de una legislación sustantiva y la contribución de los sujetos intervinientes, bien sea como tributación física propia o como cuota parte fruto de la distribución funcional de actividades concurrentes en el *iter criminis*.

La institución no está tan fácilmente perceptible, subyace a la estructura de la regla de derecho, generalmente es de naturaleza extrapenal por lo que el intérprete debe de realizar una valoración integradora con otras disciplinas del ordenamiento jurídico para lograr su identificación, pero su configuración íntima rodea el comportamiento valorado como una segunda frontera de valoración, infringida paralelamente en el momento en que se lesiona al bien jurídico, pues su ubicación no está en el tipo sino en el injusto objetivo. Su caracterización principal es que la institución solo puede ser afectada por su representante en el curso causal, quien por tal hecho adquiere la condición de autor. El particular que no ostente

relación jurídica con la institución no la lesiona en el tipo autónomo, pudiendo a los sumo convertirse en partícipe. No se comparte la posición asumida por el entonces muy joven Roxin, y mantenida hasta nuestros días aunque con algunas sustanciales variantes, de considerar que la esencia hermenéutica en la preceptiva de esta clase de comportamientos radica en la presencia de un concepto descubierto por el maestro de München, tal vez de manera intuitiva, consistente en que en determinados tipos de la “parte especial” de la legislación normativa sancionadora existe un grupo de sucesos cuya estructura no puede regirse por los criterios, hoy ya de aceptación mayoritaria, de adecuación típica donde impera el dominio del hecho, sino que en estos subyace la presencia de un deber jurídico extrapenal sobre el cual se asienta el proceder de un sujeto denominado obligado especial (*intraeus*). Creemos, si bien en la integridad arquitectónica de la formulación, que el núcleo duro de interpretación de estos eventos causales es el concepto de institución, sociológicamente acuñado, que absorbe a su vez la figura del deber, pero contemplado dentro de su cobertura. La institución como concepto es autónoma, no depende de otra disposición legal para contener el injusto, y tanto el deber (que tiene que ser jurídico pero no necesariamente penal) como la “silueta” del autor son figuras que hacen parte integrante de su configuración.

Ninguno de los contornos mencionados anteriormente, individualmente considerados, se erigen como condiciones prevalentes de la autoría, son refractarios al título de imputación como *intraeus*, pues no actúan por sí solos con vocación de infracción de un ente público. El *intraeus* es responsable por que actúa perteneciendo a una institución que resulta lesionada en su intangibilidad normativa y no porque se vulnere, por él directamente o por un tercero, un deber jurídico del cual él era garante. La garantía de protección del sujeto que adquiere la condición de obligado especial es con la institución, dentro de cuyos contornos se encuentra el deber de fomento y preservación, en algunos casos del *statu quo*.

Las variables dogmáticas integradas a la tesis planteada

La admisión dogmática de los principios y reglas que enmarcan la propuesta, así como la aceptación sistemática de la configuración metodológica que gobierna la inferencia racional que causa la adjudicación del rol de autor, no fundado en los evidentes criterios de la aportación a un curso causal, propio o ajeno,

puesto en marcha, sino a quien posea una calidad específica por mandato legal, en virtud de la cual ostenta una posición de relación directa con una institución, de la cual emerge un deber de actuación que abarca con efectos de coacción reglada a todos sus solidarios sostenedores, conlleva a que se formulen, al menos de entrada, una serie de interrogantes derivados de las, hasta ahora perceptibles y paulatinas aplicaciones del esquema de imputación propuesto. En tal sentido cabría preguntarse: 1) ¿cómo se identifica la frontera existente entre el acto preparatorio no punible de la “figura marginal”¹² del hecho (partícipe) y la realización de los primeros actos ejecutorios, constitutores de tentativa, por parte de la “figura central” (autor) del curso causal? 2) ¿cuándo inicia,¹³ bajo esta modalidad específica de comisión, la punibilidad del partícipe? 3) ¿no impone la lógica que todo titular de deber sea reputado como autor? y 4) ¿cuál límite¹⁴ constituye la “fijación exacta” de los contornos del actuar que enmarcan los planos de movilidad de la autoría y la participación?.

Uno de los aspectos centrales de toda visión en conjunto del problema va dirigida a encontrar los elementos comunes que caracterizan ambos esquemas, reconociéndose que la figura del deber ya se encontraba inserta en varias categorías de conductas —tipo en las que se impone una relación lógica sencilla, consistente en que si toda norma contiene un deber, todo delito infringe una norma y por lo tanto, todo delito infringe un deber; inferencia a partir de la cual

se establece— mucho antes que en la formulación de Roxin en la que señala que la autoría no podía ser explicada conforme a los criterios fijados por el dominio del hecho, existiendo, para ello, tres grupos de delitos respecto de los cuales no es dable aplicar dicha concepción: 1) los delitos de omisión, 2) los delitos imprudentes, y 3) los delitos especiales propios¹⁵, respecto de los cuales existen como criterios fundantes de la autoría: a) el deber que emergente de la posición de garante, b) el deber que surge del denominado “deber objetivo de cuidado”, y c) el deber que surge del estatus o especial posición jurídica en que se encuentra el obligado (*intrañeus*)¹⁶, cuestionándose inclusive, la relevancia del paso dado por Roxin (Bacigalupo, 2007).

Los criterios doctrinales anteriores no se permean con la asunción de los comportamientos de infracción de deber como categoría ontológicamente dada, afectándose la comprensión de los principios de legalidad o lesividad, puesto que la categoría descubierta, no creada, desde la década de los sesentas entiende que la postulación, para cierto tipo de comportamientos, sostiene que la diferenciación entre acción y omisión es meramente enunciativa, y que se infringe la norma cuando no se respalda la estructura institucional del rechazo, *in limine* de la construcción. Lo cual es fruto de la tradición cultural dominante en materia de aportación de la acción o del ánimo de realización de la conducta conforme a las denominadas teorías objetivas y subjetivas que a la ontologización misma de la norma. El concepto de norma es entendida más antropológicamente.

En la formulación del autor mediato, la acción de la autoría recae en el garante de la infalibilidad de la institución, es a él a quien corresponde su protección, independientemente de la cualificación del instrumento no doloso o del sujeto que actúa con conocimiento de la existencia de los elementos normativos del tipo, en especial del elemento normativo prefigurado en la institución. No se trata de atentar contra el principio de *lex stricta*, visibilizando figuras no tangibles sino entender que la tipicidad es la abstracta descripción que realiza el legislador en una regla normativa de una hipótesis comportamental pero ampliada en su compromiso de intervención a quienes lesionen la institución, independientemente de su forma de dañarla. No se

12 A propósito, fuerte crítica en Urs Kindhäuser. *Infracción de deber y autoría: Una crítica a la teoría del dominio del hecho*, el deber al que hace referencia el profesor Roxin como subyacente al tipo de los denominados delitos de infracción de deber, no es coincidente con los que fundamentan la infracción a la norma penal, se trata de deberes externos y respecto de cuya lesión no interesa la forma de la acción, la cual resulta irrelevante (p. 48).

13 Busconi lo resuelve *ipso facto*: la punibilidad del partícipe comienza, sí y solo sí, se ha dado comienzo por parte del autor, a su propia ejecución del hecho principal (2011, p. 54). Sin embargo, lo demostrado no es del todo evidente, pues, en primer lugar, se asume, *ex ante*, sin ninguna razón aparente para ello, la existencia de partícipes dentro de una cosmovisión dogmática que precisamente los excluye, propugnando por su configuración escénica y, en segundo lugar, admitiendo, *ex post*, lo evidente, conforme a las reglas del dominio del hecho, que autor es quien ejecuta su curso causal siendo necesariamente el dueño de ese proceso.

14 Este problema de investigación fue formulado por Enrique Bacigalupo de la siguiente manera: “El punto de partida de toda elaboración teórica tendiente a explicar la naturaleza de la autoría se encuentra en la fijación del límite exacto entre el autor y los partícipes” (2007, p. 41). En la misma obra se presenta el argumento consistente en que la constatación de dicha admisión ofrece el siguiente panorama: o dicho límite: 1) no existe, o 2) se encuentra en “terapia intensiva”, o 3) se encuentra, hoy por hoy, seriamente cuestionada.

15 Donna Edgardo, *Derecho penal. Parte general* (citado en este punto por Busconi, et al., quienes son enfáticos en manifestar que la autoría mediata es imposible en los delitos especiales.

16 Interesante cuestionamiento en Bacigalupo (2007).



trata de postular la existencia de comportamientos de manera clara en la parte especial para luego negarlas conforme a su realización, la subsunción sigue siendo directa, lo que sucede es que el molde se amplió. El problema no radica en la descripción de la conducta sino en la inespecificidad de los deberes a los que se refiere el legislador.

La “condición de incumbencia especial” como estructura *a priori*

Sistemáticamente podemos estructurar, con vistas a una reformulación fragmentaria de los planteamientos que sustentan el arquetipo de los delitos que infringen un deber extrapenal, la configuración dentro de esta categoría fijadora de la punibilidad para el autor y los partícipes de un concepto, en nuestra opinión novedoso, que configura la principal característica de la naturaleza ontológica de este género de comportamientos, que integra la substancia que fija el título de imputación de la autoría en el sujeto administrador del riesgo como único agente con posibilidad efectiva de lesión del bien protegido, por ser él el garante de la intangibilidad teleológica del organismo público del cual hace parte. Ese concepto lo he dado en denominar “condición de incumbencia especial”, hallado, no en un elemento descriptor del tipo objetivo, sino en una inferencia configuradora de la exigibilidad de reconocimiento comunicativo que se presenta entre la fijación legal del instituto y la producción del resultado típico. Esta investigación postula la existencia de una característica inmanente al tipo de infracción de deber, entendida como cualidad, como sustancia atribuible a la esencia de la cosa en sí, no en la percepción de Platón, caracterizada por su realismo ideático, sino enraizada en la comprensión de Aristóteles sobre las categorías de la proposición lógica.

La teoría del deber, a la cual se alude constantemente dentro de la literatura especializada que a lo largo de las últimas cinco décadas ha abordado el tema, es prolija en debatir la existencia o no de deberes positivos y/o negativos que implican prestaciones de alguna índole, conforme al principio de *neminem laedere*, los embates argumentativos van de lado a lado, sin embargo, es necesario plantear que más que la prestación de los deberes se debe de redireccionar la cuestión hacia la capacidad funcional de la institución para cumplir con el cometido estatal depositado en ella en virtud de la ley. Claro, se encuentra que dentro del tipo objetivo, la institución subyace a

su proceso de adecuación, no la integra descriptivamente, pero su existencia surge merced al proceso de inferencia. Por tal razón, las relaciones paterno filiales, las relaciones matrimoniales y sus extensiones conexas, la seguridad del Estado, las que se derivan de la actividad propia de la impartición de justicia y las que proceden de los cometidos genuinamente estatales, si bien no se encuentran descritas en el tipo de manera específica, hasta el punto de que el intérprete las considere como un elemento normativo de la conducta, si enmarcan la sistematicidad de la acción descrita, la rigen y se redireccionan conforme a ella. Variando el horizonte de la percepción, entendemos que el esfuerzo no hay que centrarlo en la identificación del deber, el cual ya se encuentra descrito en los fines del organismo público del cual se origina, sino en la proyección y eficacia político-criminal de la institución que lo contiene. Léase de otro modo: el deber se convierte en un instrumento vivificador de la institución, es la sangre que corre por sus arterias y que se materializa en la concreción de los fines del Estado.

En la relación sinalagmática existente entre la fijación legal del instituto/producción del resultado típico, se presenta un ámbito de comunicación biunívoco entre el actuante como organización de carácter público y la sociedad dentro del cual el deber se instrumentaliza convirtiéndose, ya no en un concepto difuso y meramente exigible, *ad futurum*, sino en una forma de interpretar la calidad de sujeto escogido” por el legislador. Cuando un funcionario judicial, emite una decisión manifiestamente contraria a la ley, con implicaciones para la libertad de un legítimo destinatario de la ley penal no está vulnerando simplemente el deber extrajudicial de documentar fehacientemente un acto que le corresponde, está yendo mucho más allá, está vulnerando la institución a la cual pertenece, infringiendo la estructura conformada para una administración de justicia incorruptible y transparente. En este evento, el deber de fomento de un Estado legítimo en sus decisiones es el instrumento con que se materializan las relaciones surgidas por la confianza que la sociedad ha depositado en sus cortes.

La condición de incumbencia especial surge como categoría predicativa de la institución, personificada en la función del Estado en desarrollar políticas de protección de quienes en virtud de alguna relación legal se encuentren bajo su directa cobertura. Por ejemplo, el sistema carcelario de un país tiene bajo su vigilancia y custodia a todos los infractores de la ley penal, así

estas personas hayan infringido sistemáticamente el orden jurídico, independientemente de la intensidad de sus actos valorados previamente. El Estado fomenta su protección y salvaguarda adoptando políticas penitenciarias que propugnen por la entronización del principio de dignidad humana, implementa políticas públicas en tal sentido y dirige toda su atención hacia ello. Le incumbe al potencial autor de la conducta, de manera especial (no general) la efectividad de la institución y de sus fines, si actúa en contra de dichos fines será autor por infracción institucional, así no haya concurrido al curso causal con aporte alguno, pues su obligación como *intraeus* era mantener o fomentar el mundo preconcebido antes de que él lo integrara. Por ello es una condición *a priori*.

Las características que fijan el concepto de “incumbencia especial” como condición son las siguientes: 1) se comporta como un predicado de la proposición lógica, 2) es especial y no general, 3) se predica de la relación jurídica del autor con la institución y no del autor mismo, 4) se constituye como una unidad *a priori* del pensamiento, 5) fundamenta la punibilidad, y 6) fundamenta inequívocamente el título de imputación.

La “incumbencia especial” como condición *a priori* de la institución

La incumbencia especial es una condición *a priori* de la institución, no del sujeto prefijada en ella por el legislador como atributo de necesaria intervención final de los cometidos estatales. Quien interviene en un decurso criminoso lo hace en virtud de su relación jurídica con el organismo al cual pertenece, bien sea por contrato o por cualquier otra condición emanada de la ley, y es en virtud de esa relación que fomenta, dentro de sus ámbitos competenciales, que actúa garantizando la vigencia de la institución mediante la realización de prestaciones positivas. Las condiciones deontológicas de actuación debida, sujeción a los deberes de protección y solidaridad emanados de los mandatos objetivos de cuidado, de posición de garante y los que resultan en virtud de la posición jurídica del *intraeus*, guarda de la buena fe, preservación de la confianza legítima, así como las circunstancias jurídicas propias del derecho civil que reconocen la existencia de condiciones resolutorias y suspensivas, positivas y negativas, causales, potestativas y mixtas, para dar solo un ejemplo, constituyen un esquema de equiparación interpretativa respecto de la denominada “condición de incumbencia especial”, que es entendida como propiedad de la cosa en sí en un sentido lato, y como

unidad indisoluble existente en el injusto objetivo de los delitos que infringen un deber jurídico extrapenal, en un sentido más específico.

La institución es asumida transversalmente en el planteamiento de esta investigación como una estructura polivalente, que configura con su dimensión funcional el Estado de derecho y que caracteriza, momento a momento, la dimensión comunicativa de los individuos relacionados intersubjetivamente, generando en el grupo la percepción del cumplimiento del sistema normativo. La institución como tal se encuentra vinculada al sistema político de un Estado, forma parte de él y propugna por la consecución fragmentaria de los fines más esenciales de la organización suprajurídica. Una vez creada, tiene vida propia, tiene que ser implementada para que se proyecte en la sociedad y actúe en el concierto global como un ente que comunica la teleología constitucional que la caracteriza, con prescindencia de los sujetos que eventualmente la integren, los cuales determinan sus atribuciones por ser básicamente fungibles. Otra de sus características más perceptibles es que pervive rigiendo en la temporalidad, mientras la institución tenga vigencia.

Establecida la naturaleza del concepto de institución para este estudio, es necesario afirmar que el sistema de integración del sujeto al organismo es irrelevante para las pretensiones de su demostración, el mismo puede ser logrado en virtud de cualquier relación jurídica lícita que la caracterice, generándose a partir de su conformación una posición especial del sujeto por medio de la cual actúa, pero como instrumento y no como fin. La obligación surge, no por la existencia, *per se*, de un deber jurídico que imponga el mandato a quien se encuentre en uno de los extremos de la relación, sino en virtud de la institución misma, la cual contiene el deber desde sus orígenes, el mismo es inmanente a ella en su funcionalidad, pero es la institución la que resulta efectivamente lesionada con el proceder típico del autor. No se trata de equiparar en un mismo plano categorial, confundiendo los conceptos, las figuras de bien jurídico e institución; no, el bien jurídico se encuentra inserto de manera específica por el legislador en cada tipo penal de la “parte especial”, es, por así decirlo, un primer nivel de afectación previsto, causado por la conducta típica y que se reconoce como el primer muro de contención antepuesto a la hipótesis fáctica que recibe el impacto de la realización de la conducta que por ello se torna en jurídicamente relevante.



CONCLUSIONES

1. La connotación de la categoría jurídico-penal de la autoría no puede fundamentarse en criterios jurídicos que prescindan de un proceso de interpretación construido sobre estándares axiológicos, intemporalmente válidos, referidos a la condición de persona y sociedad. La normativización de la condición de autor o interviniente dentro de un determinado curso causal no puede estar atada a circunstancias temporo-espaciales que impliquen la fijeza del concepto, sino que su dinamización debe encontrarse garantizada por la realización de un proceso dialéctico que surja como consecuencia de la producción de inferencias formales de carácter racional. En tal sentido, podemos presentar como primera conclusión, que el proceso de consolidación de un concepto de autor, para el continente de los tipos que infringen un deber, es un proyecto inacabado dentro de la dogmática jurídico penal contemporánea y que sus vaivenes definitorios arrancan con la asunción, irrestricta o ponderada, de teorías filosóficas que van desde la aceptación incondicional del objeto como fuente en la construcción de todo pensamiento, hasta la sublimación del sujeto, en todas sus dimensiones y con todas sus consecuencias. A diferencia de las ciencias de la materia que se precian de fijar contenidos escalonadamente en la autopista del conocimiento, en las ciencias sociales, un concepto formulado no prefija el siguiente, no lo cimienta indeleblemente hacia el futuro; antes por el contrario, de momento a momento, argumento tras argumento, de teoría a teoría se presenta un acrisolamiento de los conceptos existentes, los cuales por no encontrarse petrificados, se hacen maleables convirtiéndose en criterios elásticos y difuminables, frente a otros que surgen diacrónicamente en el vector que señala la evolución del pensamiento jurídico penal.
2. Dentro de la contextualización de los delitos de infracción de un deber, ontológicamente comprendidos, naturalmente dados y fenomenológicamente presentados, los criterios fundantes de la autoría no pueden seguir estando atados a lineamientos fijados por la teoría del dominio del hecho, siendo menester acudir a la interpretación de la naturaleza misma del tipo descrito por el legislador histórico. Quien ejecuta el hecho, solo podrá ser autor, sí y solo sí, vulnera la intangibilidad del núcleo de protección que le ha sido conferido en virtud de relación contractual o por mandato público (como es el caso de las obligaciones genuinamente estatales) que lo convierten en garante de la posible ejecución de una acción positiva dirigida a precaver la lesión de un deber que le ha sido confiado. El objeto de la acción, para presentarlo en términos propios del idealismo kantiano, no es la producción real de la figura gramatical (verbo) descrita en el tipo y que connota un generar, es por el contrario, la protección mediante acciones positivas de ejecución, de algo que se encuentra conminado con una obligación impuesta o adquirida en consenso y que se torna jurídicamente relevante. Ese algo es un deber inserto en el tipo, no confundible con el instituto que el legislador quiso proteger cuando materializó el reproche en una descripción abstracta de un determinado comportamiento social.
3. El deber jurídico público se convierte en un elemento normativo del tipo no “visualizable de entrada”, en el supuesto de conducta que compone la norma pues no se halla semánticamente especificado, solo puede ser inferido en virtud de un proceso de interpretación racionalizada de la ejecución del mandato de protección que subyace en el tipo. La anterior afirmación presenta como ineludible el siguiente cuestionamiento: ¿qué papel juega entonces para la teoría de la autoría la intervención, en muchos casos no física, por parte del *intraeus* que tiene a su cargo la protección de un deber extrapenal que subyace en el tipo, en una ejecución causal funcionalmente dirigida, de la cual él es el único garante de su evitación, de su no producción y a *contrario sensu*, que se encuentra compelido por la obligación de intervención (injerencia) en la guarda del núcleo esencial del tipo? Conclusión preliminar de lo anterior es que el núcleo del tipo, en cierto plexo de comportamientos, no lo constituye la conducta jurídicamente reprochada (materializada en la acción verbal conjugada) sino en la intangibilidad de la institución que es protegida por el deber que le es inmanente, en muchos casos de naturaleza extrapenal, que gravita en el sentido funcional de la norma y que no se encuentra descrito, ni sintáctica ni morfológicamente.
4. En el plexo de posibilidades que genera la intervención de un sujeto dentro de una determinada acción jurídico-penal, las conceptualizaciones de complicidad e instigación se encuentran reservadas para el no garante del cumplimiento del deber positivo (*extraneus*), a quien no le puede ser referible porque no le incumbe su guarda. La autoría solo se encuentra reservada al *intraeus*, quien es el único que tiene la “condición de incumbencia

especial” para proteger pero también para infringir la institución subyacente al tipo. En este contexto se presenta la superposición teórica que a lo largo de varias décadas ha sido la constante dentro del proceso de evolución de la comprensión de la autoría y la participación en el derecho penal. Posturas ontológicas, legales, unitarias, extensivas y restrictivas que identifican al autor como la persona que realiza el hecho descrito en el tipo, conceptualizándolo como el sujeto al cual se le puede imputar uno de esos hechos o como el anónimo contenido en los tipos (Welzel), desembocando en una pregunta ineludible: ¿son los tipos penales, tipos de autoría?

5. La infracción de un deber especial de contenido normativo y de naturaleza positiva que restringe su radio de imputación en calidad de la persona del autor, se presenta fundado en la creación de riesgos jurídicos, penalmente relevantes donde las realidades normativas se desenvuelven dentro del ámbito de lo público, excluyendo de plano al particular, el cual no infringe deber positivo alguno. Se podría afirmar entonces, que se presenta una ruptura del criterio de unidad en el título de la imputación por vulneración del principio de accesoriidad en aquellos comportamientos cuya esencia estriba en la conducta legislada inscrita en un tipo, pues solo será autor quien tenga la calidad de obligado especial respecto de un deber jurídico de protección.
6. El título de imputación para los denominados delitos de infracción de deber radica, no en la infracción de un deber especial, anterior de conocimiento *a priori*, sino en la naturaleza misma de la institución que lo contiene. En tal sentido se ha intentado responder a la fuerte crítica que, sobre la concepción de institución formula Jakobs y que ha emitido también Planas, en el sentido de que al concepto de institución no le es predicable ninguna de las categorías de la imputación objetiva, no siendo compatibles las figuras y derivando el sistema normativo en la concepción de un derecho penal abiertamente desfavorable a garantías individuales. La enunciación de las estructuras político-jurídicas, desarrolladas por Jakobs, no sufre mengua alguna al considerar que, analógicamente, deben serle predicables y ajustables las categorías del riesgo permitido, la confianza especial, la prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo de la víctima. No se trata de una petición de principio sino del reconocimiento de que los criterios fijadores de la imputación objetiva, como figura moduladora de la causalidad, permiten ser aplicados autónomamente a la relación del obligado especial con la institución, no tratándose de

una importación arbitraria de esquemas conceptuales, que de ser aceptada implicaría, ahí sí, una violación del principio de lesividad.

7. La lesión de la organización institucional fija el tipo, consuma la conducta y se convierte en el título de imputación de la autoría a su garante. El daño en el establecimiento es punible porque defrauda expectativas de intangibilidad de los individuos en la organización política creada *ex-ante* de la manobra defraudatoria de la forma política instaurada.
8. El legislador en su libertad de configuración normativa no fija dentro de la abstracta descripción de la conducta que realiza en un tipo (Tatbestand) ni la configuración del deber subyacente ni el entorno de la institución protectora del mandato; su misión es diáfananamente expositiva pero no identificativa del telos que enmarca la regla de conducta. Los tipos penales que describen deberes generales y especiales, bien sea de naturaleza positiva o negativa, deben contar con una clara descripción en el supuesto de hecho normado, pero a diferencia de estos, los delitos cuya esencia radica en la vulneración de un deber consagrado en una institución jurídica no necesitan ser explicitados en la parte especial del plexo sancionador. Se puede advertir que nos encontramos ante un derecho penal que protege institutos invisibles, lo cual no deber ser motivo de alarma social, pues en últimas, el régimen punible castiga atentados contra instituciones, no contra deberes.
9. La ley no crea, *ex nihilo* una posición de garante, solamente establece los límites de la responsabilidad de una persona cuando ostenta una relación con la institución, por lo tanto, no todo deber jurídico constituye deber de garantía, pero, por excepción los que si la constituyen, por ejemplo, a) los deberes de relación, siendo el caso de los deberes de protección frente al objeto de riesgo, como es el caso de los criterios empresariales aplicados al manejo de patrimonios autónomos confiados a su guarda, b) el deber de injerencia, fundado en un hacer precedente, y c) el deber de aseguramiento, donde el obligado se debe a que su organización no sufra daño externo.
10. La condición de “incumbencia especial” surge como categoría predicativa de la institución, personificada en la función del Estado en desarrollar políticas de protección de quienes, en virtud de alguna relación legal se encuentren bajo su directa cobertura. Por ejemplo, el sistema carcelario de un país tiene bajo su vigilancia y custodia a todos los infractores de la ley penal, así estas personas hayan infringido sistemáticamente el orden



jurídico, independientemente de la intensidad de sus actos valorados previamente. El Estado fomenta su protección y salvaguarda adoptando políticas penitenciarias que propugnen por el reconocimiento del principio de dignidad humana, implementa políticas públicas en tal sentido y dirige toda su atención hacia ello. Le incumbe al potencial autor de la conducta, de manera especial (no general) la efectividad de la institución y de sus fines, si actúa en contra de dichos fines será autor por infracción institucional, así no haya concurrido al curso causal con aporte alguno, pues su obligación como *intraneus* era mantener o fomentar el mundo preconcebido antes de que él lo integrara. Por ello es una condición *a priori*.

11. Las características que fijan el concepto de “incumbencia especial” como condición son las siguientes: a) se comporta como una predicado de la proposición lógica, b) es especial y no general, c) se predica de la relación jurídica del autor con la institución y no del autor mismo, d) se constituye como una unidad *a priori* del pensamiento, e) fundamenta la punibilidad, y f) fundamenta inequívocamente el título de imputación.
12. De la institución como concepto universal y absoluto se predica cualquier condición específica, la de incumbencia es una de ellas, que a su vez, ésta la proyecta como unidad en cabeza de un sujeto con el cual configura una relación jurídica determinada.
13. La condición de incumbencia especial, al no referirse a la persona del autor sino a la estructura misma de la institución no es general sino especial, pertenece solo a ella y es dada, temporoespacialmente circunscrita al sujeto que la compromete con su actuar.
14. El autor en los delitos de infracción de deber domina funcionalmente el curso de la acción, a partir de una especial relación con un deber jurídico extrapenal que subyace a la descripción típica del comportamiento, y a partir de allí, se erigen las construcciones de la coautoría y la autoría mediata. El reconocimiento de la existencia de este deber se extiende, a más de los delitos dolosos de comisión, a los delitos de omisión y a los delitos imprudentes. En estos últimos, el deber objetivo de cuidado, que se encuentra inserto en cada uno de los tipos de prohibición, es el deber de naturaleza no penal que genera una relación del sujeto-agente con la protección del bien jurídico que le es referible al llevar a cabo actividades peligrosas.
15. Las categorías centrales del delito se encuentran estribadas en los perímetros de una estructura social ya preformada donde la función de la pena, como fundamento de responsabilidad jurídica, es advertida a través de ámbitos de competencia, tanto organizacional como institucional, cuya expectativa de aplicación genera en la sociedad da perspectivas de reequilibrio general. La acción jurídica, penalmente relevante, es comprendida como un acto de comunicación entre el Estado y el destinatario de la hipótesis sancionadora que implica un certero mensaje de ruptura de los cimientos contractualistas que garantizan la convivencia de la sociedad. Dentro de esta concepción, la teoría de la pena desempeña un papel importante pues se constituye en el contorno de la determinación del ámbito de la culpabilidad sobre el cual se estructura, a partir de la prevención general, para llegar a la consideración de que sin culpabilidad no hay acción. En sentido contrario, podría afirmarse igualmente, que el individuo, debe estar en capacidad de asumir las consecuencias del evento del cual es responsable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*. Madrid: Pons.
- Bacigalupo, E. (1984). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis.
- Bottke, W. (1992). *Tatherrschaft und gestaltungsheerrschaft*, Heidelberg: Augsbur er Rechtsstudien Band 13.
- Busconi, M., López, H. & Kierszenbaum, M. (2011). *Autoría, delitos de infracción de deber y delitos de lesa humanidad*. 1ª Edición. Buenos Aires: Ad. Hoc.
- Caro, J. (2003). *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Recuperado el 4 de diciembre de 2014 de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf
- Donna, E. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Universidad de Extremadura, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Madrid: Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas.
- Jakobs, G. (2005). *La imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (2005). Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117 (2), 247.
- Jakobs, G. & Meliá, C. (2000). *El sistema funcionalista del derecho penal*. Lima: Editorial Grigley.
- Jescheck, H. (1981). *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Kindhäuser, U. (2003). Cuestiones fundamentales de la coautoría. *Revista Penal*, 11, 53-70.
- Luhmann, N. (1990). *System und funktion*. Traducción de Santiago López y Dorothea Scmitz. 1ª Edición. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Robles, R. (2003). *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Roxin, C. (1968). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (1996). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamento de la teoría del delito*, 2ª Edición. Madrid: Editorial Civitas.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Editorial Civitas.
- Sánchez-Vera, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Welzel, H. (1951). *Teoría de La Acción Finalista*. Uruguay-Buenos Aires: Editorial de Palma.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Roque De Palma Editor.
- Welzel, H. (1971). *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Aguilar.
- Welzel, H. (2005). *El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F.

