

DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

Germán Aller ¹

SUMARIO

1. El deber en la sociedad actual. 2. Delitos de infracción de deber en el Código Penal Uruguayo. 3. El delito como infracción a un deber general. 4. El específico delito de infracción de deber. 5. Dominio del hecho e infracción de deber. 6. Objeciones al delito como infracción de deber. 7. Crítica. 8. Conclusiones.

1. EL DEBER EN LA SOCIEDAD ACTUAL.

Vivimos en sociedades complejas, con graves conflictos interpersonales y crisis de valores esenciales para la convivencia en un sistema de Derecho. Como ha señalado BACIGALUPO ZAPATER, el prototipo de delito tangible se ha ido desplazando desde lo sensitivo y captable por los sentidos, hacia el incumplimiento de deberes centrándose en la *significación comunicativa del hecho* ².

La sociedad del siglo XIX luchó por independizar nuestros países y, logrado esto, agregó la codificación como forma de organizar los incipientes estados. El siglo XX quedó marcado por grandes guerras, a la vez que la concreción de importantes tratados y convenciones internacionales referidos a la protección de las personas frente al Estado, así como por el tremendo flagelo de las dictaduras en nuestra América Latina. En el último cuarto del siglo se salió de ese oscuro capítulo. El siglo XXI parece perfilarse como el de los derechos humanos, la tolerancia y la igualdad, pero –entre otras cuestiones que no atañen al tema– también se nota una contradictoria tendencia al autoritarismo desde el propio Estado y, concretamente, a través del Derecho penal merced a las cuestiones de seguridad y los riesgos, no siendo ajeno lo concerniente a los deberes y expectativas ciudadanas.

Esto hace necesario prestar particular atención a los criterios de imputación y los instrumentos jurídicos de punibilidad para evitar tales nefastos excesos que se presentan en la forma de un Estado vigilante que todo lo quiere prevenir adelantando abusivamente barreras punitivas y

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de la República (Montevideo) y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid). Catedrático de Derecho Penal y Profesor Adjunto de Criminología de la Universidad de la República. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay.

² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 19-21. Cfr. ALLER, Germán, “Imputación objetiva en el tipo omisivo y abandonico”, en *Criminología y Derecho penal*, t. III, libro en coautoría con LANGON CUÑARRO, Miguel, Del Foro, Montevideo, 2007, pp. 178-182. También, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 65-67.

restringiendo espacios de libertad de las personas. También en ocasiones se constata esa proclividad constrictora por parte del Estado en ámbitos tales como el tributario, laboral y empresarial³.

Las instituciones sociales vinculan a las personas y generan lógicas expectativas en cuanto a su función en la sociedad. Esto es claro respecto de una empresa o la actividad en el orden del trabajo, pero abarca asimismo a otro tipo de rangos institucionales como –por ejemplo– el funcionario estatal y la familia. En esos ámbitos, se pretende que la sociedad se reafirme en valores fundamentales, tales como la honestidad y lealtad, viendo allí que el incumplimiento de ciertos deberes constituye una lesión al bien jurídico.

2. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN EL CÓDIGO PENAL URUGUAYO.

Dentro del tema de los delitos de autoría y participación se distinguen los delitos de *dominio* y los de *infracción de deber*. En los primeros, el dominio del hecho es determinante para discernir la calidad de autor. Entre los delitos de infracción de deber se hallan ciertos delitos especiales, tales como los de omisión y los societarios.

En relación al Código Penal uruguayo (CPU), la omisión de asistencia (art. 332 del CPU) implica el incumplimiento de un mandato o deber de actuación solidaria que se realiza mediante la desobediencia. Así como las conductas abandonicas de niños y personas incapaces (arts. 329 y 331 del CPU).

En el elenco de los delitos contra el orden de la familia, el art. 279 lit. “A” del CPU castiga la *omisión de la asistencia económica inherente a la patria potestad o la guarda judicialmente conferida* y el art. 279 lit. “B” prevé la *omisión de los deberes inherentes a la patria potestad*.

En lo concerniente a los delitos contra la Administración de Justicia, se observa que el art. 177 del CPU refiere a la omisión de los funcionarios en proceder o denunciar delitos, abarcado a jueces, policías y demás funcionarios públicos, excepto en aquellos delitos perseguibles a instancia del ofendido. Por su parte, el art. 178 contempla la omisión de quienes no comparecen a prestar concurso ante la justicia estando obligados a hacerlo en su calidad de testigo, perito, intérprete, etc.

En art. 133 del CPU en su nal. 2.º establece que el ciudadano a quien el Gobierno ha encomendado tratar asuntos de Estado con otro Gobierno y se sustrajere a ello comprometiendo los intereses públicos, comete un delito contra la patria.

En Uruguay la prevaricación (art. 194 CP) está prevista respecto del abogado que *faltando a sus deberes profesionales, perjudique los intereses de la parte que defiende judicial o administrativamente*. Se trata, como se ve, de un

³ ALLER, Germán, *Criminalidad del poder económico. Ciencia y praxis*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 288-295.

comportamiento cuyo eje central es infringir el deber de asistir y aconsejar lealmente al patrocinado.

En el terreno de los delitos contra la Administración Pública se dan varias hipótesis de delitos de infracción de deber. Así las cosas, el art. 160 del CPU prevé la infracción de deber del funcionario público que procede con engaño en actos o contratos en que debe intervenir por razón de su cargo y dañare a la Administración, constituyendo el delito de fraude.

Similarmente es lo que ocurre con el art. 161 del CPU que tipifica el delito de conjunción del interés personal y del público al funcionario que se interese con un fin indebido en actos o contratos donde deba intervenir por razón de su cargo.

Más aún el siguiente art. 162 que consagra el delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley para el funcionario público que, abusando de su cargo, procediere arbitrariamente. Sin embargo, este tipo penal ha sido repetidamente reputado inconstitucional, pese que la Suprema Corte de Justicia uruguaya invariablemente ha fallado reafirmado la constitucionalidad de este tipo penal abierto, laxo e imposible de determinar con cabalidad la conducta reprochable. De hecho, es llamativo que se señale que sean delito aquellos casos *no previstos especialmente por la ley*.

Otro ejemplo de delito de infracción de deber es el art. 163 del CPU, referido a la utilización indebida de información privilegiada. Esta conducta requiere que el funcionario público infrinja su deber como tal dando uso inapropiado a la información o datos reservados que conozca por su cargo.

El art. 164 del CPU contempla la omisión contumacial de los deberes del cargo por parte del funcionario injustificadamente omiso o que rehuye a ejecutar los deberes que corresponden a su cargo.

Puede incluirse como infracción de deber el desacato por desobediencia abierta al mandato del funcionario, contemplado en el art. 173 nal. 2.º del CPU.

Viene al caso hacer mención también de la injustificada revelación del secreto de correspondencia y comunicación (art. 298 del CPU), de documentos secretos (art. 301 del CPU), del secreto profesional (art. 302) y bancario.

En este recorrido para detectar infracciones de deber previstas en la ley penal uruguaya he optado por acotarme al Código Penal (sin perjuicio de que en leyes especiales y extra-código existan otras), pero me permito la excepción del delito de defraudación tributaria contenido en el art. 110 del Código Tributario de mi país. Consiste en la conducta fraudulenta en beneficio propio o ajeno tendiente al enriquecimiento indebido a expensas de los derechos del Estado a la percepción de sus tributos. La actual redacción de este tipo penal — modificado en 1982— enciende la duda de si se trata de una infracción de deber, pero se puede concluir que la conducta es proceder con engaño y que lleva inmiscuido un deber específico por parte del contribuyente, constituyendo potencialmente un delito especial. Similar razonamiento se puede formular en relación a la obligación de los agentes de percepción y retención de tributos que

no viertan los mismos, a los cuales por disposición legal se les imputa delito conforme a las reglas de la apropiación indebida.

3. EL DELITO COMO INFRACCIÓN A UN DEBER GENERAL.

Toda norma de Derecho impone un deber de acatamiento que, según BINDING (1872), el tipo penal describe la conducta punible desplegada por el autor. El cual, al realizarla, se hace acreedor de la pena. Quien delinque viola la norma y efectúa la conducta contemplada en la ley penal ⁴. Con aproximación de ideas, THON desde una tesitura monista enunció en 1878 que la norma es un imperativo jurídico al súbdito ⁵. Esto se corresponde con que el Derecho penal es una ciencia del “deber ser” (*Sollen*) ⁶ que ha de corresponderse con ciertos límites valorativos o, al decir de JELLINEK, un *mínimum ético* ⁷. Más allá de la cuestión acerca de incumplimiento de mandatos (delitos de omisión) y violación de prohibiciones (delitos de acción), resulta acertado expresar – como explica BACIGALUPO SAGGESE – que, antijuridicidad mediante, todo delito ha de comportar una contrariedad al Derecho a través de la infracción a la norma jurídica ⁸. Esta concepción se observa nítidamente en la teoría de BINDING en la segunda mitad del siglo XIX, aunque también se percibe en HEGEL en la primera del mismo siglo ⁹, así como en KANT a fines del s. XVIII ¹⁰.

JAKOBS ha sostenido que el delito ataca la juridicidad y que la aplicación de la pena reafirma la vigencia de la norma de Derecho ¹¹. Prioriza la

⁴ BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1.^a ed., Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872, pp. 4 y ss., 54 y ss. También, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4.^a ed., [1922], Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1991, pp. 4 y ss., 132 y ss.

⁵ THON, August, *Rechtsnorm und Subjectives Recht. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre*, Hermann Böhlau, Weimer, 1878, pp. 7-8 y 19-29. Versión en italiano, *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo. Indagi di Teoria Generale del Diritto*, 2.^a ed., trad. de Alessandro Levi, Cedam, Pádua, 1951, pp. 16-17 y 25-33.

⁶ BINDER, Julius, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, Verlag J. C. B. Mohr, Tubinga, 1935, p. 149. Versión en italiano, *La fondazione della Filosofia del Diritto*, trad. Antonio Giolitti, Giulio Einaudi Editore, Turín, 1945, pp. 164-166.

⁷ JELLINEK, Georg, *Die Sociaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Verlag Alfred Hölder, Viena, 1878, pp. 42-45 y 56-57.

⁸ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 56. También, GONZÁLEZ GUERRA, Carlos, *Delitos de infracción de un deber*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 73.

⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho* [1821], 2.^a ed., trad. Angélica Mendoza de Montero, Claridad, Buenos Aires, 1939, §§ 82, 95, 96 y 100-102, pp. 104-116.

¹⁰ KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, 3.^a ed., Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1919, p. 158. Versión en español, *La Metafísica de las costumbres* [1797], trads. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Altaya, Barcelona, 1993, p. 166.

¹¹ JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. Manuel Cancio Meliá, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 17-18 y 53-64. También, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, „Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts“, en AA. VV.,

estabilización de la norma por sobre la protección de bienes jurídicos, dejando en segundo plano el ataque a dichos bienes. El concepto de bien jurídico siempre ha sido problemático desde sus inicios abstractos con BINDING, así como sus antecedentes en FEUERBACH¹², HÄLSCHNER¹³ y BIRNBAUM¹⁴, pasando por su compartible acepción individualista con von LISZT¹⁵, y continuando actualmente sin acuerdo doctrinario siquiera sobre su concepto y, antes bien, se debe establecer qué alcance posee la expresión “bien jurídico”, pues bajo esa bandera han navegado buques disímiles¹⁶. Todo delito vulnera la juridicidad y, desde ese ángulo conceptual, presenta el incumplimiento de un deber propio de la convivencia en un Estado constitucional de Derecho.

Pues bien, aun sin necesidad de acompañar el decimonónico positivismo jurídico de BINDING ni el contemporáneo funcionalismo sistémico de JAKOBS, resulta palmario que, conforme a la concepción de MAYER de 1903 acerca de las normas de Derecho y las normas de cultura, toda construcción jurídica denominada *delito* ha de poseer una norma de cultura que amerite elevar esa conducta al grado de delito e indudablemente solo podrá imputarse delito si existe previsión legal específica (*nullum crimen sine legge*)¹⁷. En tales extremos, parece pertinente arribar a la conclusión de que el delito adecuadamente fundado por normas de cultura y definido como tal mediante el Derecho, constituye la infracción a un deber.

4. EL ESPECÍFICO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER.

Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Carl Heymanns Verlag, Berlín, 2007, pp. 1-14. También BACIGALUPO, Enrique, *Hacia el nuevo Derecho penal*, p. 40. Al respecto, críticamente ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Política y Dogmática jurídico penal”, en AA. VV., *Crisis y legitimación de la Política criminal, del Derecho penal y procesal penal*, Advocatus, Córdoba, 2002, pp. 69-70 y 283.

¹² FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1.^a ed., Georg Friedrich Heyer, Gießen, 1801, § 26, p. 21. También, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 10.^a ed., Druck und Verlag, Giessen, 1828, § 21, p. 19. Versión en español, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, § 21, p. 64.

¹³ HÄLSCHNER, Hugo, *Das preussische Strafrecht* [3 tomos], Adolph Marcus, Bonn, 1855.

¹⁴ BIRNBAUM, Johann Michael Franz, „Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung“, en AA.VV., *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, n.º 14, C. A. Schwetschke und Sohn, Halle, 1834, pp. 150 y 175-177. Versión en español, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, trad. José Luis Guzmán Dalbora, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 35 y 57-58.

¹⁵ LISZT, Franz von, „Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche“ [1886], en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlín, 1905, pp. 212-251.

¹⁶ ALLER, Germán, “La teoría del bien jurídico”, en *Coloquios penales. Cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas*, Carlos Álvarez- Editor, Montevideo, 2011, pp. 11-30.

¹⁷ MAYER, Marx Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen* [1903], Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1965, p. 16. Versión en español, *Normas jurídicas y normas de cultura*, trad. José Luis Guzmán Dalbora, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 55.

Sin embargo, ese deber es genérico, abarcando los comportamientos principales y los accesorios. Lo que se entiende por delito de *infracción de deber* no es precisamente eso, sino –al decir de ROXIN– uno extrapenal que no abarca al partícipe, sino a quien no cumple el deber que le compete y por ello es lisa y llanamente autor, sin perjuicio de que el grado de punibilidad dependerá de su conducta: *el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo*¹⁸. El autor es quien posee una específica posición en relación al bien jurídico, estando obligado a custodiar ese bien, sea como funcionario público, garante o administrador. Es autor quien incumple el deber especial que le incumbe independientemente de si ha tenido dominio del hecho¹⁹.

Es posible la coautoría en la medida que pluralmente se violenten esos deberes especiales, incluso dejando relativamente de costado el aporte de cada uno en la concreción del delito. Con lo cual, es admisible la autoría mediata por parte de administradores y, concretamente, en actividades fraudulentas, tal como ha señalado BACIGALUPO ZAPATER²⁰.

La teoría de la infracción de deber o *Pflichtdelikte* se elaboró para completar a la del dominio del hecho con el fin de modificar las reglas de la accesoriad de la participación, donde la teoría del dominio del hecho de ROXIN, expuesta en su afamado libro *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* de 1963, presentaba ciertas carencias dogmáticas y prácticas²¹.

El análisis de la teoría del delito de infracción de deber permite concluir que es compatible con diversas líneas de pensamiento científico y se halla presente de manera dispersa en las legislaciones penales²². Se evidencia que resuelve algunos inconvenientes de la praxis, fundamentalmente en lo atinente a la autoría principal y accesoria, permitiendo acotar el alcance de la punibilidad en la medida que los criterios de utilicen racionalmente, como debe ser con todo instrumento jurídico.

En efecto, porque la infracción de deber es la realización de la conducta típica e incuestionablemente dicha infracción compromete el contenido del tipo

¹⁸ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, reimpr. de la 5.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1994, p. 354. Versión en español, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 385.

¹⁹ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 54.

²⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., Akal, Madrid, 1998, pp. 372-373. También, *Derecho penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 510-511). Asimismo, BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, pp. 80.

²¹ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 355-399. Versión en español, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pp. 383-432. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, pp. 25-31. GONZÁLEZ GUERRA, Carlos, *Delitos de infracción de un deber*, pp. 24-25.

²² Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 171.

penal de referencia sin corresponder extender el campo de la punibilidad más allá del pertinente al autor de la conducta típica imputable.

No es exagerado decir que en el Derecho penal generalmente los cambios llevan mucho más tiempo del que se suele imaginar. Un tema como este parece quizá relativamente nuevo, pues se ha reavivado con las consideraciones efectuadas por JAKOBS²³. Sin embargo, como explica BACIGALUPO SAGGESE, la evolución de la Dogmática es lenta y cansina²⁴, como cuando PETRARCA en su *Canzoniere* describía el andar: *Solo e pensoso i più deserti campi vo mesurando a passi tardi e lenti, e gli occhi porto per fuggire intenti ove vestigio uman l'arena stampi*²⁵. Los delitos de infracción de deber se tornan llamativos a partir de ROXIN y su versión del dominio del hecho. Sin embargo, previo a él varios se refirieron al tema. Así lo hizo HEGLER en 1915 en su monografía sobre los elementos del delito y después en un artículo publicado en 1932 homenajeando a Richard SCHMIDT²⁶. También dicho concepto fue utilizado por GOLDSCHMIDT en su teoría de la culpabilidad normativa, al tiempo de expresar que las normas de deber *dan el límite extremo de las exigencias puestas a la motivación, o sea la 'exigibilidad'*²⁷.

Cabe destacar que WELZEL se había manifestado sobre el dominio del hecho en 1939 en un trabajo vertido en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW, 58, Bd., pp. 491-566) y, de ahí en más, desarrolló su concepto desde la primera edición de su afamado *Das Deutsche Strafrecht* en 1947 hasta la undécima, publicada en 1969, que fue la última y más completa²⁸.

Tampoco es novedoso indicar que los delitos imprudentes incumplen un deber de cuidado, que difiere de la infracción de deber, pero la nota del deber no cumplido se halla presente en ambas construcciones y, además, los delitos

²³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 791-792. Cfr. GONZÁLEZ GUERRA, Carlos, *Delitos de infracción de un deber*, pp. 28-32.

²⁴ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 21.

²⁵ PETRARCA, Francesco, *Cancionero*, Soneto XXXV (1337): *Solo y pensativo, los campos más desiertos voy hollando con pasos tardos y lentos, con los ojos bien abiertos para huir de cualquier vestigio humano dejado en la arena.*

²⁶ HEGLER, August, en AA.VV., *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* [1930], t. I, Scientia Verlag Aalen, Tübinga, 1969, pp. 251-338. Cfr. ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 60-61. Versión en español, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pp. 80-81.

²⁷ GOLDSCHMIDT, James, „Normativer Schuldbegriff“, en AA.VV., *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* [1930], t. I, Scientia Verlag Aalen, Tübinga, 1969, pp. 429-431 y 442. Versión en español, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trads. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Depalma, Buenos Aires, 1943, pp. 4-7 y 23-24. De esta última, hay versión posterior: B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pp. 84-85 y 104-105.

²⁸ WELZEL, Hans, “Estudios sobre el sistema de Derecho penal”, en *Estudios de Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pp. 96-101. Del mismo autor, *Das Deutsche Strafrecht*, 1.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1947, pp. 57-58. También, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, p. 100. Versión en español, *Derecho penal alemán. Parte General*, traducida de la 11.ª ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 145.

de infracción de deber pueden ser efectuados mediante una conducta imprudente ²⁹. En los delitos de deber de cuidado se excluye solamente la culpabilidad cuando no se incumple el deber en cuestión, en tanto que en los delitos de infracción de deber si no se produce dicha contrariedad se excluye la autoría y no son punibles las acciones que no sean típicas ni las atinentes al deber de cuidado. Los delitos imprudentes presentan aspectos que no son subsanables a través de la teoría del dominio del hecho.

Con los delitos de omisión se daban ciertos problemas que quedaron en franca evidencia a partir del trabajo de 1959 realizado por KAUFMANN, puesto que en una omisión no parece apropiado determinar la autoría según el dominio del hecho de quien omitió el hecho ³⁰. La omisión es no cumplir lo que se espera jurídica y socialmente de alguien que puede actuar solidariamente o, cuando menos, de forma positiva y no lo hace ³¹.

La teoría del dominio del hecho enfrentó inconvenientes asimismo con los delitos especiales propios. Los delitos especiales históricamente se abroquelaban en conductas vinculadas a funcionarios y militares, como sujetos claramente identificables y poseedores de investidura cuyas infracciones eran percibidas como graves. BINDING hablaba de dos Derechos penales: uno General y otro Especial regidos por normas de esos órdenes ³². Así, las normas generales concernían a todos los sujetos a un poder legiferante y esos delitos eran cometidos por quienes poseían una capacidad general para delinquir. En tanto que las normas especiales eran para determinados grupos como los funcionarios estatales y, dentro de ellos, particularmente los policías y militares, además de los empresarios. El criterio sustentado por BINDING es cercano notoriamente al de infracción de deber, que inclusive se refiere también a esos –y otros– grupos. Los requisitos de los delitos especiales son la capacidad de acción y una determinada cualificación del autor.

En su célebre *Lehrbuch* FEUERBACH (1801) expuso la distinción entre delitos especiales conceptualizados como propios e impropios, remarcando la existencia de ciertos delitos válidos solo respecto de personas con un especial estatus en la órbita del Estado, a los que denominó *delicta propria* en contraposición a los comunes o *delicta comuna*. A saber: *Existen derechos que están fundados frente al ciudadano como tal, pero también derechos que valen únicamente frente a los que ocupan cierta posición dentro del Estado, de lo que se deduce la*

²⁹ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 78.

³⁰ KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1959, pp. 186-204. Versión en español, *Dogmática de los delitos de omisión*, trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 199-216.

³¹ Sobre los delitos de omisión ver la tesis doctoral argentina elaborada en Bonn de BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Pandeville, Buenos Aires, 1970. Reeditada y con anexos por la editorial Dykinson, Madrid, 2005.

³² BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885, pp. 332-349. También, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4.^a ed., [1922], p. 127.

distinción entre crímenes comunes (*del. 'communia'*) y especiales (*del. propria*)³³. En el tratamiento a los delitos especiales, expresó: *Las violaciones de las cargas funcionales son, en general, acciones (positivas o negativas) de funcionarios públicos, que lesionan ciertas obligaciones especialmente asumidas con la asunción del cargo*³⁴.

También LANGER trabajó sobre lo que tildó como “delito especial”³⁵ y, por su parte, KAUFMANN —no llegando a ese punto— en su artículo en homenaje a Ulrich KLUG se refirió al fundamento del deber jurídico en relación a la tipicidad mediante los mandatos³⁶. Por tanto, sin ahondar más, el delito especial propio es de larga data y ha seguido un proceso pausado derivando en un tramo de lo que se entiende actualmente como delito de infracción de deber.

5. DOMINIO DEL HECHO E INFRACCIÓN DE DEBER.

Ha destacado BACIGALUPO ZAPATER que los delitos de infracción de deber se caracterizan por constituir una lesión jurídica diversa del deber genérico atinente a los ciudadanos respecto de toda norma. Se trata, para el citado autor, de un deber extrapenal que no abarca a todos los partícipes necesariamente. Estos delitos comprenden a quienes poseen una posición determinada en relación al bien jurídico tutelado, como el caso de funcionarios, administradores y garantes en delitos omisivos, cuya conducta contraría el deber que le concierne por su especial vinculación con la norma jurídica³⁷.

El avance plausible evidenciado por la aludida monografía de ROXIN no lograba sortear satisfactoriamente los tres obstáculos antes mencionados. A saber, los delitos de omisión, los imprudentes y los especiales propios. Para lo cual, recurrió al concepto de infracción en relación al deber, caracterizándolo básicamente como la contrariedad a un deber extrapenal. Es ese el rasgo fundamental o “figura central”, quedando aletargado aquí el dominio del hecho para la autoría. En síntesis, ROXIN propuso los delitos de dominio, en los cuales

³³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1.^a ed., § 30, p. 24. También, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 10.^a ed., § 25, p. 22. Versión en español, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, § 25, p. 66.

³⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1.^a ed., § 509, p. 412. También, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 10.^a ed., § 477, p. 312. Versión en español, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, § 477, p. 304.

³⁵ LANGER, Richard, „Zum Begriff der besonderen persönlichen Merkmale”, en FS-Lange, De Gruyter, 1976, pp. 258 y ss.; También, *Das Sonderverbrechen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972, pp. 229-261, 390 y ss. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 39.

³⁶ KAUFMANN, Armin, “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad”, en *Estudios de Derecho penal*, trad. Joaquín Cuello, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, pp. 74-84.

³⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5.^a ed., Akal/Iure, Madrid, 1998, pp. 372-373. La obra fue publicada en Argentina como: *Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 510-511.

es autor quien gobierna el hecho ³⁸; y, por otra parte, los delitos de infracción de deber, que se atienen a otras reglas ³⁹. Esto deja en claro que la autoría y participación para ROXIN constituyen una teoría bidimensional.

En los delitos de dominio el autor es el Señor del hecho, mientras que en la infracción de deber no importa el dominio para la autoría, sino la existencia de un deber infringido. Esto se aplica igualmente para el autor mediato, para lo cual se ha de observar la infracción del deber extrapenal (ej. Administración desleal).

De esta historia contemporánea, el segundo capítulo ha sido coprotagonizado por JAKOBS. En su *Strafrechts* y en publicaciones posteriores no fundamenta su sistema en los ortodoxos conceptos de acción y omisión, dolo e imprudencia, sino en un sistema normativo integrado por los delitos de responsabilidad por propia organización y los caracterizados por incumplirse un deber especial ⁴⁰. En estos últimos, que son los que conciernen al tema central aquí abordado, sostiene que el autor tiene el deber de garante institucional ⁴¹. Este aspecto es esencial, puesto que —entre otras consideraciones— permite afirmar que no todos los delitos omisivos son infracciones de deber, sino aquellos en que se presente el rasgo de lo institucional como fuente de obligación en el comportamiento y, asimismo, concluye que *más exacta que la denominación ‘delitos de infracción de deber’ sería la de ‘delitos con deber que elude la accesoriedad’* ⁴².

JAKOBS no completa el cuadro, dado que en la cooperación de alguien no cualificado no ofrece todavía una plena descripción. A su parecer, los delitos de infracción de deber están por encima de la accesoriedad; entiéndase aquí, la coparticipación de alguien no cualificado. Sostiene, a su vez, que en los comportamientos comisivos y en los omisivos en los que haya falta de incumbencia de la organización puede haber responsabilidad a causa de un deber de dedicación solidaria ⁴³.

Los criterios funcionalistas de ROXIN y JAKOBS presentan en común los delitos de dominio (para JAKOBS son de organización) y la construcción de los delitos de infracción de deber con ese expreso nombre. Ese es incuestionablemente un aspecto contemplado por ambos de forma inequívoca. Tales delitos conllevan la lesión de un deber y determinan la autoría. Hasta allí existe coincidencia. Empero, difieren en el contenido. Una vez más —como en otros temas— las mismas palabras pueden significar diversas cosas. Para ROXIN,

³⁸ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, reimp. de la 5.ª ed., pp. 244-245. Versión en español, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pp. 269-270.

³⁹ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, reimp. de la 5.ª ed., p. 354. Versión en español, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, p. 385.

⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., pp. 791-792.

⁴¹ *Idem*, p. 791. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 82.

⁴² JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., pp. 791-792.

⁴³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., p. 259.

desde su funcionalismo teleológico, la infracción de un deber implica un tipo penal que contenga un deber extrapenal y que este sea lesionado por el autor ⁴⁴. Por ende, según la estructura del tipo el delito será de dominio o de infracción de deber. En contraposición, acorde con su funcionalismo radical, JAKOBS afirma que lo decisivo no es el tipo, sino el deber institucional lesionado ⁴⁵. A mayor detalle, distingue a los delitos especiales porque en ellos el autor está determinado en el tipo penal, mientras que en los de infracción de deber se ha de ponderar el bien jurídico lesionando en correspondencia con el autor de dicha lesión según la relación institucional vinculante ⁴⁶.

6. OBJECIONES AL DELITO COMO INFRACCIÓN DE DEBER.

Pese a la fuerte influencia científica de dos autores de la talla de ROXIN y JAKOBS, de todos modos, otros han rechazado los delitos de infracción de deber. Tales los casos de SCHÜNEMANN, LANGER, STEIN, BOTKE y STRATENWERTH en Alemania, GIMBERNAT, RODRÍGUEZ MOURULLO, QUINTERO OLIVARES y ROBLES I PLANAS en España ⁴⁷.

En términos generales, se ha objetado la falta de desarrollo de la teoría y que no pueden haber dos sistemas para un mismo ámbito, sino que se debe trabajar con uno unitario.

Asimismo, se critica que la infracción de deber no constituye la lesión del bien jurídico, siendo un aspecto esencial al momento de la subsunción en el tipo penal objetivo ⁴⁸. Obviamente que quien descrea acerca del bien jurídico como eje del sistema y objeto de protección penal, no encontrará esta crítica apropiada. Sin embargo, para quienes piensan de otra manera, es este un escollo de gran relevancia y hasta decisivo en contra de la admisión de los delitos de infracción de deber. Pero hete aquí que el tema se torna interesante, pues ROXIN no ha renunciado a su postura de que el fin del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. El *quid* está en que, en realidad, según el citado autor, estos delitos apuntan a proteger el bien jurídico precisamente puniendo la infracción de deber. Lo cual se constata en los delitos efectuados por funcionarios públicos o estatales. Es que la infracción que lleva a cabo ese funcionario es al bien jurídico contenido en el específico tipo penal objetivo; no en otra parte ni en abstracto, sino ése, en ese momento y por la persona cualificada.

También se ha dicho que violenta el principio de legalidad, sobre todo en lo atinente a la analogía *in malam partem*. Pues bien, esta crítica lleva a

⁴⁴ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, reimp. de la 5.^a ed., p. 354. Versión en español, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, p. 385.

⁴⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, 2^a ed., p. 791.

⁴⁶ *Idem*, p. 792. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 85.

⁴⁷ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, pp. 88 y ss.

⁴⁸ *Idem*, p. 101.

reflexionar tanto o más que la anterior, dado que el Derecho debe apegarse a la legalidad como principio cardinal. Cabe considerar que el delito de infracción de deber –si está correctamente elaborado– no expande la punibilidad, sino que la restringe al autor específico en delitos especiales, mucho más determinados que los generales, y cuyo tipo no ha de ser amplificado a quienes son ajenos al deber en cuestión. De cualquier forma, la objeción acerca del principio de legalidad amerita cotejar otros aspectos eventualmente comprometidos, como sin duda los delitos de dominio y, por qué entonces no, la tentativa, el concurso de delincuentes, los delitos de muchedumbre y otros posibles institutos ⁴⁹.

Se ha señalado que el delito de infracción de deber lleva a un concepto extensivo de autor. Al respecto, da la impresión de que es lo opuesto. En efecto, no se expande el concepto de autor ni sus consecuencias, sino que –por el contrario– al ser delitos especiales (para ROXIN) o de vínculo institucional (para JAKOBS) se lleva a mayor nivel la especificidad e identidad del autor como rasgo distintivo.

Se cuestiona atribuyéndose la existencia de ámbitos institucionales (sociales al fin) en los que la persona responda penalmente por lo que suceda por el simple hecho de portar un *status* determinado. Asimismo, se critica que los delitos de infracción de deber puedan convertir al Derecho penal en accesorio de otros campos jurídicos.

Otra objeción es la limitación a la libertad individual, pero sobre el punto hay que destacar que la infracción de deberes institucionales (si está correctamente descrita y con respaldo jurídico-social) es al fin una expresión del Estado dentro de sus cometidos democráticos, en los cuales sin duda hay límites que se imponen. Cuestión muy distinta es cercenar derechos y libertades abusiva y arbitrariamente, lo que es a todas luces censurable. En esto hay que separar la función del Estado democrático y constitucional frente al autoritarismo siempre rechazable sin importar de donde provenga. Incuestionablemente, el punto es por demás urticante en la actualidad.

7. CRÍTICA.

Viene al caso efectuar alguna consideración desde la perspectiva político-criminal de estos delitos, así como la incidencia social que les incumbe. Al principio expresé que vivimos en medio de la heterogeneidad, en sistemas complejos y culturas heterodoxas acertadamente descritas en 1986 por BECK como sociedades de riesgos ⁵⁰ y luego por LUHMANN ⁵¹.

⁴⁹ *Idem*, pp. 118-119. Asimismo, GONZÁLEZ GUERRA, Carlos, *Delitos de infracción de un deber*, p. 70.

⁵⁰ BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986, pp. 25-66 y 102-112. Versión en español, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* [1986], trads. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 25-56 y 85-92. Cfr. ALLER, Germán, *Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo*, Carlos Álvarez-Editor, Montevideo, 2006, pp. 112-148.

La preocupación no son las categorías dogmáticas antes descritas y someramente analizadas en esta intervención, sino el contexto social donde incide cada decisión político-criminal. Vale decir, el pertinente reclamo y avance en lo que va del siglo en procura de abatir abusos, eliminar la discriminación y consagrar derechos no va de la mano de la cada vez mayor intervención del Estado en otros órdenes de la vida cotidiana, tales como las restricciones de derechos individuales en lo referido a la seguridad, drogas y lavado de capitales entre algunas otras. Es cierto que en estos tiempos parece olvidarse que la contrapartida de los derechos son los deberes ciudadanos y es ése uno de los temas que conciernen a los delitos de infracción de ciertos, determinados, especiales o institucionales deberes se refiere.

Sin necesidad de ser juristas, seguramente la gran mayoría de las personas anhelan que los deberes sean limitados y solo los necesarios para la digna convivencia en sociedad, cumpliéndose el designio liberal de que el Estado esté al servicio del ciudadano y no éste al del Estado. Por ende, los delitos de infracción de deber no son el problema social por definición, sino que lo es quien utilice esta o cualquier otra herramienta jurídica desnaturalizando su fin y en detrimento de nosotros los ciudadanos.

Debido a esto, me permito reclamar que no se usen los delitos de infracción de deber para engrosar el sistema penal ni someter personas al poder injusto, sino como medio para celosamente preservar los derechos individuales y colectivos de las personas, constriñendo al Estado a su rol de medio en vez de fin. Esto dicho no como una letanía, sino para esforzarse desde las cátedras y el foro penal con el propósito de lograr un mejor Derecho penal, digno de la democracia.

8. CONCLUSIONES.

Más allá de las ponderables críticas a que ha sido objeto el delito de infracción de deber, parece diáfano que éste existe en las legislaciones desde tiempos pretéritos y que, independientemente de las concepciones más actuales, desde otrora se aplica esta categoría en la praxis penal sin subterfugios, aunque se hace sin un análisis científico suficientemente profundo. Tal vez lo que levanta ampollas sea precisamente el estudio científico que se viene realizando desde hace varias décadas. Esto el tiempo lo dirá, como tantas otras cuestiones que *a priori* se han desdeñado, pero que luego la pausa y la reflexión permitieron a la Ciencia recuperarlas.

La imputación del delito de infracción de deber es el fruto de una forma de clasificación delictual cuyo rendimiento es ponderable y compatible con los códigos penales más allá de las tendencias político-criminales en ellos consagradas. Su rendimiento es aceptable como instrumento para evaluar ámbitos y comportamientos en los cuales existen funciones especiales y de

⁵¹ LUHMANN, Niklas, *La sociedad del riesgo*, 3.^a ed., trads. Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura, Universidad Iberoamericana, México, 2006, pp. 45-78.

fundamento institucional, al igual que es admisible en relación a una Política criminal no punitivista por esencia. Guarda relación con la noción de institución en la sociedad actual, en la cual las instituciones van mutando, como el caso del matrimonio y la familia, así como lo empresarial y tributario.

Muchos delitos, incluso de dominio u organización, presentan un fundamento institucional sin siquiera entrar a considerar a los mentados delitos de infracción como subcategoría científica. Esto pone en franca evidencia que se ha prescindido de la discusión y el análisis dogmático, pero se ha aceptado sin más consideraciones la aplicación forense de tipologías que pueden ser mejor comprendidas y legisladas a partir de la sistematización dogmática, tal como lo han procurado JAKOBS y ROXIN. La esencial calidad de ciudadano supone derechos y asunción de deberes inherentes a toda persona, con lo cual existen conductas que lesionan bienes incumpliendo ciertos deberes.

En una sociedad compleja, heterodoxa y contradictoria hay deberes específicos que se espera sean cumplidos conforme a la cualificación de la persona. Aquellos deben ser adecuada y puntualmente descritos en la ley penal a efectos de evitar caer en autoritarismos punitivos.

Como en tantos órdenes de la vida, los asuntos no son en blanco y negro. De esa forma lo ha sensatamente evidenciado KOSKO, dado que nos desplazamos en una lógica confusa, un pensamiento borroso –por no decir fangoso– cual si fuésemos entre dos orillas caminando por el medio del río: *El mundo es borroso, la descripción no. Todos los enunciados de la lógica formal y de la programación de ordenadores son o verdaderos del todo o falsos del todo, 1 ó 0. Pero los enunciados acerca del mundo no son así. Los enunciados que hablan de hechos no son o verdaderos o falsos del todo* ⁵².

Esta cuestión, cuanto más se analice, factiblemente más se reduzcan los radicalismos. Si bien la doctrina mayoritaria no ha acogido cabalmente el concepto de delito de infracción de deber, resta mucho por avanzar y es un proceso que ineluctablemente producirá cambios y acarreará mayor precisión conceptual sobre el punto. Nótese que hay dos sistemas que coexisten: el de ROXIN y el de JAKOBS, que factiblemente se decanten en un futuro más o menos cercano ⁵³. Quizá a partir de ellos surja un tercero que los compatibilice. Para trabajar están los científicos y la ciencia es su herramienta. El debate enriquecerá estas por ahora *propuestas* o tal vez *teorías* aun incompletas, tal como se deduce de sus propios autores.

La Dogmática apartada de los hoy multicitados JAKOBS y ROXIN no ha receptado totalmente el planteo de los delitos de infracción de deber, pese a su coherencia intrasistemática (aunque todavía no esté completo el sistema). Sin embargo, las razones quizá válidas esgrimidas contra esta clasificación de delitos podrían desdoblarse señalando que los sistemas ajenos a ROXIN y JAKOBS

⁵² KOSKO, Bart, *Fuzzy Thinking. The New Science of Fuzzy Logic*, Harper Collins, Londres, 1994, p. 8. Versión en español, *Pensamiento borroso. La nueva ciencia de la lógica borrosa*, trad. Juan Pedro Campos, Crítica, Barcelona, 1995, p. 21.

⁵³ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 87.

(que son evidentemente distintos entre sí, pero este tema los aproxima en cierto aspecto) tampoco logran explicar plenamente ciertos injustos personales preexistentes a dichos autores ni han podido dar solución sobre el dilema. Estas estructuras delictuales están contemplados en leyes penales desde la llanura de los tiempos de nuestras repúblicas. Dudo que se las derogue en la actualidad y, en cambio, se aplican cotidianamente.

Antes de comprometerme en el estudio de este tema, *a priori* hubiera dicho “ni hablar de delitos de infracción de deber”, pero al analizar la cuestión, hurgar en la ley, pensar en el ejercicio cotidiano de la abogacía penal, sopesar los sistemas dogmáticos y mantener un fermental diálogo con BACIGALUPO ZAPATER, me doy cuenta de algo que he interpretado a partir de este querido profesor: no es ésta – como tampoco otras – una cuestión que defina al Estado de Derecho, sino en todo caso una herramienta dogmática *para* el Estado de Derecho.