

## **Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal\***

María Magdalena Ossandón Widow

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

magdalenaossandon@yahoo.es

### **Resumen**

El inciso segundo del artículo 45 del anteproyecto de Código penal dispone la atenuación obligatoria de la pena para los partícipes en quienes no concurran las calidades que constituyen el fundamento de ilicitud del hecho punible. En el trabajo se estudia el alcance de esta disposición y su eventual compatibilidad con la categoría de los delitos de infracción de deber, que se superpone a la tradicional distinción entre delitos especiales propios o impropios. Este análisis de la compatibilidad teórica de la categoría, en la Parte General del anteproyecto, se complementa con el de su admisibilidad en relación con la concreta tipificación de algunos delitos en su Parte Especial (torturas, malversación, infidelidad en la custodia de documentos, detención ilegal y parricidio). Todo ello va antecedido de un estudio sobre el concepto de delito de infracción de deber, sus efectos, las críticas que ha sido sometido y su refutación.

### **Palabras clave**

Delitos de infracción de deber, delitos especiales, comunicabilidad, obligado especial, autoría, participación

### **Abstract**

The second interjection at the 45 article of the draft for the new Penal Code arranges the obligatory attenuation of the penalty for the participants on whom do not concur the qualities that constitutes the illegal foundation of the punishing act. This text studies the reach of this disposition and its possible compatibility with the offenses related to breach of duty category. This type of offenses superposes with the traditional distinction of proper and improper special offences. This analysis of the theoretical compatibility of the category, at the draft's general part, complements with the analysis of its admissibility in relation with the legal description of some offenses at the special part (tortures, embezzlement, infidelity at documents custody, illegal halting and parents murder). A previous study on the concept of the offenses related to breach of duty, its effects, the critics it has gone through and its rebuttal.

---

\* Recibido el 20 de abril y aprobado el 4 de mayo de 2006.

## **Keywords**

Offenses related to breach of duty, special offenses, communicability, specially forced person, authorship, participation.

## **Introducción**

El objeto de este trabajo es estudiar la forma cómo el Anteproyecto elaborado por el Foro penal para un nuevo Código penal chileno aborda la cuestión de los delitos especiales. Más precisamente, interesa el problema que ofrecen los delitos en que la calidad especial del autor constituye el fundamento de la ilicitud del hecho, en los que resulta especialmente difícil determinar cuál ha de ser el tratamiento adecuado que deben recibir quienes en ellos intervienen.

### **1. El artículo 45 inciso segundo del Anteproyecto de Código penal**

El tema es abordado en el inciso segundo del artículo 45 del Anteproyecto de Código penal. Refiriéndose a las calidades y circunstancias que consistan en la disposición moral del sujeto, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, dispone: “... Cuando tales calidades o circunstancias constituyan el fundamento de la ilicitud del hecho punible, a aquellos partícipes en quienes no concurren, se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la que les correspondería según las reglas generales, siempre que hayan tenido conocimiento de ellas antes o en el momento de la realización o de su cooperación para el delito”.

Con esta norma se pretende superar la tradicional discusión suscitada a propósito del actual artículo 64 del Código penal de 1874, norma que ha sido utilizada para fundamentar las diversas posiciones sobre la comunicabilidad o incommunicabilidad de las calidades especiales que ciertos tipos exigen que concurren en el autor del hecho.

En efecto, la disposición propuesta se inclina por la que, en los últimos tiempos, ha sido la solución mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, esto es, la de incommunicabilidad limitada. Según esta teoría se debe estructurar una respuesta diversa según se trate de delitos especiales propios o impropios. En éstos últimos la existencia de un tipo común subyacente permite dividir el título de imputación, sancionando al intraneus por el delito especial impropio –en el que la calidad especial es entendida como una mera agravante- y al extraneus por la figura común paralela. En los delitos especiales propios, en tanto, las calidades especiales exigidas en el tipo se comunican al partícipe, quien es sancionado por el tipo especial para evitar su impunidad.

Ahora bien, esta solución representa en la actualidad una doble incoherencia valorativa. Porque sancionar al extraneus según el mismo título por el que se castiga al intraneus en un delito especial propio implica, por una parte, que a ambos se les juzga con igual parámetro, a pesar de que en el primero no concurren las circunstancias personales que fundamentan el ilícito en cuestión y, en particular, a pesar de que en su caso no existe una infracción del deber específico del autor. Por otra parte, esto entraña un tratamiento desigual del partícipe no cualificado según se esté ante un delito especial propio o impropio. En el primer caso,

como decíamos, se le sanciona con el mismo rigor que al intraneus, mientras que en el segundo su responsabilidad resulta atenuada, porque la pena se fija de conformidad con un delito común de menor severidad. En otras palabras, se atenúa la responsabilidad penal cuando la calidad especial sólo modifica la gravedad del hecho, mientras que ello no ocurre cuando la fundamenta<sup>1</sup>.

El precepto contemplado en el anteproyecto supera estas dificultades y adopta una solución de atenuación para el extraneus, similar a la recogida en la legislación comparada. Así, por ejemplo, en Alemania el § 28.I StGB determina una atenuación especial obligatoria para los casos en que en el partícipe no concurren las características personales que fundamenten la punibilidad del autor. El ordenamiento español contempla una solución parecida en el art. 65.3 CP de 1995 (incorporado por la LO 15/2003 de 25 de noviembre) con atenuación facultativa de la pena al inductor o cooperador necesario en quien no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor<sup>2</sup>. De este modo, sea porque se atenúa la pena en relación con el delito especial propio o porque se sanciona en virtud del tipo común paralelo al delito especial impropio, el resultado es que al extraneus siempre se le impondrá una pena menor que al intraneus, solución que se corresponde con el menor injusto que representa su conducta<sup>3</sup>.

Pero dentro de este ámbito de solución, cabe plantear algunas cuestiones que el artículo 45 del Anteproyecto puede suscitar, así como la compatibilidad de esta norma y del resto del articulado con las modernas propuestas de fundamentación y tratamiento de los delitos especiales, en particular, con la categoría de los delitos de infracción de deber. Antes de abordar el punto, conviene recordar brevemente en qué consiste esta última.

## 2. Los delitos de infracción de deber

Fue Roxin quien identificó originariamente esta categoría de delitos —*Pflichtdelikten*— hace ya cuatro décadas<sup>4</sup>. Al enfrentarse al problema de la intervención del extraneus en delitos especiales concluye que hay figuras en las que el autor —la figura central del suceso acaecido<sup>5</sup>—, no es quien domina el hecho. En efecto, en los delitos en que se requiere una calidad especial en quien realiza la conducta ocurre que si quien tiene el dominio del hecho es un sujeto que no goza de dicha calidad —es un extraneus—, en virtud del principio de legalidad no podrá ser sancionado como autor por el tipo correspondiente. Tal sería el caso,

---

<sup>1</sup> Por estas razones la solución actual no resulta satisfactoria, y tal vez sea de lamentar que uno de los últimos defensores de la tesis de la incomunicabilidad extrema como el prof. Cury, la haya abandonado, optando por la solución diferenciadora. Para ello ha considerado decisivo el problema de las lagunas de punibilidad a que conducía su opinión anterior, vid. CURY URZÚA, E.: *Derecho penal. Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Santiago, 2004, p. 647.

<sup>2</sup> Con anterioridad a esta norma la jurisprudencia había llegado a la misma conclusión acudiendo al instituto de la analogía *in bonam partem*: la pena del partícipe *extraneus* era atenuada aplicándole la circunstancia atenuante analógica del art. 21.6 CP, por no concurrir en él la calidad especial exigida en el tipo.

<sup>3</sup> Aboga de *lege ferenda* por una rebaja de ese tipo GRISOLÍA, F.: “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”, en *Revista de Ciencias penales*, 3<sup>a</sup> época, N°1, tomo XXXIV, 1975, p. 23.

<sup>4</sup> Inicialmente ROXIN, C.: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1<sup>a</sup> ed., 1963, p. 352 y ss.

<sup>5</sup> ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo de la 6<sup>a</sup> ed. alemana, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 42 y 429.

por ejemplo, de una persona que, por medio de coacción (autor mediato), obtiene de un juez el pronunciamiento de una sentencia injusta. Esto se explica porque se trata de delitos en cuya configuración no se atiende a la naturaleza externa del comportamiento, sino que el fundamento de la sanción reside en el incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial. Estas figuras son las que Roxin denomina delitos de infracción de deber: «tipos penales en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a [la formulación] del tipo»<sup>6</sup>. Delitos que se estructuran sobre la base de la infracción de un deber especial que recae sobre ciertas personas, “deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas”<sup>7</sup>. El resto de los ilícitos penales, en cambio, tiene como fundamento el deber general de respetar las normas.

Pero estos delitos de infracción de deber no configuran un concepto diferente de autor, sino que son sólo una forma diversa de estructuración de los tipos penales. En ellos, el fundamento último de la punibilidad es también la lesión del bien jurídico, en tanto que el incumplimiento del deber especial fundamenta tan sólo la autoría.

Uno de los principales corolarios que emanan de esta teoría es la que dice relación con la determinación de las formas de participación en el delito: en los delitos de infracción de deber sólo puede cumplir con lo descrito en el tipo la persona sobre quien recae el deber y lo quebranta y, por lo mismo, cualquiera que sea su actuación, ella cumple siempre el tipo<sup>8</sup>. El dominio del hecho, en cambio, resulta irrelevante para determinar al autor de la infracción penal.

Según el propio Roxin, es Jakobs quien ha realizado el mejor complemento y perfeccionamiento de su tesis inicial, aunque emplea una terminología parcialmente diferente y llega a conclusiones diversas<sup>9</sup>. Ideas que han sido luego desarrolladas en especial por uno de sus discípulos, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles<sup>10</sup>.

Desde la perspectiva de estos últimos autores, primero hay que considerar que entre los varios deberes generales que incumben a toda persona, por ser persona, el más general es el de no lesionar a los demás en sus bienes: *neminem laede*. Si alguien hace un uso arbitrario de su libertad, dañando los bienes de los demás, se le puede atribuir responsabilidad penal y deberá responder en razón del quantum de lo organizado. Este es el caso de los delitos de

---

<sup>6</sup> ROXIN en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 25, número marginal 37, cit. por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 30.

<sup>7</sup> ROXIN: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, ob. cit., p. 385.

<sup>8</sup> ROXIN: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, ob. cit., pp. 386 y ss., 399 y ss.

<sup>9</sup> En realidad las transformaciones son importantes, tanto que se puede considerar que la categoría de los delitos de infracción de deber “ha experimentado un cambio espectacular de la mano de JAKOBS y sus discípulos”, así ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 226.

<sup>10</sup> En su tesis doctoral realizada en Alemania, publicada también en español: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

organización —que se corresponden con los denominados por Roxin como delitos de dominio— en que el fundamento de la imputación es una organización defectuosa en que “el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a terceras personas y a costa de éstas”<sup>11</sup>. En suma, ellos responden a la relación sinalagmática que existe entre libertad de organización, por una parte, y responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice, por otra.

Los delitos de infracción de deber, en cambio, tienen como fundamento de la imputación de responsabilidad una lesión del deber de comportamiento solidario que se exige en favor de un determinado bien jurídico, en virtud de una relación de carácter institucional. “En estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente”<sup>12</sup>. La defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado. Existe una relación positiva entre el autor y el bien protegido<sup>13</sup>, que da lugar al surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quien no sólo debe abstenerse de dañarlo, sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro o de lesión<sup>14</sup>.

En consecuencia, la autoría se determina por la lesión del deber, en tanto que el dominio del hecho o el ámbito de organización es irrelevante. Ahora bien, a diferencia de Roxin, Jakobs entiende que dicha infracción no es sólo una regla para determinar la autoría sino, sobre todo, el fundamento de la imputación jurídico-penal.

Con este fundamento, concluye que puede haber tipos formulados como delitos comunes que se convierten en delitos de infracción de deber cuando quien interviene es un obligado especial. Así, por ejemplo, la muerte de un hijo menor de edad es siempre delito de infracción de deber para los padres. Pero, por otra parte, no resulta suficiente la existencia de deberes aislados para configurar un delito esta clase, por lo que no todo delito especial configura a su vez un delito de infracción de deber. Para ser tal ha de tratarse de deberes relacionados con una institución que determine el estatus de la persona. “Un estatus sólo se alcanza cuando el deber sancionado jurídico-penalmente forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas (funcionario, padre, madre, tutor, la persona en quien se deposita la confianza, etc.), o bien, integra a un obligado en una institución (el testigo, en los delitos de testimonio, como cooperador con la Administración de Justicia...)”<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general*, trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Marcial Pons, § 7/56 (p. 258).

<sup>12</sup> JAKOBS: *Derecho penal. PG*, ob. cit., § 2/17 (p. 52).

<sup>13</sup> JAKOBS: *Derecho penal. PG*, ob. cit., § 29/106 (p. 1027).

<sup>14</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, P.: *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, J.M. Bosch, 1999, p. 43 y CARO JOHN, J.A.: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho penal*, Asociación Peruana de Derecho penal, 2003, p. 60.

<sup>15</sup> JAKOBS: *Derecho penal. PG*, ob. cit., § 25/46 (p. 877).

Por último, estas ideas han llevado a que el propio Roxin cambie una de sus tesis iniciales. Originalmente había identificado los delitos de omisión con los delitos de infracción de deber, pero ahora ha reconocido que ello no es así<sup>16</sup>, pues no todos los casos de omisión punible implican necesariamente un deber especial ni, por tanto, un delito de infracción de deber. Los delitos de omisión pueden estar asociados a los deberes que surgen de las expectativas asociadas a toda persona, cualquiera, por el hecho de ser persona<sup>17</sup>, sin responder a un estatus institucional.

## 2. Régimen aplicable a los intervinientes en un delito de infracción de deber

Sin pretender profundizar en un tema que todavía requiere ser mejor estudiado y fundamentado, debemos indicar las principales consecuencias que trae consigo adoptar esta categoría de delitos para el tratamiento de las personas involucradas en ellos, distinguiendo según se trate de la persona especialmente obligada o de un tercero sobre quien no recae ningún deber institucional.

Estas soluciones deberían regir también para los delitos que no han sido expresamente descritos como de infracción de deber pero que responden materialmente a esta categoría porque el sujeto involucrado es alguien institucionalmente obligado, como el caso del homicidio, cuando es el padre quien ha intervenido en la muerte de su hijo.

### 2.1. Obligado especial

En primer lugar, el obligado especial o intraneus va a responder sólo y siempre como autor del delito, con independencia de la entidad de su contribución o del dominio que tenga sobre el hecho. El fundamento de su punibilidad es la infracción de un deber personal, que sólo puede tener lugar de modo individual y que no es cuantificable<sup>18</sup>. En suma, “el obligado especial ha nacido para ser sólo autor directo, y no así coautor, ni autor mediato, ni participe (instigador o cómplice)”<sup>19—20</sup>.

---

<sup>16</sup> Vid. ROXIN: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7<sup>a</sup> ed., Berlin, New Work, 1999, p. 697.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 81.

<sup>18</sup> Cfr., con alusiones a MÜSSIG y JAKOBS, CARO JOHN: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, ob. cit., pp. 66.

<sup>19</sup> CARO JOHN: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, ob. cit., p. 70, conclusión a la que llega luego de analizar particularizadamente cada posible situación. En el mismo sentido, JAKOBS: *Derecho penal. PG*, ob. cit., § 21/116 (p. 791).

<sup>20</sup> Con ello se disuelve a este respecto el problema que surge cuando estamos ante un delito cometido por una persona cualquiera con la participación adicional de un sujeto especialmente obligado. Frente a esta cuestión, la solución tradicional ha sido castigar a cada uno según la naturaleza de su injusto; por ejemplo, a la mujer que induce al asesinato de su marido se la sancionaría como inductora de parricidio, mientras que al que comete el delito como autor de homicidio calificado. Pero también ha sido propuesta la solución contraria, es decir, que al intraneus se le sancione por el mismo título de castigo que al autor principal, considerando el rol garantizador y trascendental que representa el tipo penal en la teoría del delito, como elemento informador de todos los aspectos del delito, incluido el ámbito de la participación criminal. Entonces, si se estima que el hecho típico realmente perpetrado es el descrito en el delito común, en virtud del principio de accesoriadad al participe “intraneus” no se le puede sancionar por un título diferente, como participe en un delito que no se ha realizado.

Pero, aunque la infracción del deber no es cuantificable, puede existir una suerte de graduación del injusto o de las consecuencias de dicha infracción que se refleje en la penalidad imponible<sup>21</sup>. Esto se verifica, por ejemplo, a través de tipos específicos, como en los delitos de parricidio (u homicidio con agravante de parentesco) y de abandono de menores o personas desvalidas cometido por un pariente; en ambos casos existe una infracción del deber institucional de protección que impone la relación paterno-filial o de parentesco, pero su cualificación es diferente. Otro tanto sucede con la incorporación de agravaciones o atenuaciones de pena en la regulación de un delito, como en el de malversación, en que suele contemplarse una pena diferente dependiendo del daño que se provoque a la función pública<sup>22</sup>.

El desvalor que implica el haber infringido un deber institucional ha de manifestarse en la sanción aplicable al obligado. Esto significa que en caso de existir un “delito común subyacente” que sancione conductas similares cometidas por cualquier persona, la pena para el sujeto institucionalmente obligado ha de ser mayor, porque además de afectar el mismo bien jurídico está infringiendo un deber.

En cuanto a la naturaleza de la conducta del autor, en estos delitos no suele distinguirse entre comisión y omisión. En la medida en que exista la infracción de los deberes de protección del bien jurídico el delito se configura, siendo indiferente si el sujeto ha actuado (y en que medida) o se ha abstenido de hacerlo, pues en ellos el dominio del hecho es irrelevante.

Por otra parte, cabe afirmar que para el obligado especial el delito cometido es simplemente y por completo un delito de infracción de deber, un delito especial respecto del cual no tiene sentido preguntarse si constituye un delito especial propio o impropio pues la existencia de un tipo común subyacente es absolutamente irrelevante<sup>23</sup>. En el fondo, todo delito de infracción de deber tiene una base material similar a la de los delitos especiales propios y diversa a la de los delitos comunes: la calidad especial del autor es, también en estos casos, el fundamento de la ilicitud de la figura.

Esto se advierte con mayor claridad, por ejemplo, cuando estamos ante un delito común cometido omisivamente por un obligado especial. En efecto, para sancionar una comisión por omisión es necesario que concurra una posición de garante. El fundamento de esta posición se configura, en muchos casos, por la obligación institucional que recae sobre determinados sujetos. Así, un padre puede ser sancionado como autor del homicidio omisivo

---

Cfr., por todos, el voto minoritario del profesor Carlos KÜNSEMÜLLER L., en la SCA San Miguel 31.01.1990 (GJ N° 117, p. 68).

<sup>21</sup> A los modos de graduar el injusto que se indican habría que agregar la cuantificación de la infracción que puede existir en razón de la jerarquía de los obligados, como propone JAKOBS, G.: “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos” (trad. Cancio Meliá), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 120.

<sup>22</sup> Así se contempla en la regulación propuesta para el delito de malversación en el Anteproyecto (art. 357).

<sup>23</sup> Conclusión a la que llega SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., pp. 249 ss. y 253 ss., que es particularmente alabada por JAKOBS al prologar su obra (p. 16).

de su hijo porque tenía el deber de proteger la vida de éste. Este deber es el que fundamenta la ilicitud del hecho, pues de no existir ese deber, la omisión no configuraría ningún ilícito. Queda claro, entonces, que un homicidio omisivo cometido por el padre es un delito de infracción de deber. Y existiendo tal deber, lo mismo puede decirse cuando ese delito se comete de modo activo; el fundamento del ilícito sigue siendo la infracción de un deber positivo de fomento y protección de un bien jurídico, deber que, obviamente, encierra en sí mismo el deber negativo de no dañarlo.

En definitiva, cuando estamos ante un delito de infracción de deber no hay lugar para una diferenciación entre delito propio e impropio. En todos ellos la calidad especial del sujeto lo obliga, y la infracción del deber es lo que fundamenta el ilícito. “O bien no existe una lesión de los deberes de una institución positiva y, entonces, no estamos ante un delito de infracción de deber —tampoco “impropio”— o bien existe tal lesión, pero la misma fundamenta también siempre la punibilidad del obligado especialmente”<sup>24</sup>.

## 2.2. Sujeto no obligado

La sanción para el sujeto sobre quien no recae un deber institucional pero que interviene en el ilícito junto con alguien que sí está obligado es la cuestión que mayores conflictos genera y que todavía no parece completamente resuelta entre quienes adhieren a la teoría de los delitos de infracción de deber.

En principio, el no obligado no podría ser sancionado en virtud de un delito de infracción de deber. Si el fundamento de la responsabilidad en esta clase de ilícitos es la infracción de deber, la persona sobre quien no recae ninguna particular obligación de protección o garantía de un bien jurídico no realizaría un ilícito punible. A él no le alcanzaría la norma de conducta presupuesta en el tipo<sup>25</sup>. Se produciría su impunidad, al menos, en relación con los delitos especiales propios. En los impropios, en cambio, la existencia de un tipo paralelo configurado como delito de dominio podría servir como título de imputación suficiente para sancionar a aquel en quien no concurre la calidad especial exigida en el tipo, en la medida en que hubiere configurado su ámbito de organización de un modo deficiente que afecte al bien jurídicamente protegido.

Esta situación resulta a todas luces insatisfactoria, fundamentalmente porque en los delitos especiales propios significa la impunidad de conductas que presentan merecimiento de pena pues realmente afectan un bien jurídico<sup>26</sup>. Con todo, esto puede solucionarse a través de

---

<sup>24</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 253.

<sup>25</sup> Es la solución que propone, desde su propia concepción —crítica respecto de la teoría de los delitos de infracción de deber— ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., p. 242, porque al *extraneus* no le alcanza la norma de conducta presupuesta en el tipo, pues no se encuentra en una posición típicamente idónea para lesionar el bien.

<sup>26</sup> Además, ya hemos visto que la distinción entre delitos propios e impropios no tiene sentido en relación con los delitos de infracción de deber, por lo que tampoco se podría hacer resurgir para estos efectos.



tipos penales específicos —de dominio u organización— que castiguen la intervención de particulares en esta clase de delitos especiales<sup>27</sup>.

Desde el punto de vista legal, la solución general al problema pasa por insertar una cláusula general de extensión de la punibilidad a estos extraneus, la que debería contemplar una atenuación de su responsabilidad frente a la que cabe a un intraneus<sup>28</sup>. En esta línea, desde la perspectiva dogmática, algunos partidarios de la teoría de los delitos de infracción de deber afirman la punibilidad del extraneus en todos los supuestos manteniendo la unidad del título de imputación. La sanción en estos casos se explica porque, aunque la lesión de la institución es inaccesible para el extraneus por sí solo, la presencia de un interviniente que aporta el deber abre la posibilidad de dicha lesión, de modo tal que quien no tiene un deber especial ha de responder —aunque en forma atenuada— por poner en tela de juicio la institución<sup>29</sup>. Pero en estos supuestos es evidente que su actuación sólo puede calificarse como una forma de participación en un hecho ajeno, nunca como autoría<sup>30</sup>.

En cualquier caso, si se le sanciona en virtud del delito de infracción de deber, resulta claro que como el extraneus no infringe un deber, la pena imponible ha de ser menor que la aplicable al especialmente obligado. Pero, a su vez, no se puede hacer caso omiso del mayor reproche que suponen los supuestos de participación en un delito de esta clase, si se compara con los de participación en un delito de dominio del hecho: colaborar con un funcionario para que sustraiga efectos públicos a su cargo tiene mayor relevancia que colaborar con un particular para que sustraiga bienes de un tercero cualquiera, porque en el primer caso se

---

<sup>27</sup> Cfr. ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., p. 244. Es lo que sucede, con carácter general, con las normas que sancionan la *inducción* por parte de un *extraneus* para que un funcionario público cometa un delito contra la Administración Pública (delito de cohecho, art. 250 CP). En el Código Penal español de 1995 se incluyen numerosas disposiciones para sancionar la conducta del *extraneus* en relación con algunos delitos funcionarios: en las *negociaciones incompatibles*, el art. 406 castiga al particular que acepta el nombramiento sabiendo que carece de los requisitos legales; en la *infidelidad en la custodia de documentos*, el art. 414 sanciona al particular que destruya o inutilice los medios puestos para impedir el acceso a documentos; en la *violación de secretos*, el art. 418 se refiere al particular que aproveche para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad; y en el *tráfico de influencias*, el art. 429 sanciona al particular que influye en un funcionario público para conseguir una resolución que pueda favorecer económicamente a alguien.

<sup>28</sup> Como la contenida el art. 45 del Anteproyecto.

<sup>29</sup> Cfr. RAMOS TAPIA, I.: *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, p. 446 y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 215 ss. De modo similar, a partir de la teoría del *dominio social del hecho*, RUEDA MARTÍN: “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública”, en *RDPPC*, N<sup>o</sup> 8, 2001, p. 162, concluye que “la imposición de la pena correspondiente al partícipe *extraneus* es proporcionada a la gravedad de lo injusto que se ha cometido, es decir, valerse de un dominio social típico que ostenta un *intraneus* para lesionar más fácilmente un bien jurídico”. Con todo, la admisibilidad de esta solución debe ser enjuiciada a partir de los efectos concretos a que ella puede conducir en un determinado ordenamiento jurídico. Así, parece ser la adecuada en la legislación alemana, en que el § 28 StGB obliga a castigar, con una pena disminuida, al partícipe en un delito especial. Pero en relación con el Código Penal español, el art. 65.3 puede llevar a consecuencias completamente insatisfactorias.

<sup>30</sup> Ni siquiera cabe estimarlo autor mediato cuando se trata de un delito de infracción de deber, sino que resulta impune en ese supuesto pese a su dominio del hecho. Por eso, por ejemplo, si alguien engaña a un juez para conseguir que dicte una sentencia injusta no es posible castigarlo como autor mediato de prevaricación, sino, en todo caso, como autor de una estafa procesal.

afecta algo más que la propiedad ajena. “En suma, la participación en un delito impropio de infracción de deber supone un mayor injusto que la participación en el correspondiente delito común subyacente”<sup>31</sup>, mayor desvalor que también debería verse reflejado en la pena.

### 3. Críticas y refutación

Ciertamente, la categoría de los delitos de infracción de deber constituye una construcción muy criticada, que no se ha impuesto ni en Alemania ni en España ni, menos aún, en nuestro país<sup>32</sup>. Los principales reparos de que es objeto dicen relación con una transgresión de los principios de legalidad y lesividad, así como que constituye una categoría superflua que no aporta nada nuevo frente a la ya consagrada distinción entre delitos comunes y especiales. Veamos cada una de estas cuestiones.

#### 3.1. Principio de legalidad

En relación con este principio existen dos objeciones fundamentales:

En primer lugar, que los delitos quedan configurados sobre la base de deberes que adolecen de una gran vaguedad, poniendo en peligro el principio de legalidad<sup>33</sup>. Aunque en ocasiones ello puede ser cierto, cabe replicar que la institución positiva no es más imprecisa, por ejemplo, que construcciones como la del riesgo permitido en los delitos de dominio, salvo en cuanto esta última ha sido objeto de una mayor preocupación doctrinal en su delimitación<sup>34</sup>.

En segundo término, por sus consecuencias también estaría en contradicción con este principio, que prohíbe considerar a las acciones de inducción o cooperación como acciones de autoría, salvo que la ley lo diga expresamente.

Sin embargo, tras esta crítica existe una suerte de confusión. Porque con los delitos de infracción de deber no se pretende sancionar acciones de inducción o complicidad de un sujeto especialmente obligado como si fuesen de autoría, sino que lo que se intenta es determinar si estamos ante una inducción o complicidad o ante auténticos comportamientos de autoría<sup>35</sup>. Por lo demás, cuando existe algún comportamiento de la persona obligada que aparentemente no configura más que una inducción o complicidad, se configura al mismo tiempo una omisión en la protección del bien jurídico, suficiente para sancionar por la autoría del delito.

---

<sup>31</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 240.

<sup>32</sup> Vid., por todos, la visión crítica de ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., p. 226 y ss., tanto respecto de los fundamentos como del tratamiento dogmático al que conduce esta teoría.

<sup>33</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “Introducción” a ROXIN, C: *Política criminal y sistema de Derecho penal*, trad. e introducción de F. Muñoz Conde, 2ª ed., 1ª reimpr., Buenos Aires, Hammurabi, 2002, pp. 24-25 y ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., pp. 229-230.

<sup>34</sup> En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit., pp. 45 y 49 y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 102.

<sup>35</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., pp. 194 y 195.

Por otra parte, el principio de legalidad es respetado en la medida en que la infracción de deber debe apoyarse en alguna forma de descripción delictiva específica<sup>36</sup>, es decir, que no basta cualquier infracción ni cualquier comportamiento, sino que es necesario que el tipo plasme cierta descripción y que la infracción se refiera a ella. Así, por ejemplo, si el delito de torturas se refiere sólo a la violencia física, quedan excluidos los comportamientos — acciones u omisiones— del funcionario que signifiquen amenazas o violencia psíquica, por más que ellos también impliquen, indudablemente, una infracción de los deberes que le son propios.

En todo caso, es evidente que conocer y profundizar en esta categoría de delitos ha de servir para, evitando cualquier cuestionamiento, trasladar a la legislación positiva expresa las conclusiones a que ella conduce.

### 3.2. Principio de lesividad

Se suele cuestionar también el que esta categoría prescinda de la idea, consustancial al concepto de Derecho penal democrático, de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal<sup>37</sup>.

Ahora bien, como sostiene Roxin, hay que partir de la idea de que la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber no constituye una elaboración dogmática artificiosa, sino que es reflejo de la propia realidad social. Así, mientras los delitos de dominio surgen en aquellos casos en que el autor de la infracción quebranta un espacio que “por imperativo del Derecho debería haber dejado intacto”, los delitos de infracción de deber se configuran como protección de la capacidad de funcionamiento de “sectores de la vida conformados ya jurídicamente”<sup>38</sup>. En consecuencia, los conceptos de dominio del hecho y de infracción de un determinado deber existen como realidades previas ya conformadas, entre las que existe una diferencia estructural que es trazada en los tipos concretos. La decisión de conformar los delitos de uno u otro modo constituye una decisión valorativa del legislador, que depende de si se considera que el contenido criminal de un delito se ve influido de modo esencial por una posición de deber<sup>39</sup>.

Dentro de este marco, no puede afirmarse que la configuración de los delitos de infracción de deber carezca de límites materiales. Como explica Jakobs, únicamente resulta posible imputar responsabilidad penal por la infracción de deber en la medida en que la institución que le sirve de base posea, en la realidad social, el mismo peso que el sinalagma que sirve de fundamento a los delitos de dominio (esto es, la relación entre la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias que de ello se deriven)<sup>40</sup>. Se ha de tratar de

<sup>36</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 172.

<sup>37</sup> Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “Las actuaciones en nombre de otro”, en *ADPCP*, 1984, p. 49, cit. por GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit., p. 44.

<sup>38</sup> ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal*, ob. cit., p. 63.

<sup>39</sup> Cfr. ROXIN: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, ob. cit., p. 418.

<sup>40</sup> Cfr. JAKOBS: *Derecho penal. PG*, ob. cit., § 29/58 (p. 994).

instituciones que tengan, entre sus funciones, la protección de bienes<sup>41</sup>, que garanticen el funcionamiento de la sociedad, permitiendo la creación de un mundo en común. Instituciones que “aseguran las condiciones elementales de la existencia de libertad, esto es, garantizan el deber de no dañar a los demás (*neminem laede*) y, con ello, son al menos tan importantes como éste”<sup>42</sup>. A través de estas instituciones, propias de cada sociedad en un momento y lugar determinado, la persona queda vinculada a la esfera de terceras personas, y de tales relaciones surgen mandatos y obligaciones que tienen por objeto proteger la capacidad funcional de ámbitos de la vida ya preformados.

En enumeración del mismo Jakobs, son instituciones como la relación paterno-filial y sus sutitutos, el matrimonio, la confianza especial y, para los deberes genuinamente estatales, las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía y, por último, el velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública y a la Administración de Justicia, como principio fundamental del Estado de Derecho<sup>43</sup>. “Se trata, pues, de aquellas formas de relaciones sociales respecto a las cuales no existe —al menos en general— ninguna alternativa de organización”<sup>44</sup>.

En consecuencia, tampoco es verdad que se prescindiera sin más de la idea de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, porque la infracción de deberes penalmente sancionada lo es en función de su relevancia para el fomento y salvaguarda de un bien jurídico. Como ha afirmado Gómez Benítez, “no quiere decirse que tales delitos (los de infracción de deber) no protejan ningún bien jurídico (...); es decir, no se quiere decir con ello que el Derecho penal considere delictivas estas conductas porque constituyen meras infracciones de deberes; lo que se quiere decir es que el criterio específico de imputación al autor es la infracción del deber, con independencia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que, efectivamente, pueda constatarse”<sup>45</sup>.

Por último, aunque se puede discutir que estas instituciones configuren barreras bien definidas para el legislador penal, lo cierto es que la función de límite de esta construcción dogmática no es muy diversa de la que, en la práctica, ha demostrado ejercer el propio concepto de bien jurídico.

### 3.3. Categoría innecesaria

Por último, se ha objetado también que la categoría de los delitos de infracción de deber resulta innecesaria, porque los problemas de autoría y participación a los que ella se aplica pueden ser solucionados recurriendo a la distinción de delitos comunes y especiales.

---

<sup>41</sup> Más exactamente, corrige JAKOBS, “la garantía de expectativas que se encuentran referidas al mantenimiento de bienes”, *Derecho penal. PG*, ob. cit., § 29/58 (p. 994).

<sup>42</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 143, con abundante apoyo bibliográfico que reafirma la importancia de las instituciones positivas.

<sup>43</sup> Cfr. JAKOBS: *Derecho penal. PG*, ob. cit., §§ 29/58 y ss. (p. 994 y ss).

<sup>44</sup> JAKOBS: *Derecho penal. PG*, ob. cit., § 29/58 (p. 994).

<sup>45</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1984, p. 154, cit. por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 173.

Sin embargo, hay que reconocer que ambas clasificaciones no responden a los mismos criterios. La distinción entre delitos comunes y especiales obedece a un criterio formal, en que lo determinante es la descripción típica de los elementos personales del autor. En los delitos especiales se restringe el círculo de posibles autores porque sólo ellos pueden dañar un bien determinado o hacerlo de modo especialmente fácil o de manera prácticamente relevante<sup>46</sup>. Es decir, se diferencian de los delitos comunes por las condiciones formales que establece el legislador.

La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, por el contrario, recoge una diferenciación material reflejo de la propia realidad social. La interpretación de una figura como delito de dominio o de infracción de deber no está determinada por la forma de tipificación, sino que depende de la institución, positiva o negativa, que le sirve de fundamento<sup>47</sup>.

Así, aun cuando los delitos de infracción de deber se expresan típicamente como delitos especiales, en casos excepcionales pueden no serlo. Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito de omisión del deber de socorro, delito común de infracción de deber, en cuanto sería expresión de un deber institucional común a todos los ciudadanos: la solidaridad<sup>48</sup>. Otro tanto ocurre, más en general, en los supuestos de tipos formulados como delitos comunes que se convierten en delitos de infracción de deber cuando el interviniente es un obligado especial. A la inversa, también existen delitos especiales que siguen siendo delitos de dominio porque no responden a la configuración de un deber institucional. Es el caso, por ejemplo, de los delitos de apropiación indebida o quiebra.

En suma, la categoría de los delitos de infracción de deber no coincide con la de los delitos especiales porque responde a diversos criterios de clasificación. Por lo tanto, no es posible afirmar que ellas resulten categorías absolutamente coincidentes o superpuestas. Al obedecer, la primera, a criterios materiales de configuración, no sólo puede conducir a consecuencias diversas de las que permite adoptar el criterio de los delitos especiales, sino también más acordes con la realidad social a la que ofrece respuesta.

---

<sup>46</sup> Cfr. JAKOBS: *Derecho penal. PG*, ob. cit., § 23/24 (p. 830) y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 44.

<sup>47</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 120. Por eso, los delitos de infracción de deber no son más que una “expresión del aspecto social de la sociedad moderna que utiliza como criterio de regulación de los contactos sociales no sólo la libertad de organización —separación de esferas—, sino también las vinculaciones institucionales”, GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit., p. 44. En el mismo sentido ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal*, ob. cit., p. 63. Critican, en cambio, la inexistencia de un criterio material para determinar cuáles son esos contextos regulados preformados tanto ROBLES PLANAS: *La participación en el delito*, ob. cit., p. 230, como SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Lima, 2001, pp. 160

<sup>48</sup> Así GARCÍA CAVERO: *La responsabilidad penal del administrador*, ob. cit., p. 42. En contra, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., pp. 104-105, considera que en este caso se trata de deberes positivos de solidaridad mínima inespecíficos que no implican la conformación de un mundo en común.

A pesar de las críticas y dudas que esta posición todavía pueda suscitar, por su mérito descriptivo y su aptitud para ofrecer soluciones dogmáticas adecuadas, resulta indispensable plantearla y juzgar su conveniencia y aplicabilidad en el marco del Anteproyecto de Código penal.

#### **4. Los delitos de infracción de deber en el Anteproyecto de Código penal**

La aplicabilidad de la categoría de delitos que venimos analizando en el Anteproyecto de Código penal ha de analizarse tanto en su parte general como en relación con la tipificación de figuras concretas.

##### **4.1. Parte general**

En la parte general del Anteproyecto, hemos visto que se propone una norma especial en el inciso segundo del artículo 45 para sancionar de modo atenuado a los partícipes en un delito, cuando en ellos no concurren las calidades personales que constituyan el fundamento de la ilicitud del hecho punible.

La referencia a las calidades personales que “constituyan el fundamento de la ilicitud del hecho punible” hace clara alusión a los delitos especiales propios. Pero también resulta aplicable a los delitos de infracción de deber en los que, como ha quedado dicho, no corresponde hacer una distinción entre delitos propios o impropios, pues en todos los casos la infracción del deber determinada por el estatus personal es siempre el fundamento del injusto. Por lo tanto, el inciso segundo del artículo 45 resulta aplicable a todos los supuestos de participación en un delito de infracción de deber, aunque exista un tipo común subyacente.

Este modo de interpretar la norma implica que en todos los delitos de infracción de deber — propios e impropios, utilizando la terminología clásica— se debería sancionar al extraneus por el mismo título de imputación que al intraneus, pero aplicándole una pena atenuada en relación con la que le corresponde a este último. Siempre, eso sí y como aclara el propio artículo 45 inc. segundo *in fine*, que el extraneus haya tenido conocimiento de la concurrencia de la calidad personal que sirve de fundamento al injusto.

Por otra parte, la referencia que se hace a la “ilicitud del hecho” parece acercar la disposición del Anteproyecto a la fundamentación propuesta por Jakobs para los delitos de infracción de deber, según la cual el injusto radica en la transgresión de un deber por un obligado especial. En contraste, las legislaciones que se refieren a las circunstancias personales que sirven de fundamento de la “punibilidad del autor”, como la alemana, o de la “culpabilidad del autor”, como la española, parecen más acordes con la idea roxiniana de que los delitos de infracción de deber configuran sólo una forma diversa de estructuración de los tipos penales, en los que el fundamento último de la punibilidad sigue siendo la lesión del bien jurídico en tanto que el incumplimiento del deber especial fundamenta tan sólo la autoría.

En otro orden de cosas, el que finalmente no exista una regulación expresa de la omisión — el Anteproyecto no contempla una cláusula de equivalencia ni exige la tipificación específica

de los tipos susceptibles de ser cometidos de modo omisivo— permite soslayar, al menos en el plano teórico, el tema de la identidad radical entre acción y omisión que se advierte en los delitos de infracción de deber.

El Anteproyecto de Código penal sí contempla, en cambio, una norma en que se enuncian las formas de autoría: directa, mediata y coautoría (art. 10). Esta disposición parece asumir la teoría roxiniana del dominio del hecho —quien distingue entre dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional— como criterio para determinar quién puede ser considerado autor del mismo, lo que excluiría la posibilidad de fundamentar la autoría en la infracción de deber.

Ahora bien, al debatirse en el Foro la redacción de esta disposición siempre se tuvo en cuenta la necesidad de recoger la fórmula más neutral desde un punto de vista dogmático, para dejar a la doctrina y a la jurisprudencia la determinación de sus alcances concretos, por lo que no parece conveniente cerrar su interpretación en un solo sentido ni negar a priori que sea compatible con la construcción dogmática de los delitos de infracción de deber.

Por lo demás, la admisión de esta categoría puede lograrse por dos vías. Por una parte, afirmando que para determinar la autoría no es indispensable “recurrir” al artículo 10, tal como sucede hoy en día —según gran parte de la doctrina— en relación con la autoría directa o, incluso, con la autoría mediata respecto del art. 15 CP<sup>49</sup>. Pero como éste no parece ser el espíritu del Anteproyecto, siempre puede sostenerse que en los delitos de infracción de deber el autor es la persona que comete el hecho por sí solo, es decir, que estaría incluido en el N° 1 del artículo 10. El “hecho” sancionado en su caso es el que constituye la infracción de deber que fundamenta el ilícito, que puede consistir en una acción u omisión. Esta interpretación de la norma resulta similar a la que hay que hacer para sancionar al autor de un delito de omisión, propia o impropia, pues en tales casos la aplicación del art. 10 también pasa por la necesidad de entender que el autor “comete el hecho” en cuestión, y a este respecto no parece haber nadie que discuta la compatibilidad del Anteproyecto con la sanción de los delitos omisivos.

Por último, cabe recordar que la categoría de los delitos de infracción de deber fue identificada por el mismo autor de la teoría del dominio del hecho —Claus Roxin—, por lo que asumir esta concepción sobre la autoría no ha de implicar un rechazo por la que no constituye más que su complemento<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Vid., por todos, CURY URZÚZ/MATUS ACUÑA, “De las personas responsables de los delitos. Artículos 14 a 17”, en POLITOFF LIFSCHITZ/ORTIZ QUIROGA (dir.), *Texto y comentario del Código penal chileno*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 232 y POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ: *Lecciones de Derecho penal chileno*, PG, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 394.

<sup>50</sup> La incorporación de una norma como la del art. 10 tampoco conduce a descartar la concepción que propone el prof. JAKOBS, para quien el dominio del hecho no es más que una noción complementaria, mientras que lo esencial para determinar la autoría, en toda clase de delitos, es la *competencia* que puede surgir por organización o por deber. Cfr. JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho”, ob. cit., *passim*.

## 4.2. Parte especial

Aceptada la compatibilidad teórica de la construcción dogmática propuesta con la parte general del Anteproyecto, la posibilidad de conseguir soluciones adecuadas desde este punto de vista depende de que la parte especial recoja de algún modo las ideas que la sustentan. En particular, la de que el delito de infracción de deber y la participación en él poseen un mayor desvalor que conductas similares realizadas a propósito de un delito de organización o dominio.

En este sentido, aunque existen tipos específicos en que aparece expresamente consagrado el alcance de la infracción de deber como fundamento del ilícito, hay también otros en que la aplicación de esta categoría puede conducir a conclusiones insatisfactorias por ser contrarias a sus propios postulados, especialmente en lo que se refiere al tratamiento que ha de darse al extraneus en un delito de esta clase. Veamos lo que sucede en algunos ejemplos concretos:

### 4.2.1. Torturas

“Art. 108. El funcionario público que torture a una persona privada de libertad, aplicándole tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo e inhabilitación absoluta para el ejercicio de algún cargo u oficio público en su grado máximo.

En las mismas penas incurrirá el funcionario que no evite la aplicación de torturas a una persona privada de libertad, pudiendo hacerlo y encontrándose obligado a ello.

Las penas previstas en este artículo se impondrán rebajadas en un grado al particular que induzca a la comisión de este delito o intervenga en él”.

El tipo de torturas aparece expresamente configurado con las características de un delito de infracción de deber. En efecto, en él se equiparan expresamente la acción y la omisión, y de ello resulta también una equiparación práctica entre supuestos de autoría y participación, pues el funcionario que sólo colabora en las torturas realizadas por otro incurrirá, generalmente y al mismo tiempo, en la modalidad omisiva del delito. Lo que en definitiva importa es que estamos ante un funcionario público que infringe su especial deber de custodia de los bienes jurídicos de la persona privada de libertad.

Las penas aplicables en estos supuestos son siempre mayores que las que corresponderían si se entendiese realizado sólo un delito de amenazas, coacciones o lesiones, figuras que resultan desplazadas por la de torturas. En caso de que la víctima muera o sufra lesiones especialmente graves, con motivo u ocasión de las torturas aplicadas, también se establecen reglas particulares para aumentar la severidad de la pena por dichos ilícitos (arts. 82 inc. segundo y 88 N° 3 del Anteproyecto).



En cuanto a los particulares, éstos no pueden ser autores de este delito, y en caso de que participen en él su responsabilidad será menor que la del *intra-neus*<sup>51</sup>. Pero cabe destacar que, tal como reconoce la propia disposición, el *extraneus* deberá ser sancionado por este mismo tipo y no por un eventual delito de coacciones, amenazas o lesiones (en el caso de que se produzcan), pues participa en un ilícito diferente de aquellos, de mayor gravedad y diverso fundamento<sup>52</sup>. De esta forma, aun cuando sea el propio particular quien aplique las torturas y ocasione, por ejemplo, lesiones de menor gravedad a la víctima, deberá ser sancionado por su intervención en el ilícito del art. 122 (con la pena —rebajada— de reclusión menor en su grado medio) y no como autor de un delito de dominio u organización por las lesiones ocasionadas (por el que le correspondería, según el tipo básico de lesiones del art. 85, una pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de 1 a 10 UTM). Aunque podría afirmarse que la conducta del particular configura un delito de lesiones cometido como autor, con pleno dominio del hecho y, al mismo tiempo, una intervención en el de torturas, entre ambos supuestos existe un concurso aparente de leyes penales que se resuelve en favor del delito de infracción de deber<sup>53</sup>.

#### 4.2.2. Malversación

“Art. 357. El funcionario público que se apropie (o consintiere que otro se apropie) de caudales o efectos públicos que tenga a su cargo (por razón de sus funciones), será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, multa de once a quinientas unidades tributarias mensuales e inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta en su grado máximo para cargos y oficios públicos.

No se impondrá el grado mínimo de la pena de reclusión cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al gran valor de los caudales o efectos

---

<sup>51</sup> El inciso final del art. 108 no hace sino reiterar la regla general establecida en el inciso segundo del art. 45, pues se trata de rebajar la pena de un partícipe en quien no concurre la calidad personal que constituye el fundamento de la ilicitud del hecho punible.

<sup>52</sup> Ya respecto del delito de torturas del actual Código penal algunos autores han afirmado que se trata de un delito especial propio, aunque para ello se fundamentan en el elemento subjetivo que tiñe su antijuridicidad. Así, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ: *Lecciones de Derecho penal chileno, PE*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 213.

<sup>53</sup> En esto discrepamos de la tesis que esboza SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., p. 224, nota 36, en que afirma “... desde la perspectiva del *extraneus* esto significa: él participa en un delito de infracción de deber [él no puede ser (co-) autor], con un *quantum* de contribución parecido al de la coautoría, y comete, a la vez, un delito común o de dominio del hecho, lo que, probablemente, implique un concurso ideal de delitos (si no, el mayor injusto que significa haber participado en un delito de infracción de deber no se tendría en cuenta). La posición del *extraneus*, sin embargo, no puede ser profundizada en esta investigación”. El mismo autor, sin embargo, adopta la solución del concurso aparente de leyes penales cuando se enfrenta al supuesto en que un *intra-neus* quebrante su deber a través de una organización o dominio de un hecho lesivo para cierto bien jurídico; entonces se produce un encuentro entre un delito de infracción de deber y un delito de dominio —por ejemplo, cuando la madre ahoga con sus propias manos a su hijo— el que, según SÁNCHEZ-VERA, se resuelve a favor del primero porque la lesión de la institución negativa de no dañar, que es una ley general, retrocede ante la especialidad que implica la lesión de la institución positiva (pp. 261 y ss.). Creemos que esta última es la solución correcta también para el *extraneus*, pues en su caso también estamos ante un *solo injusto*, aunque desde un punto de vista fenomenológico parezcan concurrir dos.

apropiados o a las consecuencias especialmente perjudiciales que su pérdida tenga para el servicio público.

La pena de reclusión se impondrá en su grado mínimo si los caudales o efectos apropiados son reintegrados con anterioridad a la formalización de la investigación o del requerimiento, en su caso”.

El delito de malversación es considerado tradicionalmente como un ejemplo de delito especial impropio, esto es, un delito en que la calidad del sujeto activo no es determinante de la ilicitud de la conducta sino del mayor desvalor que reviste frente a los delitos comunes de hurto o apropiación indebida.

Sin embargo, desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber no cabe hacer la distinción entre delitos propios e impropios, y esta conclusión es aplicable a la figura de malversación.

En efecto, en este delito lo determinante de la ilicitud es que un funcionario público que está a cargo de ciertos bienes se los apropia o consiente que otro se los apropie. Es decir, infringe el deber específico de velar por el patrimonio público y por el buen funcionamiento de la Administración Pública que de él depende. Poco interesa que el funcionario se quede con los bienes o permita que sea otro quien los sustraiga, conductas que tradicionalmente han sido equiparadas en este delito, sin tener un correlato semejante en los “tipos comunes subyacentes”. Es evidente que aquí el bien jurídico protegido no es el patrimonio ajeno, sino que además o por sobre eso, lo que se protege es la Administración Pública<sup>54</sup>.

Por lo expuesto es que también se contemplan agravaciones y atenuaciones de la penalidad que no son coincidentes con las contempladas en los tipos comunes de hurto o apropiación indebida, porque responden al fundamento propio y específico del delito de malversación.

El particular que participa en este delito, por tanto, deberá ser siempre castigado por malversación pero con una penalidad atenuada. Ahora bien, según la normativa del Anteproyecto, esto va a conducir, en general, a aplicarle sanciones similares a las que corresponderían si se le sanciona a título de hurto o apropiación indebida, porque la pena de estos últimos es la de reclusión menor en su grado mínimo, y al atenuar la pena por malversación se arriba al mismo marco penal, lo que implica una discrepancia con los postulados que hemos revisado. De todos modos la calificación por uno u otro delito no deja de ser importante en razón de las demás reglas que determinan la penalidad de estas figuras. En cualquier caso, si por la falta de agravación en el delito de infracción de deber el extraneus resulta insatisfactoriamente beneficiado cuando se hace primar su participación en éste por sobre su conducta en el delito de dominio “subyacente” para determinar el título de imputación, entonces sería necesario reconocer que existe una incoherencia y desproporción en la regulación de esta materia que haría necesario aplicar el principio de alternatividad

---

<sup>54</sup> En estricto rigor ni siquiera puede afirmarse que las conductas aquí tipificadas lesionen este bien jurídico, sino que en realidad al producirse ellas ni siquiera surge el bien jurídico “correcta Administración Pública” pues el funcionario está encargado de realizarla y cuando actúa en la forma descrita es obvio que no existe una correcta Administración Pública. Cfr. JAKOBS: *Derecho penal*. PG, ob. cit., § 2/17 (p. 53).

para resolver el concurso de leyes penales, dando primacía a la intervención del sujeto en el delito de dominio.

Lamentablemente la redacción de la norma ha quedado abierta a la inclusión o no del supuesto pasivo —consentir en que otro se apropie— que generalmente opera a través de una mera omisión. De todo lo afirmado anteriormente se advierte que admitir esta forma de comisión del delito resulta esencial para responder a las premisas de los delitos de infracción de deber.

#### 4.2.3. Infidelidad en la custodia de documentos

“Art. 262. El funcionario público que dañe a la causa pública sustrayendo o destruyendo documentos que le estén confiados por razón de su cargo, cualquiera sea su soporte, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo o inhabilitación especial en su grado medio para el cargo u oficio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Si el daño es grave, la pena será de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, inhabilitación especial en su grado máximo y multa de once a veinticinco unidades tributarias mensuales”.

En esta figura, que también debió reunir las características de los delitos de infracción de deber, el criterio de incriminación parece venir dado, más bien, por el dominio del hecho. Porque se sanciona la sustracción o destrucción por el funcionario público de ciertos documentos, en una redacción que puede estimarse incompatible con los supuestos omisivos, en los que no sea el mismo funcionario quien actúe sino que consienta o tolere que otro lo haga. En estas hipótesis no hay duda de que se configura un desvalor penalmente relevante, el funcionario infringe grave y directamente su deber, el resultado material termina siendo el mismo y la Administración Pública resulta igualmente afectada; sin embargo, el principio de legalidad impediría la sanción por omisión, en la medida en que se interpreten los verbos rectores como esencialmente activos. Ahora bien, esta última no parece una conclusión absolutamente necesaria y la discusión habrá de discurrir en torno a este punto.

El artículo 264 se ocupa de los supuestos excepcionales en que los particulares estén a cargo de los documentos<sup>55</sup>. En esos casos se trata de particulares que están, también excepcionalmente, obligados con la Administración Pública, por lo que puede afirmarse que a su respecto el delito se fundamenta igualmente en la infracción de deber. La pena es menor que la estipulada para el funcionario público sólo porque la vinculación institucional es menor, el deber no es de igual jerarquía, pero no porque no exista tal deber.

Tanto en la hipótesis del funcionario público (art. 262) como en la del particular (art. 264), si además ha intervenido en el hecho un particular cualquiera que no estuviera a cargo de los documentos, no cabe duda de que éste jamás podría ser considerado autor directo del delito. En su caso habría que recurrir a la norma general, del artículo 45 inciso segundo para sancionarle con una pena doblemente atenuada: primero porque no se trata de un autor sino de un partícipe —salvo que sea inductor, en cuyo caso no opera esta atenuación— y segundo

---

<sup>55</sup> Lo propio ocurre con el art. 260 y los delitos de malversación.

porque no concurren en él las circunstancias personales que constituyen el fundamento de la ilicitud del hecho punible<sup>56</sup>.

Consideraciones similares a las efectuadas se podrían formular respecto de otros tipos, como el de tráfico de influencias (art. 261), violación de secretos (art. 265 y 266), falso testimonio (art. 411)<sup>57</sup>, etc.

#### 4.2.4. Detención ilegal

“Art. 119. El funcionario público que con abuso de su cargo encierre o detenga a una persona fuera de los casos permitidos por la ley, sufrirá el máximo de las penas señaladas para el secuestro y la sustracción de menores, en sus respectivos casos. Además, sufrirá la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en su grado máximo”.

La forma de incriminación del delito de detención ilegal cometido por funcionario se presenta como especialmente conflictiva en relación con la construcción dogmática sobre los delitos de infracción de deber. Aunque se trata de una figura que debía responder a las características de esta categoría de ilícitos, ello no aparece recogido en su tipificación.

En especial, y sin entrar en mayores detalles, si se pretende sancionar a un particular por su intervención en el delito de detención ilegal, atenuando la pena tal como lo dispone el artículo 45 del Anteproyecto, se le concedería un beneficio injustificado y desproporcionado. El cómplice del funcionario que detiene no puede ser sancionado con menor pena que el que colabora con un particular que secuestra, porque el primero participa en un ilícito de mayor desvalor. Por otra parte, aplicarle sólo la pena que corresponde a título de secuestro común tampoco resulta completamente satisfactorio, pues dicha sanción no refleja ese mayor desvalor que implica su conducta.

#### 4.2.5. Parricidio

Entre los delitos de infracción de deber que no suelen estar positivizados en la legislación destaca la figura de homicidio cuando es cometida por quien está institucionalmente obligado a proteger la vida de la víctima; este es el caso de los padres respecto de sus hijos.

El Anteproyecto de Código penal, sin embargo, no permite dar un tratamiento adecuado a este supuesto ya que, por una parte, no tipifica el parricidio como una forma agravada de homicidio y, por otra, tampoco incluye como circunstancia agravante general el cometer el delito en contra de determinados parientes.

---

<sup>56</sup> Como ya se advirtió, otras legislaciones optan por recurrir a la tipificación expresa de estas conductas, como figuras independientes del delito funcionario. Así, por ejemplo, el art. 414 del CP español.

<sup>57</sup> En relación con el falso testimonio existe una norma especial para sancionar a quien presente ante un tribunal a los testigos, peritos o intérpretes que incurran en falsedad. Es decir, se trata de sujetos que no podrían ser sino partícipes en el delito de infracción de deber de falso testimonio, pero cuya conducta es elevada a autoría en esta figura especial. Sin embargo, como ellos no están vinculados institucionalmente con la Administración de Justicia –como sí lo está el testigo– la penalidad tal vez debió ser diferente.

Ante esta situación, puede seguir afirmándose que el fundamento del ilícito en estas hipótesis es la infracción del deber, y que por eso el padre deberá ser sancionado siempre como autor de homicidio, sea que domine el hecho o sólo colabore en él, sea que realice una conducta activa o incurra en una mera omisión. Sin embargo, como la legislación propuesta no recoge el mayor desvalor que esta gravísima infracción de deber supone, al intentar aplicar las reglas de tratamiento de los delitos de infracción de deber —especialmente en relación con los extranei—, las soluciones concretas no sean adecuadas. No existe agravación de la pena para el intraneus y, por lo mismo, no tendría sentido atenuar la pena aplicable al extraneus, a pesar de concurrir las condiciones establecidas en el artículo 45 inciso segundo. Nuevamente se puede pretender solucionar las incoherencias valorativas que supondría la aplicación de esta norma con el recurso al principio de alternatividad para resolver el concurso aparente de leyes penales que existiría entre el delito de dominio de homicidio que efectivamente se comete y el delito de infracción de deber que concurre<sup>58</sup> y que debería haber primado por especialidad. Pero este recurso, en el fondo, deja en evidencia que en el Anteproyecto no se consideró la fundamentación propia de los delitos de infracción de deber para estos supuestos.

## Conclusiones

Al revisar los fundamentos, características y formas de tratamiento de la participación en los delitos de infracción de deber cabe concluir que ésta es una categoría necesaria dentro de la construcción del sistema penal, fundamentalmente porque responde de modo adecuado ante una realidad diferente de aquella a que se refieren los delitos de dominio o de organización<sup>59</sup>. En este sentido, coincidimos con Caro John en que “la bondad de la construcción de los delitos de infracción de deber no radica en la novedad de sus propuestas sino en que, con su surgimiento, los problemas que se suscitan en el terreno de la autoría ahora tienen la posibilidad de obtener una solución sistemática más satisfactoria, sobre todo en los ámbitos en que el dominio del hecho no tiene ninguna fuerza explicativa, dicho de un modo más directo: en el ámbito de los delitos cometidos por personas portadoras de «deberes especiales»”.

En cuanto al Anteproyecto de Código penal que ha sido objeto de este estudio, puede afirmarse que los delitos de infracción de deber constituyen una categoría que es compatible con las normas de la parte general.

---

<sup>58</sup> La existencia de un concurso aparente de leyes penales es más cuestionable en este caso, pues estamos frente a una sola norma aplicable: la que tipifica el delito de homicidio, pero con dos fundamentaciones diversas. En el delito de dominio se trata de sancionar por una organización defectuosa que infringe el deber general de no dañar a los demás, mientras que en el delito de infracción de deber la esencia del ilícito radica en la infracción del deber de protección del bien jurídico.

<sup>59</sup> Aunque puede pretenderse —como ya se ha hecho— que todos los delitos son delitos de organización porque todos responderían de algún modo a la organización previa por parte del autor, la que se manifestaría, por ejemplo, cuando el funcionario público acepta el cargo, cuando el testigo presta juramento, etc. Sin embargo, esta tesis implica retroceder demasiado en el motivo de la punibilidad, desconoce la diversa fundamentación que se puede apreciar en las categorías analizadas y no es aplicable en todos los supuestos. Piénsese, por ejemplo, en la relación paterno-filial y las obligaciones que por ella corresponden a los hijos, en cuyo caso no existe ningún acto de organización al que pueda imputarse la responsabilidad.

OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena. “Delitos especiales y de infracción de deberen el Anteproyecto de Código Penal”. *Polít. crim.* n° 1, 2006. A4, p. 1-22.

Sin embargo, al analizar la regulación concreta de los delitos en la parte especial surgen importantes inconvenientes que impiden aceptar, sin más, la aplicación de esta categoría de delitos con todas sus consecuencias prácticas. La superación de muchos de éstos se podría conseguir estableciendo que la atenuación de la pena, tal como está dispuesta en el art. 45 inciso segundo del Anteproyecto, sea una cuestión facultativa, de modo que los tribunales podrían dejar de aplicarla en los supuestos en que la normativa no hubiere contemplado el mayor desvalor que suponen los delitos de infracción de deber.