

**Una oportunidad perdida: Los
delitos de infracción de un deber y
la participación criminal**

Nicolás GAMBINI*

*Abogado (UNC), especializando en Derecho Penal.

Contenido

Abstract.....	5
La sentencia del tribunal	7
El caso que motivó el veredicto condenatorio.....	7
Introducción	8
El dominio del hecho.....	10
La infracción a un deber como fundamento de la imputación	11
Autoría fundada en la infracción de un deber: el obligado especial, es siempre autor.	16
¿Un reconocimiento de los delitos de infracción de deber?.....	19
Conclusión: La oportunidad perdida.....	19

Abstract

Para explicar el concepto de la intervención delictiva, se han elaborado en la dogmática penal diversas teorías que identifican a quien es autor o partícipe; una de ellas en la actualidad, la dominante, es la llamada “*dominio del hecho*”. Sin embargo, no todos los tipos de delitos tienen una estructura que permite explicar adecuadamente las cuestiones de la autoría a través de la teoría del dominio del hecho. Existen delitos que no precisan de ningún dominio del hecho para su concreción, como es el supuesto de los tipos cuyo núcleo está formado por una especial posición que ocupa el obligado en el ámbito de los deberes que tiene a su cargo, en otros términos, tipos penales que, que solamente pueden determinarse por medio de la *infracción a un deber especial* del actuante.

Palabras claves: *Autoría, Participación, Delitos de infracción de deber, Dominio del hecho, Delitos contra la integridad sexual.*

La sentencia del tribunal¹

En un reciente fallo², la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Deán Funes, provincia de Córdoba, condenó (por unanimidad) a: **RFM**, como **autor** penalmente responsable de los delitos de **abuso sexual con acceso carnal reiterado** (arts. 45 y 119 tercer párrafo del C.P.) (...) y le impuso como sanción la pena de **14 años de prisión**; y a **ETP**, como **partícipe secundaria** penalmente responsable del delito de **abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo** (arts. 46 y 119 cuarto párrafo inc. b) en función del párrafo tercero y 133 del C.P.) y le aplicó como sanción la **pena de 8 años de prisión**.

El caso³ que motivó el veredicto condenatorio

Los hechos⁴ que ocurrieron entre mayo de 2013 y marzo 2014, sucedieron de la siguiente manera: **RFM** se hizo presente en el domicilio de **ETP**, madre de una menor (**YL** de 11 años de edad) y tras recibir cervezas y/o asado y/o dinero de la mano de **RFM**, con la finalidad de satisfacer deseos sexuales propios, **ETP** (madre de la niña), facilitó y consintió que **RFM** efectúe prácticas sexuales con la menor, teniendo la progenitora pleno conocimiento de todo lo ocurrido. Los sometimientos sexuales consistieron en que **RFM** ingrese al dormitorio donde se encontraba **YL**, lugar en el que le efectuaba tocamientos libidinosos por todo el cuerpo, en especial en la zona de la vagina, obligándola a mantener relaciones sexuales (fue accedida carnalmente por vía vaginal), contra su voluntad.

¹ Sentencia dictada con fecha 7/9/2016 por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Deán Funes. La parte resolutive de la misma fue modificada y adaptada para resguardar las identidades. Asimismo, se transcribieron únicamente las partes pertinentes del fallo a los fines de efectuar el análisis del caso.

² Vale aclarar que a la fecha de la finalización del presente, aún no han sido expuestos los fundamentos de la sentencia, ya que fueron diferidos por el tribunal de acuerdo a lo normado por la ley procesal local.

³ Para una mayor ilustración del caso, ver nota en el diario "La Voz del Interior" (Córdoba), del periodista Juan Federico: disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/sucesos/una-muerte-que-dejo-al-descubierto-el-espanto> y Nota de Redacción también del mismo diario, disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/sucesos/final-judicial-para-el-espanto-en-suncho-huayco>

⁴ Fueron tomados de la Requisitoria Fiscal de Citación a Juicio y modificados a los fines de resguardar la identidad de los menores y las partes involucradas en el proceso. Solamente se toma como muestra uno de los hechos intimados en la acusación, vale aclarar que, fueron varios sucesos con otros intervinientes y con modalidades comisivas similares a la que aquí se presenta.

Introducción

El Código Penal argentino establece diferentes consecuencias jurídicas, de acuerdo a las diversas formas de intervención delictiva.⁵ De ello se sigue, que la demarcación entre la autoría y la participación es de máxima importancia práctica.⁶

La problemática de la concurrencia de más de una persona a la comisión de un único delito y la necesidad de efectuar una imputación conjunta contra de ellas, partiendo de la base de que cada uno de los aportes que ellos hicieran podía resultar diferente y a su vez de mayor o menor incidencia en el resultado final del suceso, ha sido uno de los desafíos más tempranos que tuvo que abordar la dogmática penal.⁷

Para explicar el concepto de la intervención delictiva, se han elaborado diversas teorías⁸ que identifican a quien es autor o partícipe.

Una de ellas, en la actualidad la que podríamos decir que es la “dominante”, es la llamada “*dominio del hecho*”.⁹

Muy sintéticamente,¹⁰ esta postura surgió para tratar de resolver con mayor corrección, las distintas formas de intervención plural de personas (autoría y participación) en un suceso delictivo.

⁵ Al autor directo, al coautor y al autor mediato, resulta aplicable la misma pena. El inductor o instigador y el partícipe necesario o primario, puede ser penado de modo equivalente al autor, pero en la praxis judicial usualmente es sentenciado de modo más benigno. La pena aplicable al cómplice secundario o no necesario, en cambio, ha de ser necesariamente más baja, por imperativo legal (art. 45 y 46 del Código Penal).

⁶ Es posible comprobar que el texto legal del art. 45 del Código Penal Argentino tiene rasgos muy cercanos al concepto unitario de autor. No obstante, la teoría lo interpreta desde el punto de vista de la participación como accesoria de la autoría y diferenciada de ella, lo que supone también establecer las penas según la gravedad de la culpabilidad (la del autor es más grave que la de los partícipes, dado que aquél ejecuta el delito y estas no). E. BACIGALUPO, Autoría y participación en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014, La Ley, año LXXX n° 82, 2016.

⁷ M. RUSCONI y otros, Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad, AdHoc, 2011, pág. 101.

⁸ Los principales criterios que se han utilizado para distinguir entre autoría y participación son las teorías subjetivas, las teorías objetivo-formales, las teorías objetivo-materiales y la teoría del “dominio del hecho”. En este sentido, ROXIN, JAKOBS, BACIGALUPO, ZAFFARONI, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ABANTO VÁZQUEZ, RUSCONI, solo por citar algunos.

⁹ Resulta difícil proporcionar una auténtica historia dogmática de la teoría del dominio del hecho. El inicio de su avance hasta convertirse en la concepción hoy casi dominante se remota a WELZEL, pero las características del concepto proceden de HEGLER. Así lo sostiene C. ROXIN, en Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, 7 ed., Marcial Pons, 1999, pág. 85 y ss.

¹⁰ No es motivo central del presente exponer aquí una explicación acabada de la teoría del “Dominio del Hecho”, sino más bien presentarla a los fines de dar un marco al trabajo.

Sin embargo, a poco que se comienzan a examinar con mayor detención algunos tipos de delitos, no todos presentan una estructura que permita explicar adecuadamente las cuestiones de la autoría a través de la teoría del dominio del hecho.

Existen delitos que no precisan de ningún dominio del hecho para su concreción, como es el supuesto de los tipos cuyo núcleo está formado por una especial posición que ocupa el obligado en el ámbito de los “*deberes*” que tiene a su cargo, en otros términos, tipos penales que, que solamente pueden determinarse, es decir, que su criterio de imputación, lo es por medio de la *infracción a un deber especial del actuante*.

En estos delitos, llamados de infracción de deber¹¹, resulta factible que quien domina la acción no sea el autor, ni tampoco el coautor, pues la autoría se definiría por otro criterio –normativo-: la *infracción o lesión* de un deber asegurado institucionalmente y no por el dominio del hecho, es decir, que la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, o para decirlo con otras palabras, de cómo el sujeto configure de forma óptica el suceso, sino de la infracción de un deber que le incumbe o le compete al agente como portador de ese deber de comportarse correctamente.¹²

En otros términos, los *delitos de infracción de deber*, constituyen una categoría dogmática –que deviene como necesaria- para cubrir las insuficiencias que el *dominio del hecho* no puede resolver satisfactoriamente en materia de autoría de ciertos tipos penales, adelantando aquí, que además gozan de reglas especiales de accesoriedad, en las que sólo puede ser autor el titular de un deber cuya infracción es el elemento nuclear o central de la tipicidad.¹³

En síntesis, el presente ensayo consistirá en analizar –a mi juicio- si el tribunal señalado efectuó una correcta valoración cuando procedió a determinar el grado de participación que le cupo a cada uno de los intervinientes en ese proceso de acuerdo al hecho

¹¹ También calificados por la doctrina como “Delitos Especiales”, en este sentido, C. ROXIN, M. ABANTO VÁSQUEZ, A. TARDITTI, J. DE LA RÚA, entre otros. En contra, es decir, en un sentido diferenciador G. JAKOBS, P. GARCÍA CAVERO, J. A. CARO JOHN, J. SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES.

¹² El propio C. ROXIN sostiene que la teoría del dominio del hecho ha llegado a ser la dominante en absoluto, pero en los últimos tiempos se ha visto confrontada –si bien no con una vuelta a la teoría subjetiva- sí con intentos de autores concretos de preconizar otros planteamientos, en Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, 7 ed., Marcial Pons, 1999, pág. 688 y ss.

¹³ E. BACIGALUPO, Autoría y participación en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014, La Ley, año LXXX n° 82, 2016.

descripto inicialmente¹⁴, lo que desde ya adelanto en un sentido negativo, por lo que seguidamente se verá.

El dominio del hecho

Es un criterio general de la autoría donde el *autor* se define como el *señor de un hecho*, es el ejecutor propiamente dicho, cuyo concepto se obtiene de cada tipo (delito) aplicando el dominio del hecho, como dominio de la acción (autoría), de la voluntad (autoría mediata) y funcional (coautoría) y aquellos que contribuyen o cooperan, pero sin tener el dominio, son partícipes o cómplices.

Sencillamente un sujeto es *autor* si realiza la acción típica personalmente, es decir, tiene dominio de la acción; se afirma, que no puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando uno mismo lo realiza. En otras palabras, es autor si de él depende, si el hecho se comete o no, o puede determinar cómo es ejecutado el suceso en sus particularidades.

El autor se presenta como señor de un hecho: “*autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución*”; quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es señor sobre el hecho.¹⁵

En tanto se es *coautor* cuando se tiene el dominio funcional¹⁶ del hecho. En esta idea, lo peculiar es en que cada individuo domina el acontecer global del hecho en cooperación con los demás, lo que quiere decir que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global. La coautoría no es una forma especial de la autoría simple, más bien cada uno es coautor del todo.¹⁷

¹⁴ Debe quedar claro, que solo se limitará a verificar la cuestión de la intervención delictiva, es decir, comprobar si las responsabilidades de los intervinientes en este suceso delictivo es la adecuada o no, de acuerdo a nuestro punto de vista; por lo cual no se hará un juicio de valor sobre la calificación legal.

¹⁵ J. A. CARO JOHN, Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber, en Anuario de Derecho Penal, Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003, pág 2.

¹⁶ Afirma C. ROXÍN que, si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría, habría que hablar de dominio del hecho “funcional”, esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su *función* en el marco del plan global; ver Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, 7 ed., Marcial Pons, 1999, pág. 310.

¹⁷ C. ROXIN, en Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, 7 ed., Marcial Pons, 1999, pág. 307-308. Coincide G. JAKOBS, al afirmar en la coautoría una división del trabajo. Concorre cuando según

Ahora, no basta hacer mucho esfuerzo para concluir que el tribunal utilizó el dominio del hecho (dominio de la acción y sus consecuencias) para distribuir las distintas cargas de responsabilidades entre los intervinientes (**RMF** y **ETP**) en el suceso delictivo.

Resulta evidente a esta altura que **RMF** tuvo el dominio de la acción, ya que de él dependió la comisión del hecho, únicamente él pudo determinar cómo fue ejecutado el abuso sexual en sus características y particularidades.

En tanto que **ETP** (madre de la menor) -según el tribunal- no llegó a tener un dominio de la acción, ni funcional (coautoría), siendo esto último a mi criterio muy discutible,¹⁸ por lo que su contribución al hecho, solo fue considerada entonces por los jueces, como una participación en sentido estricto.

Dicho esto, ya estamos en condiciones de preguntarnos: ¿la teoría del dominio del hecho, resulta suficiente para resolver de la mejor forma este caso?.

Mi respuesta inicial fue que no. Explicemos porqué:

La infracción a un deber como fundamento de la imputación

Habíamos dicho en la introducción que, existen tipos penales que no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes.

Es decir, tipos penales que sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el *intraneus*¹⁹ puede ser autor.

el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución. Derecho Penal - Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Ed. Marcial Pons, segunda edición, 1997, pág. 745.

¹⁸ Sobre todo si se entiende que la coautoría se puede entender como división del trabajo, es decir, un reparto que vincula en vez de aislar, de tal manera que una persona deba aportar una determinada prestación a otra, debiendo ocupar solo de cumplir con los requisitos de esa prestación. G. JABOBS El ocaso del dominio del hecho, Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos, UNL, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal - Culzoni, 2000. De todas maneras no es objeto de este análisis.

¹⁹ Son aquellos sujetos calificados en virtud de que están obligados por un *deber específico extrapenal* que se deriva por tener encomendada una concreta materia jurídica. Ej.: El funcionario policial (sobre el cuidado de los detenidos a su cargo), el administrador (sobre el patrimonio ajeno que le incumbe velar), el padre (sobre el deber de alimentos de los hijos). Es decir, se caracterizan por una especial relación con el contenido del delito y ello configura el desvalor especial de su hecho.

Lo que caracteriza a estos delitos de infracción deber es que cualquiera que sea *intrañeus*, debe ser tenido por autor sin que importe de qué manera empíricamente contribuyó a la comisión del hecho punible; esto es ejecutando de propia mano la acción disvaliosa, o facilitándole las cosas a otro para que éste la ejecute, o persuadiendo a otro para que realice el hecho, etc.

Es decir, sea que el sujeto obligado por el deber actúe en los hechos ópticamente como autor, cómplice o instigador, siempre será considerado autor a los efectos de su responsabilidad penal.

Ello es así ya que, no sólo quien infringe un deber, debe ser considerado autor, sino que nadie sino él puede ser considerado autor. Solamente puede infringir un deber quien está obligado a cumplirlo y si el obligado lo transgrede, lo infringirá cualquiera sea la forma en que lo haga mientras lo quebrante y quien no esté obligado a cumplirlo nunca podrá infringirlo, sin perjuicio de que pueda colaborar para que el obligado lo haga, o de que pueda persuadirlo para ello, etc. Entonces la cuestión del dominio del hecho es aquí irrelevante.

En definitiva, en estos delitos, no es la calidad de funcionario, ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente. Por esta razón, el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no.

Esta categoría dogmática, no se orienta al resultado del mundo exterior o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor.²⁰

La evolución esta categoría, es impensable sin el tratamiento otorgado por G. JAKOBS.²¹

Afirma el profesor de Bonn que los estudios de ROXIN tuvieron junto a la precisión y el afianzamiento de la teoría del dominio del hecho, un ulterior resultado que considera más poderoso y moderno: el descubrimiento de los delitos de deber.²²

²⁰ J. SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 29.

²¹ El propio C. ROXIN calificó a los aportes de G. JAKOBS dentro de los más importantes para el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber, en este sentido C. ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, 7 ed., Marcial Pons, 1999, pág. 743, igual opina J. SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 35.

En este autor la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor, es decir, de su rol.

Parte de su visión sociológica del derecho y señala que a las personas se les reconocen ámbitos de libertades y esos ámbitos de libertades no son ilimitados, sino que encuentran sus límites en los ámbitos de libertades de otros.²³

La persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes o el quebrantamiento de los roles mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal.²⁴

El primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación (roles comunes), que en la terminología de JAKOBS se conocen como: *deberes en virtud de competencia de organización* y que para trazar un paralelo con ROXIN, son los equivalentes a los *delitos de dominio*.²⁵

Entonces, en primer lugar, se encuentra el rol general de ciudadano, el cual se fundamenta en la separación de esferas de organización entre las personas y la autonomía organizativa dentro de la misma. Como contrapartida a esa libertad de organización, a todo ciudadano se le atribuye el deber negativo de evitar organizaciones en su propia esfera que afecten o puedan afectar a otras personas.²⁶

Cuando se hace aquí mención a que el fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona,

²² G. JAKOBS, El ocaso del dominio del hecho, Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos, UNL, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal - Culzoni, 2000, pág. 88.

²³ Es lo que en el lenguaje común se conoce o se expresa en la frase: "mi libertad acaba donde comienza la libertad de otro", es decir, la libertad organizativa lícita de una persona alcanza y termina donde comienza la de otro.

²⁴ De forma tal que cuando uno tiene una injerencia indebida en la libertad organizativa de otro, comente una conducta que desde el punto de vista del derecho resulta antijurídica.

²⁵ J. SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 37-38. También, J. A. CARO JOHN, Sobre la autoría en el delito de infracción de deber, Revista de Derecho Penal y Criminología n° 89, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 98.

²⁶ P. GARCÍA CAVERO, Otra vez sobre la responsabilidad del administrador de hecho, Barcelona, Revista para el Análisis del Derecho, Indret, 2006, pág. 4-5. Además explica que el ciudadano responde únicamente por su propia organización, en este ámbito rige el principio de auto-responsabilidad, es decir, el dominio de la propia esfera de organización. La infracción a este rol da lugar a los llamados delitos de dominio.

por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que le incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general el de no lesionar a los demás en sus bienes, que es conocido por su frase: *neminem laedere*.²⁷

El que se organiza en su esfera de libertades, domina el riesgo que finalmente afecta o puede afectar a un tercero y por tanto a partir de esa afectación se genera un delito que se entiende y explica en la idea del dominio del hecho, es decir que la estructura de imputación responde al dominio del hecho.²⁸

Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona²⁹ en la sociedad, es decir, rodeada de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente configurado.³⁰ Cuando la persona vulnera los deberes de su *estatus* significa que en ese momento está haciendo un uso arbitrario de su libertad, o en definitiva, está configurando un estado de cosas que el derecho desapruueba. Rige entonces un sinalagma de libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias de la administración de esa libertad.³¹

²⁷ Institución acuñada por el Derecho Romano y que consiste sencillamente, en no dañar a los demás. La obligación originaria del ciudadano es tan solo la de abstenerse (FEUERBACH). Entre los deberes absolutos o los deberes de todos frente a todos, el siguiente es el más importante: nadie debe ocasionar daño a los demás, es el deber que atañe a todos los Hombres y el que resulta más fácil de cumplir, puesto que consiste sencillamente en la omisión de una mera acción (PUFENDORF), según explica J. SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 84 y ss.

²⁸ En este sentido G. JAKOBS refiere que, quien toma parte debe mantener su ámbito de organización en tal estado que no tenga *output* alguno en detrimento del ámbito de organización ajeno. Estos delitos se llaman *delitos de dominio*, ya que la responsabilidad surge de un acto organizativo, en Derecho Penal - Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Ed. Marcial Pons, segunda edición, 1997, pág. 730.

²⁹ La aportación de HEGEL en este sentido es que: ser Persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara jurídica, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible, como lo afirma J. SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, en Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 71-72, ser persona implica un rol, una atribución de expectativas (...) por rol se entiende un haz de expectativas cuya extensión está delimitada por el hecho de que, aunque son ejecutadas por individuos, no se encuentran unidas necesariamente a éstos, sino que van dirigidas al titular de una determinada posición social, según lo que se espera de tal posición.

³⁰ Siempre que se organiza algo con sentido, se desempeña al menos un rol. Dice Hegel que la imputación penal se dirige a personas. Lo esencial es que tengo capacidad jurídica, que soy persona. Al resto se los respeta no por su individualidad, sino como personas.

³¹ J. A. CARO JOHN, Sobre la autoría en el delito de infracción de deber, Revista de Derecho Penal y Criminología n° 89, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 98. Está claro que si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le tenga que atribuir una responsabilidad penal.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la no observancia de deberes especiales (roles especiales), esto es, *deberes en virtud de competencia institucional* a los que pertenecen los *delitos de infracción de deber*.³²

Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial. Un estatus especial como el de padre, policía, juez, etc., fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. Por ejemplo: se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo lleva a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes especiales y, en cada caso, de deberes estatales propios de la función pública y de la responsabilidad parental respectivamente, que son la expresión de instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico.³³

Cuestiones importantes que se derivan de esto: Como lo relevante para la descripción típica del delito no es –como en los delitos de dominio- la naturaleza externa del comportamiento, sino la lesión del deber, de esto se deduce –tal como se adelantó- que, únicamente cumple el tipo penal quien quebranta el deber y quien quebrante ese deber cumple por ello con la descripción típica y es, por tanto autor.³⁴

³² Menciona como instituciones la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales, entre otros, así G. JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, tercera reimpresión, 1998, pág. 75 y ss., en igual sentido, ROBLES PLANAS, R. *Deberes negativos y positivos en derecho penal*, Barcelona, *Revista para el Análisis del Derecho*, Indret, 2013, pág. 3.

³³ J. A. CARO JOHN, *Sobre la autoría en el delito de infracción de deber*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* n° 89, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 99.

³⁴ Lo dicho implica -en su reverso- que el sujeto no cualificado, es decir, el no obligado con el deber específico no puede ser nunca autor, puesto que él no podrá realizar la descripción típica que hace referencia a un deber específico del que justamente carece. C. ROXIN concluye que el partícipe en estos delitos, será aquel que coopera en la realización de tipo en alguna manera, pero sin lesionar el deber extrapenal que da fundamento a la autoría, ver J. SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 32.

Es decir que el *intraneus* (sujeto obligado o a quien alcanza el deber) puede ser autor del delito mientras que el *extraneus* (quien es ajeno a este deber especial) aunque domine el hecho, solo podrá ser cómplice o instigador.³⁵

Otra particularidad de los delitos de infracción de deber, está dada en el ámbito de la diferencia entre la comisión y la omisión. Se sostiene que en estos delitos, resulta irrelevante si la lesión se produce por acción (obrar positivo) u omisión (obrar negativo), ya que la base de la responsabilidad de ellos es la lesión a un deber específico.³⁶

Autoría fundada en la infracción de un deber: el obligado especial, es siempre autor.

En el caso comentado, y por todo lo antes dicho, siguiendo la teoría de los *delitos de infracción de deber*³⁷ entiendo que permitiría imputar como **autor** del delito al sujeto que ha vulnerado el deber (extrapenal o institucional) que tenía a su cargo, aún cuando no tuviera el dominio del hecho y, sin importar si su conducta fue omisiva o comisiva.

Entonces, **ETP**, madre de la menor (**YL** de 11 años de edad), a mi juicio, si bien prestó una colaboración para la consumación del delito, debería responder como **autora** (y no como cómplice tal como lo consideró el tribunal) **del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado**, al quebrantar el deber (extrapenal o institucional positivo) que tenía a su cargo, devenido de la responsabilidad parental o de la patria potestad.

Es decir, que su quebranto de los deberes que le impone la institución positiva la convierte siempre en completo incumbente, en otras palabras, independientemente del quantum de la intervención de éste obligado especial en el hecho punible que daña la

³⁵ El fundamento radica en que el obligado por el deber mantiene una especial relación con el contenido de injusto del hecho, de allí que para el legislador penal sea considerado la figura central del suceso, M. LONGOBARDI, El delito de evasión tributaria como tipo penal especial propio en relación a la autoría, Revista de Derecho Penal, Derecho Penal Tributario II, Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2008, pág. 240.

³⁶ Resulta irrelevante finalmente como el deber es infringido, sea mediante una acción o una omisión, en este sentido J. CARO JOHN, Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber, en Anuario de Derecho Penal, Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003, pág. 8. Que el funcionario público encargado de la custodia de un detenido le ayude a fugarse incumpliendo su deber funcional mediante la acción de abrir la puerta de la celda o mediante la omisión de cerrar la que estaba abierta, resulta intrascendente para la tipicidad del delito de evasión.

³⁷ Ya sea la propuesta por C. ROXIN (lesiones a deberes extrapenales) o la de G. JAKOBS (lesiones a instituciones positivas), aquí resulta indistinto.

institución positiva (con independencia de la magnitud de su aporte), solamente él quebranta su deber positivo³⁸, siempre como autor, por lo que, en nuestro caso la madre, aunque aparentemente sólo ayude o preste una colaboración, de todas formas será autora del delito.

En este caso, la responsabilidad como autor deviene tan sólo – y ya suficiente- de la vinculación positiva que el autor tenía con la víctima, esto es, no por lo que ha organizado (delictivamente), que de por sí conduciría a una responsabilidad como partícipe, sino por lo que le debía a la víctima –ayuda y fomento-, que conduce a la autoría.

Pese a que **ETP** cuando facilitó las condiciones para que otro (**RFM**) cometiera el delito de abuso sexual contra de su hija menor (hija de **ETP**), su responsabilidad por organización, por un delito común, será tan solo como partícipe, puesto que ella carecía del dominio del hecho; sin embargo, con esa contribución fáctica al hecho, es evidente que la madre también ha violado necesariamente la institución positiva de la responsabilidad parental que le imponía el deber de ayuda a su hija, esto es, la madre ha producido también una lesión de su obligación positiva.

Ella ha contravenido su deber y junto a esta contravención ha organizado también algo (sin dominio del hecho), pero esto último, cuando ya existe una infracción de deber, queda como algo secundario.³⁹

Esto como ya sabemos, conduce a la afirmación de un delito de infracción de deber, lo que, a su vez significa que la madre –a pesar de su aparente acción meramente participativa- es, sin dudas, **autora** de un delito contra la integridad sexual en perjuicio de su hija.

En este panorama, **RFM** seguiría siendo **autor** del delito de **abuso sexual con acceso carnal**, tal como lo fijó el tribunal, ya que aquí sí entra en juego exclusivamente el dominio del hecho (tuvo dominio de la acción) y claro está que sobre este sujeto del

³⁸ El deber positivo de la madre –de ayuda, de fomento de los bienes jurídicos de sus hijos- contiene, obviamente a la vez el deber de no dañarlo: toda institución positiva, además de sus propios deberes, incluye en sí la institución negativa (no dañar). J. SÁNCHEZ VERA- GÓMEZ TRELLES, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 188.

³⁹ Axiológicamente resulta de todo punto absurdo sostener en unas ocasiones que la mujer que no socorre a sus hijos responde como autora de homicidio, y, en cambio, que cuando aquella garante ha facilitado a un tercero las condiciones para que abuse de su hija responda sólo como partícipe en el delito de ese tercero. J. SÁNCHEZ VERA- GÓMEZ TRELLES, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 190.

cual no se puede predicar un deber especial (sino simplemente, siguiendo ahora a JAKOBS), aquel sujeto tenía a su cargo el deber general de organizar su ámbito de libertad sin interferir dañosamente en el de los demás, por lo cual, al organizar defectuosamente (delictivamente) su ámbito de libertad e interferir dañosamente en el ámbito organizativo de la niña, infringió únicamente el deber que tiene toda persona de no dañar a otro, ya que sobre **RFM**, no pesaba ningún deber especial o institucional.

Es decir que un *extraneus* (**RFM**) puede haber organizado algo con un sujeto especialmente obligado (**ETP**), formando en consecuencia un colectivo en el que ambos se hayan repartido el trabajo, incluso de tal forma que el no obligado (**RMF**), atendiendo al quantum de su organización, aparentemente se haya convertido en coautor del obligado especial; pero en verdad es coautor del delito común de dominio del hecho u organización y no del delito de infracción de deber.⁴⁰

En definitiva, ambos (**RFM** y **ETP**) para nuestra solución correcta del caso serían **autores paralelos o accesorios**, ya que hay concurrencia causal de dos o más autores autónomos en un mismo delito. Los dos son figuras centrales del suceso, independientes el uno del otro, o explicado más correctamente desde un punto de vista normativo, figuras centrales de dos sucesos diferentes.⁴¹

Para el obligado especial (madre) se trata de un delito de infracción de deber, para el *extraneus* (tercero) de un delito de dominio del hecho. Puesto que a este último no le incumbe el deber especial, ambos nunca podrán ser coautores, ni aún en dos obligados por una institución positiva, ya que cada uno la lesiona por sí y no conjuntamente.

⁴⁰ Si el quantum de la contribución del tercero, en este caso RFM, es tan importante como para afirmar la coautoría –supuesto que se configura en el presente–, no habrá inconvenientes en que así se haga, pero ha de quedar claro que el tercero no será coautor del delito de infracción de deber, sino coautor del delito de dominio. No obstante esta conjunción de dos delitos distintos no será posible cuando no exista un delito común “correspondiente”. Ej: en el delito de prevaricato (art. 269 y ss. del C.P.) que ha sido formulado por el legislador como delito de infracción de deber expresamente positivado, quien organiza una prevaricación con un juez, con una contribución cuyo quantum –sin serlo– es de cuasiautoría, no puede ser coautor de un delito de dominio u organización correspondiente, ya que el delito de prevaricación ha sido instituido por el legislador únicamente como un delito de infracción de deber y tampoco puede ser coautor ya que no es juez; en todo caso, la contribución del extraneus, que según su quantum es similar a una coautoría, podrá ser tenida en cuenta en la determinación de la pena. J. SÁNCHEZ VERA- GÓMEZ TRELLES, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 224.

⁴¹ No es posible una coautoría entre un autor por organización (con dominio del hecho) y un autor por infracción de su deber, pues la coautoría, presupone criterios de imputación únicos para todos los autores, criterios que en éste caso no concurren, así J. SÁNCHEZ VERA- GÓMEZ TRELLES, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 202 y ss.

¿Un reconocimiento de los delitos de infracción de deber?

Restaría por último hacer una breve referencia a la cláusula contenida en el art. 133 del C.P.⁴², en la que se equipara la pena para ciertos cooperadores secundarios con la que le correspondería al autor del hecho.

Esto no es, desde mi punto de vista, más que una afirmación del legislador de que –al menos en estos delitos-, y con relación a esta clase de personas, existe ese deber especial de protección con relación a la víctima del delito. Cuando se dice que, el agravamiento tiene un fundamento puramente personal y que, los aportes realizados por estas personas no sólo son más condenables por el abuso cometido, sino que también son más decisivos, precisamente por la confianza o temor que inspiran a la víctima, y por ello merecen un mayor reproche⁴³, se está en definitiva, reconociendo la existencia de estos delitos como de infracción de un deber.⁴⁴

Conclusión: La oportunidad perdida

Es tiempo de comenzar a prestar más atención a la estructura de los delitos de infracción de un deber, ya que devienen como una nueva ayuda dogmática que permite atribuir delitos a personas que en otras circunstancias podrían ser consideradas como meros colaboradores o cooperadores de un injusto o, en algunos casos, hasta quedar impunes; cuando en verdad son los principales responsables del hecho (o como dice el maestro ROXIN), ya que son las figuras centrales del suceso. Tal como sucede en los delitos de

⁴² Reglas especiales aplicables a la complicidad secundaria. Artículo 133 del Código Penal: Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.

⁴³ G. AROCENA y otros, Delitos contra la integridad sexual, Derecho Penal Parte Especial, Libro de Estudio, Tomo I, Advocatus, tercera edición, Córdoba, 2011, pág. 277.

⁴⁴ Creo oportuno aclarar que desde mi punto de vista, si bien ésta cláusula es un reconocimiento expreso del legislador penal de la existencia de los delitos de infracción de un deber, al equipar la pena (o la escala penal que le corresponde al autor), resulta todavía insuficiente, ya que si se los considera de todos modos cooperadores (necesario o secundarios), más allá del quantum de su aporte, aún funcionando la cláusula de igualar la pena, luego resta individualizarla y determinarla en el caso concreto, y de acuerdo con las pautas de mensuración de los art. 40 y 41 del C.P., y el principio de culpabilidad, los partícipes necesariamente deberán cargar con un menor reproche penal con respecto al autor del mismo injusto, ya que la culpabilidad del autor es de por sí más grave que la de los partícipes, dado que éste ejecuta el delito y aquellos no. Por ello, entiendo como solución más justa la de considerar los delitos de infracción de deber, ya que su responsabilidad será como autor, independientemente de cómo fue su contribución óptica en el suceso.

funcionario público, éste caso, que se podría ubicar en los delitos *intrafamiliares*, la teoría propuesta de los delitos de infracción de deber, sin dudas, ofrece respuestas más adecuadas, en definitiva creo, que se ha perdido una buena oportunidad para comenzar a trabajar con ellos.