

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO
PENAL EMPRESARIAL A LA LUZ DE LOS DELITOS DE
INFRACCIÓN DE DEBER.

Dr. E. Marcelo Domínguez¹

Abstract.

Se plantea la trascendencia teórica y práctica que tiene la teoría de los delitos de infracción de deber respecto al instituto de la autoría y de la participación criminal en el ámbito del Derecho penal empresarial. Se describe sus antecedentes teóricos –los delitos especiales- y las más importantes vertientes teóricas de los delitos de infracción deber y como repercute la aplicación de dicha teoría en la atribución de responsabilidad jurídico-penal de las personas físicas que actúan en el seno de un grupo u organización empresarial que resuelven la ejecución de uno o varios hechos punibles sin intervenir posteriormente en su ejecución. Concluyendo que el fundamento de la atribución de la autoría se basa en la violación de deberes extrapenales o emanados de instituciones positivas, resultando de suma utilidad la teoría de los delitos de infracción de deber al momento de realizar el correspondiente juicio de atribución de responsabilidad a los verdaderos autores de dichos delitos y no a los intervinientes secundarios.

The article shows the importance both theoretical and practical of the theory of infringement of duty crimes regarding the authorship and the criminal participation within the Business Criminal Law. It describes its theoretical background –special delicts- and the most important infringement of duty theories and the consequences of applying each theory in the criminal liability of

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Adjunto en Derecho Penal - Universidad de la República. Profesor Adscripto en Derecho Penal – Universidad de la República. Secretario del Instituto de Derecho Penal y Criminología – Universidad de la República. Máster en Derecho Penal Económico Internacional – Universidad de Granada.

individuals who belong to a group or business organization and decide to carry out one or several punishable acts without later participating in the execution. Concluding that the basis of authorship attribution is based on the breach of extrapenal duties or those deriving from positive institutions, being the theory of infringement of duty crimes of great utility when it comes to holding accountable the real perpetrators of those crimes and not the secondary participants.

Palabras claves: Autoría; participación; infracción de deber; delitos especiales, derecho penal empresarial, instituciones positivas, deberes extrapenales, Alemania, España, Uruguay, Argentina.

Keywords: authorship- participation- infringement of duty- special delicts- business Criminal Law- positive institutions- extrapenal duties- Germany – Spain-Uruguay- Argentina.

I.- INTRODUCCIÓN

El instituto de la autoría y la participación es un punto neurálgico en la dogmática jurídico-penal, en virtud de la importancia que tiene distinguir quién es el autor y quiénes son los partícipes de un hecho punible. Lo que en primera instancia pareciera de fácil solución principalmente en los delitos que integran el núcleo duro del derecho penal, caracterizado por la preeminencia de un autor único o hipótesis de ejecución con la concurrencia de algunos partícipes.

La contracara de un Derecho penal nuclear, es el Derecho penal económico, el cual puede ser entendido de dos maneras, a partir de un criterio restrictivo donde se lo define como aquel conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico², o de sentido amplio, entendiendo por este el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido

² BAJO FERNÁNDEZ, M – BACIGALUPO SAGGESE, S, 2010, *Derecho penal económico*, Ramón Areces, Madrid, p. 11.

como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios³.

Y dentro de él, ubicamos al Derecho penal empresarial, el cual cada día más busca su independencia teórica, al extremo que GÓMEZ –JARA DÍEZ, pregonaba una propia teoría del delito empresarial⁴.

La gran diferencia que existe entre el Derecho penal tradicional o clásico y el Derecho penal económico, reside en su objeto de protección, ya que en este último caso el objeto de tutela son bienes jurídicos supra individuales y no individuales como en el Derecho penal clásico⁵.

Con respecto a la autoría y la participación en los delitos que integran el derecho penal de la empresa, se aprecia la concurrencia de varios sujetos en la comisión del injusto punible, por lo que dicha tarea de imputación es sumamente problemática, ya que el problema a resolver aquí sigue siendo, pues una vez más, cómo imputar a quienes en el seno de un grupo u organización empresarial deciden la realización de uno o varios hechos delictivos sin intervenir posteriormente en su ejecución. Por lo que su correcta solución dogmática no sólo es de gran importancia teórica para una correcta delimitación del concepto de autoría en este ámbito de la criminalidad, si no también práctica, porque sólo la determinación de las estructuras que fundamentan en este ámbito la autoría, permitirá atribuir la responsabilidad a los verdaderos autores de los delitos y no a los personajes secundarios, que muchas veces cumplen meramente la función de

3 MARTÍNEZ – BUJAN PERÉZ, C, 2010, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 87-91; TIEDEMANN, K, 2010, *Manual de derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 42-45. Asimismo, CASTRO MARQUINA, G, 2016, *La necesidad del Derecho penal económico y su legitimación en el Estado sical y democrático de derecho*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, pp. 5 y 6.

4 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C, 2014, *Cuestiones fundamentales del Derecho penal económico. Parte General y Especial*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, pp. 27-29.

5 PENILLA RODRÍGUEZ, A, 2018, *El bien jurídico en el derecho penal económico*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, pp. 106-107.

“hombre de pajas” utilizados precisamente con la finalidad de eludir la responsabilidad de los verdaderos autores.

Como bien se aprecie, los casos concernientes al derecho penal económico, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, tensionan especialmente a la teoría del delito porque suelen ser casos de Derecho penal de la empresa, esto es, referidos a un grupo organizado de personas. Y en virtud de que si se parte del paradigma de la teoría clásica del delito, que no ha sido otro que el delito doloso de acción. Es decir, el comportamiento individual de una persona (o como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado..., la concurrencia de varios sujetos en el marco de una estructura organizada produce algunas distorsiones. Entre ellas, la disociación entre acción y responsabilidad, ya que la estructura jerárquica el ejecutor directo es normalmente un subordinado de último nivel, que se encuentra muchas veces en situación de error o coacción o, en todo caso, en un estado de falta de autonomía decisoria, que lleva a que se construyan nuevas reglas de imputación para poderle atribuir responsabilidad penal a los sujetos ubicados en la cúpula empresarial⁶. Y si a esto se agrega que las organizaciones empresariales siempre presentaron variados inconvenientes para la imputación en virtud de particularidades que presentan dichas organizaciones: división de tareas, responsabilidades fragmentadas, relaciones verticales y horizontales⁷, la problemática de imputar el hecho a su verdadero autor se complejiza mucho más.

Como se puede apreciar, es todo un problema la responsabilidad jurídico-penal de las personas físicas que actúan en el marco de una empresa y, dicha problemática es de tal relevancia que según FRISCH, “la cuestión de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa y de los

6 Cfr, SILVA SÁNCHEZ, JM, 2013, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Edisofer – BdeF, Madrid - Montevideo – Buenos Aires, p.7.

7 RUSCONI, Maximiliano, 2005, *Normativismo, bien jurídico y empresa*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p.62.

directivos por delitos que son cometidos en el ámbito de la actividad empresarial ocupa en buena medida, ya desde hace tiempo, a la dogmática penal”⁸.

Por lo que la presente contribución tratara lo concerniente a la atribución de responsabilidad penal, en los supuestos en los que participan varios agentes sujetos al cumplimiento de deberes especiales en el seno empresarial, a través de la aplicación de la categoría de los delitos de infracción de deber, categoría expuesta por primera vez por ROXIN en su magnífica y trascendente monografía “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”⁹, en la cual, el autor advirtiendo la insuficiencia de la teoría del dominio del hecho, introduce la clasificación de delitos de infracción de deber.

Dicha teoría resulta de suma utilidad para la atribución de responsabilidad en el ámbito empresarial, ya que como bien lo expresa BACIGALUPO SAGGESE: “En el derecho penal de los negocios y, en particular, en relación a la responsabilidad de los administradores, miembros de un consejo, consejeros delegados y altos directivos, un concepto de autor, definido a partir de los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber y su correspondiente concepto de partícipes (cooperadores necesarios o no necesarios), permite dar una respuesta adecuada a las infracciones de los deberes de los administradores, delimitando con mayor precisión quién es autor y qué dependencia tiene la acción de los partícipes de la de los autores (accesoriedad) con criterios más respetuosos del principio de culpabilidad individual. Precisamente, en el ámbito de la empresa y de los negocios son numerosos los delitos que presentan la estructura de delitos de infracción de deber...¹⁰.

⁸ FRISCH, W, 1996, “Problemas fundamentales de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división de trabajo”, en MIR PUIG, Santiago Y LUZON PEÑA, Diego (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, pp. 99 y sgtes.

⁹ ROXIN, C, 2000, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., trad., Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid - Barcelona.

¹⁰ BACIGALUPO SAGGESE, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid-

En consonancia con lo expresado precedentemente, la finalidad del presente trabajo no es otro que demostrar la utilidad práctica y teórica que trae aparejado la aplicación de la teoría de los delitos de infracción de deber en la delimitación del concepto de autoría y de participación criminal en el ámbito del derecho penal empresarial.

1. Metodología y estado de la cuestión.

Como surge de la bibliografía utilizada, se ha recurrido a diversos autores y planteamientos teóricos, dirigidos a describir la importancia teórica que le cabe al instituto de la autoría y participación criminal, más precisamente que papel han de desempeñar los planteamientos teóricos emanados de la dogmática jurídico penal en la praxis cotidiana -ya que como es bien sabido por todos los cultores de las ciencias penales, es importante sostener una dogmática penal orientada a las consecuencias- para resolver una cuestión harto compleja como lo es atribuir la calidad de autor o participe en la comisión de un delito cuando el mismo es llevado a cabo a través de estructuras organizadas en el ámbito de la criminalidad empresarial.

Metodológicamente, en primer lugar se analiza lo que la doctrina jurídico penal ha dado en llamar los delitos especiales, los cuales a nuestro entender son el antecedente de los delitos de infracción de deber. Luego se describe en qué consisten las dos principales teorías existentes respecto a los delitos de infracción de deber y luego de analizar sus postulados principales, sus deficiencias y su seguimiento por parte de la doctrina española y rioplatense, tomar una conclusión sobre la pertinencia o no de utilizar dicha teoría para atribuir la calidad de autor o de participe en los casos enmarcados dentro del Derecho penal empresarial.

El estado de la cuestión no es para nada pacífico en la actualidad, ya que es verdaderamente un reto poder determinar la responsabilidad jurídico penal de todos los sujetos que intervienen en la realización de un hecho punible dentro de

una estructura compleja y organizada, basada en una definida división de tareas y de roles jerárquicos.

Como bien lo expresa MARÍN DE ESPINOSA: “Este tipo de comportamientos se integran dentro de la denominada criminalidad de empresa. Las características propias que presenta la criminalidad de empresa permiten incluso considerarla como una categoría distinta y diferenciada de la criminalidad clásica o tradicional. La dogmática clásica está diseñada a partir de la concepción del delito concebido como una conducta individual y que tiene una sola víctima. Surgen, por tanto, serias dificultades cuando a través de ella se quiere dar solución a casos más complejos, en los que el hecho delictivo es realizado por un grupo de personas organizadas jerárquicamente y con división de funciones. En estos casos, generalmente, el delito es diseñado y planificado por los directivos que dan órdenes o instrucciones a los mandos intermedios para que la trasmitan, a su vez, a otros empleados que van actuando en cadena, siendo finalmente la orden constitutiva de delito ejecutada por los trabajadores”¹¹.

Lo que amerita la aplicación de diversos criterios dogmáticos para solucionar dicha problemática, generando una inexistencia de unanimidad en la doctrina respecto a cómo y en qué calidad deben responder los sujetos que una medida u otra intervienen en el hecho.

Cuando la doctrina jurídico penal ofrece para una determinada situación jurídica todas las posibles soluciones existentes hasta ese momento por parte del sistema penal, dicha aplicación dispar de criterios jurídicos genera una incertidumbre que termina materializándose en una arbitrariedad en las soluciones de los casos, repercutiendo gravemente en la certeza jurídica.

Delimitada de esta forma el estado de la cuestión, no es un hecho menor describir la situación que genera esta problemática en el Río de la Plata (Argentina y Uruguay). Si bien la doctrina rioplatenses se encuentran muy

11 MARÍN DE ESPINOSA, Elena, *Responsabilidad penal en estructuras jerárquicas organizadas .empresas-*, en *Modulo Responsabilidad penal en estructuras jerárquicas organizadas –empresas-*, IAEU, España, 2018, p.1.

influenciadas en los aportes generados por la doctrina alemana y principalmente por los aportes provenientes de parte de la doctrina española, los problemas dogmáticos que desde varios años le quita el sueño a la dogmática española, recién ahora se incorporan paulatinamente a la discusión jurídica de ambos países.

Por lo que hace muy poco tiempo que nos estamos planteando desde este lado del Atlántico, quien debe responder como autor y quien como participe cuando se comete un delito dentro del ámbito del derecho penal empresarial o del derecho pena económico. Lo que conlleva en buena medida la aplicación de viejas teorías fundadoras de la autoría y de la participación (teoría formal-objetiva, dominio del hecho, etc) que no resultan -a nuestro modesto entender- muy aplicables a los casos de defraudación tributaria, administraciones fraudulentas, etc, al momento de atribuir la calidad de autor como de participe, ya que en muchas hipótesis trae bolsones de impunidad en la cúspide de la jerarquía y se castiga muy severamente a otros sujetos, en mérito a que se le atribuye la calidad de autor a sujetos que en realidad son meros partícipes del hecho punible.

Ante esta situación, es de suma importancia tratar de resolver este problema con herramientas dogmáticas que permitan prever el resultado de las eventuales decisiones judiciales y que las mismas se basen en sólidos fundamentos dogmáticos que en cierta medida pongan fin a la arbitrariedad judicial al tratar estos temas.

Y a los efectos de otorgar a los operadores y justiciables una previsible certeza jurídica, estamos convencidos que la teoría de los delitos de infracción de deber puede ser de mucha utilidad para dar una respuesta firme a tan problemática cuestión.

II.- LOS DELITOS ESPECIALES.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

El concepto de delito especial ha sido, desde su origen hasta la actualidad, un concepto propio de la dogmática jurídico-penal. Más específicamente de la teoría del hecho punible o teoría general del delito, no resultando para nada extraño, no hallar en el derecho positivo ni en la jurisprudencia del fuero penal referencia alguna, a esta tipología penal¹².

En su origen, durante el siglo XIX, los delitos especiales se identificaron con una categoría muy concreta de infracciones contenidas en los Códigos Penales, a saber, los delitos de funcionarios y los delitos militares¹³. Estos delitos eran percibidos como delitos dirigidos a unos sujetos determinados, pertenecientes a ciertos grupos o estamentos, obligados por deberes cuya infracción era sustancial para el delito¹⁴. Las normas prohibitivas o de mandato cuya infracción castigaban no se encontraban dirigidas a todos los sujetos, sino solamente a aquellas personas que ocupaban las mencionadas posiciones establecidas en el tipo penal.

En palabras de GIMBERNAT, en estos delitos el círculo de autores no es abierto, sino que está limitado a determinados sujetos¹⁵.

Al respecto, y de forma homologa al autor citado con anterioridad, BACIGALUPO ZAPATER, ha sostenido: “Hay, sin embargo, ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas: aquellas que tengan las características requeridas por la ley para ser autor. Se trata de delitos que importan la violación de una norma especial”¹⁶.

12 Cfr., GÓMEZ MARTÍN, V, 2006, *Los delitos especiales*, Edisofer – BdeF, Madrid – Montevideo – Buenos Aires, p. 3.

13 Sobre la evolución histórica de los delitos especiales, ver por todos, GÓMEZ MARTÍN, V, 2006, *Los delitos especiales*, pp. 3 - 10.

14 BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, pp. 33 - 34.

15 GIMBERNAT ORDEIG, E, 2007, *Autor y cómplice en derecho penal*, BdeF, Montevideo – Buenos Aires, p. 199.

16 BACIGALUPO ZAPATER, E, 2012, *Derecho penal. Parte General*, 2ªed., totalmente renovada y ampliada, 3ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, p. 237.

Como bien lo señala OTTO, “Los delitos especiales requieren características especiales en el autor, por ej. ser funcionario público. Solo quien tiene esa característica (deber especial) puede ser autor o coautor de tales delitos. Aquí no basta solo con el dominio del hecho”¹⁷.

En suma: los delitos especiales, se tratan de normas edificadas sobre deberes especiales impuestos a determinados sujetos. Como bien lo expresa FRISTER, en *los delitos especiales o de deber, el tipo objetivo presupone que el autor, ya antes del hecho, esté en una relación con el bien jurídico protegido y, por ello, esté especialmente obligado a preservarlo*¹⁸.

Pudiéndose observar en esta clase de delitos, que hay una estrecha vinculación del origen de los delitos especiales con el aspecto de la infracción de un deber distinto al deber general de no lesionar bienes ajenos. Es decir, en estos supuestos el autor establecido en el tipo penal respectivo se encuentra sometido a un especial deber en comparación con el resto de los ciudadanos¹⁹.

Lo que lleva a que cierto sector de la doctrina alemana, entre ellos ROXIN a afirmar que: “en los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad ("cualificación de autor"). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de "delitos de infracción de deber"²⁰.

En cambio, cierto sector doctrinario no comparte la afirmación de ROXIN, por ejemplo, en la doctrina alemana encontramos la oposición de JAKOBS, para

17 OTTO, H, 2017, *Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho Penal*, trad. José R. Béguelin, 7ª ed., reelaborada, Atelier, Barcelona, p. 470.

18 FRISTER, H, 2011, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 4ª ed., alemana de Marcelo A. Sancinetti. Revisión de la traducción de María de las Mercedes Galli, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 171-172.

19 BACIGALUPO S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 34.

20 ROXIN, C, 1997, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, p. 338.

quien los delitos especiales se diferencian en delitos especiales en sentido amplio y delitos especiales en sentido estricto²¹.

En palabras de JAKOBS: “Respecto a las restricciones del círculo de autores de un delito a determinadas personas (delitos especiales en sentido amplio), hay que distinguir: a) Cuando se lleva a cabo una restricción a ciertas personas porque –sin ser portadores de deberes especiales– sólo ellas pueden atacar un bien determinado de determinada manera, se trata de descripciones de autores que solo han de caracterizar la situación en la que es posible la actuación típica como tal o de modo prácticamente relevante. Tales elementos son, por eso, como otros elementos de la situación, descripciones de la configuración de un ámbito de organización, elementos del tipo plenamente accesorios”. “También es así cuando el círculo de autores está limitado a determinadas personas, sólo las cuales pueden atacar un bien de modo especialmente fácil o de manera prácticamente relevante”²².

En cambio los delitos especiales en sentido estricto son aquellos donde “no se describe, o no sólo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un estatus del autor, las expectativas de comportamiento conforme a Derecho se determinan también a través del titular del deber. A estos efectos, por estatus se entiende aquí un haz, asegurado institucionalmente, de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión, del cual el deber lesionado garantizado penalmente sólo constituye un fragmento”. “En las instituciones de importancia trascendental para la existencia de la sociedad, el estatus se convierte en posición de garante; el delito especial es entonces, simultáneamente, delito de infracción de deber, de modo que el obligado especialmente, por lo que se refiere al ámbito de su deber especial, es siempre autor”²³.

21 JAKOBS, G, 1997, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, trads. J. Cuello Contreras y J.L Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, pp. 830-831.

22 *Ídem*, p. 830.

23 *Ídem*, p. 831.

Dentro de la doctrina argentina, encontramos autores que no comparten la asimilación conceptual entre delitos especiales y delitos de infracción de deber propuesto por Roxin.

Por ejemplo, RESTÓN, sostiene: “no me parece del todo adecuada la asimilación conceptual entre delitos especiales y delitos de infracción de deber propuesta por Roxin. En efecto, pueden darse reducciones del círculo de autores que no obedezcan a que pese sobre ellos un deber especial extrapenal (como los delitos de propia mano, que en definitiva son una clase de delitos especiales). Por ello es que considero adecuada la referida distinción entre delitos especiales, como género, y delitos de infracción de deber como especie; sin por eso desconocer que la mayoría de las veces los delitos especiales pertenecerán a dicha especie²⁴.

A su vez GONZÁLEZ GUERRA, -siguiendo el planteo de Jakobs- no comparte la afirmación de Roxin. En palabras del profesor argentino: “Así, no pueden entenderse como sinónimos los delitos especiales con los delitos de infracción de un deber desarrollados en la concepción que venimos explicando. A saber, los delitos especiales por expresa mención en el tipo sólo pueden ser cometidos por un círculo limitado de personas que poseen una “...posición particularizada del rol general del ciudadano”, sin embargo, ello no significa que dichos sujetos sean portadores de un rol especial. Es justamente ese rol especial surgido de determinadas instituciones sociales el que genera deberes que si son defraudados configuran un delito de infracción de un deber²⁵.

De idéntica manera lo entiende BERRUEZO, para el citado autor argentino de ninguna manera pueden entenderse como sinónimos los delitos especiales con los delitos de infracción de deber²⁶. Basando su aseveración en que, “los delitos especiales por expresa mención en el tipo, sólo pueden ser cometidos por un

24 RESTON, M, 2014, *Los delitos de infracción de deber. ¿Es admisible un doble criterio de determinación de autoría?*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, p. 13.

25 GONZÁLEZ GUERRA, C, 2006, *Delitos de infracción de un deber. Su capacidad de rendimiento a la luz del derecho penal económico*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 33.

26 BARRUEZO, R, 2009, *Delitos de dominio y de infracción de deber*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, p. 371.

círculo de personas que poseen una posición particularizada del rol general de ciudadano, sin embargo, ello no significa que dichos sujetos sean portadores de un rol especial. Es justamente ese rol especial surgido de determinadas instituciones sociales el que genera deberes que si son defraudados configuran un delito de infracción de deber. Es decir que existen, por ejemplo, delitos de dominio o de competencia por organización que pueden ser, a su vez, delitos especiales, y ello porque surgen de la defraudación del rol general de ciudadano, delitos de dominio, de determinados sujetos en situaciones de proximidad frente al objeto penal protegido, delitos especiales”²⁷. De lo manifestado por el citado autor, queda a todas luces claro que sobre este punto sigue las enseñanzas de Jakobs.

A simple vista se puede observar que los delitos especiales se encuentran estructurados en base a un tipo penal donde la figura del autor se encuentra circunscripta a cierta cualificación del mismo, estrechamente relacionada al bien jurídico protegido por la norma, imponiendo un deber de protección del mismo.

Si bien los delitos especiales existen desde larga data, no se ha llegado a un consenso por parte de la doctrina, sobre aspectos esenciales de los mismos, por ejemplo: definición, clasificación y participación criminal, Por lo que trataremos los siguientes puntos de forma somera, ya que de lo contrario excederíamos el presente trabajo.

2. DELITOS ESPECIALES. CONCEPTO.

Como lo mencionáramos anteriormente, la expresión delitos especiales surge al influjo de la doctrina, sobre todo a partir de las teorías de las normas²⁸. Al respecto KAUFMANN –siguiendo el criterio sostenido por Binding-, según el cual la norma general se concreta en deber respecto de todo “capaz de acción” Pero en cambio, “la norma especial se concreta en el deber bajo dos condiciones: la existencia de la capacidad de acción y la de la especial cualificación del autor.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Sobre las diversas concepciones sobre teorías de las normas en derecho penal, ver por todos, FERNÁNDEZ, G, 2010, *La teoría de las normas en el derecho penal*, FCU, Montevideo.

Ambas condiciones son independientes entre sí. Solo la concurrencia de ambas fundamenta el deber”²⁹.

La doctrina penal germánica, ha venido elaborando, desde los orígenes de la Teoría del hecho punible hasta la actualidad, dos clases de concepto, uno simple y otro complejo, de delito especial.

El concepto simple, según MIR PUIG, se definiría como aquella clase de tipo penal que se distinguiría por describir una conducta que sólo será punible a título de autor cuando sea realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiera la ley³⁰.

En cambio, el concepto complejo, al decir de GÓMEZ MARTÍN, se caracterizaría por incorporar al concepto no sólo la descripción delito especial expresado por las definiciones simples, sino, además, la fundamentación material de la restricción del círculo de autores operada por el tipo³¹.

Como bien se puede apreciar, lo que caracteriza al concepto simple de delito especial, es: en primer lugar, la configuración de los delitos especiales como una restricción del círculo de posibles autores del delito por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo; y la omisión de cualquier referencia al fundamento sobre el que descansa esta restricción legal del círculo de autores³².

Sobre este tópico, me inclino por una definición o concepto simple de delitos especiales. En otras palabras, me afilio, a aquellos autores que entienden que los delitos especiales, son aquellas clases de tipos penales, que se caracterizan por describir una conducta que solamente será castigada a título de autor, cuando la conducta prohibida o mandada la lleven a cabo ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales requeridas por el tipo penal.

29 KAUFMANN, A, citado por BACIGALUPO, Silvina, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 37.

30 MIR PUIG, S, 2004, *Derecho penal. Parte General*, 7^a ed., BdeF, Montevideo – Buenos Aires, pp. 9 / 46 y sgtes.

31 GÓMEZ MARTÍN, V, 2006, *Los delitos especiales*, p. 11.

32 Ídem, p. 16.

3. CLASIFICACIÓN DE DELITOS ESPECIALES.

En la doctrina jurídico penal en materia de delitos especiales existen numerosas clasificaciones. Se expondrán brevemente las diversas clasificaciones que se encuentran actualmente en la doctrina con la única finalidad de acercarnos a un concepto de delito especial que ponga de manifiesto todas sus posibilidades.

A) Propios – Impropios.

La clasificación más extendida en doctrina en los delitos especiales es entre propios e impropios, la misma busca distinguir aquellas conductas que tienen un correspondiente delito común frente a las que son especiales en sentido estricto sin dicho correlato.

En los delitos especiales propios, la conducta viene descrita de manera tal que sólo puede ser autor el sujeto que ostente la característica exigida en el tipo penal. Dicha característica personal especial del autor es el fundamento mismo de la punibilidad. Es decir, se trata de tipo penales que describen una conducta que sólo será punible a título de autor, o sea, quien no reviste la características requeridas en el tipo penal –el no cualificado o *extraneus*- no puede ser autor³³.

Así lo entiende la doctrina mayoritaria española, para CEREZO MIR, los delitos especiales propios no tienen una figura delictiva común paralela³⁴.

De forma similar lo entienden MUÑOZ CONDE – GARCÍA ARAN, para dichos autores los delitos especiales propios, “son aquellos que no tienen correspondencia con uno común”³⁵.

33 GIMBERNAT ORDEIG, E, 2007, *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 223. Dentro de la doctrina alemana: WELZEL, H, 1997, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, trads., Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 76-77; FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 171-172.

34 CEREZO MIR, J, 2008, *Derecho penal. Parte General*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, p. 424

35 MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ªed., revisada y puesta al día, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 294.

Con algún matiz, MIR PUIG, entiende que los delitos especiales propios “describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no pueden ser autores ni de éste no de ningún delito común que castiga para ellos la misma conducta”³⁶.

Los delitos especiales impropios, en cambio, las características que cualifican la autoría sólo cumplen una función modificadora de la punibilidad. En estos casos, la lesión al bien jurídico protegido por la norma, se encuentra de todas maneras castigado en un tipo común³⁷.

B) Jurídicos – Físicos.

Esta distinción se basa en la descripción del sujeto activo del delito, basado en razones jurídicas y por razones físicas.

En dicho sentido, los delitos especiales por razones jurídicas, tienen como fundamento del reproche penal en la existencia de una determinada condición jurídica del sujeto, por ejemplo: el funcionario, el deudor, empleador, etc. La particularidad de esta categoría es que son aquellos tipos penales a lo que Roxin considera como delitos de infracción de deber, si el deber que infringe el autor es un deber extrapenal.

Como bien lo señala BACIGALUPO SAGGESE: “En ellos...el interés del legislador no reside en la configuración externa de la conducta, sino en la vinculación del autor con la norma de deber. Estos son los delitos especiales que interesan como precursores de la categoría de los delitos de infracción de deber”³⁸.

Por el contrario, en los delitos especiales por razones físicas, la imposibilidad del *extraneus* para ser autor es consecuencia de la configuración

36 MIR PUIG, S, 2005, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, p. 231.

37 BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 40.

38 *Ídem*, p. 41.

exterior o interior de la acción o de sus caracteres físicos, en particular de su sexo: por ejemplo mujer embarazada. En estos delitos, por regla, sólo se infringen un deber penal general. Solamente podrían ser considerados delitos de infracción de deber en la concepción de Jakobs, siempre y cuando, puedan ser enmarcados dentro de los delitos derivados de una posición institucional positiva del autor³⁹.

C) Naturales – de derecho positivo.

En los delitos especiales por naturaleza, la delimitación de la autoría viene dada por la conducta prohibida por el tipo penal, es decir, por el contenido del delito.

En cambio, en los delitos especiales por derecho positivo, el fundamento de la delimitación del círculo de autores sólo se encuentra establecido en la norma legal⁴⁰.

D) Vinculados al autor – vinculados al resultado.

Esta distinción se presenta en cada caso como un problema de interpretación de cada tipo penal de la Parte Especial. Dependiendo la misma, de lo que si resalta en el tipo es una condición especial del autor, de manera tal que la autoría esté tan estrecha y razonablemente vinculada al mismo o si, por otro lado, lo relevante es la evitación del resultado, de manera tal que un *extraneus* no pueda ser tratado razonablemente como autor del delito⁴¹.

E) Absolutos – relativos.

En esta clasificación, la cualificación de absoluta es inherente a la persona. El *intraneus* se encuentra vinculado de tal manera a un carácter indeleble inaccesible para un *extraneus*. Por el contrario, en los relativos, la cualidad del

39 *Ídem*, pp. 41- 42.

40 *Ídem*, p.43.

41 *Ídem*, pp.43- 44.

sujeto solamente surge en una determinada relación social o jurídica del autor con su entorno⁴².

En definitiva, las diversas clasificaciones enunciadas ut-supra, enunciadas y esgrimidas por la doctrina jurídico penal, tratan de cumplir la función de precisar el verdadero concepto categorial de los delitos especiales. Lo que se ve corroborado, en los aportes tanto de la doctrina penal alemana y española, al momento de tomar una posición sobre dicha estructura típica, principalmente en las concepciones o definiciones - simples, complejas, autónomas o dependientes⁴³- que se adopte sobre los delitos especiales.

4. PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN LOS DELITOS ESPECIALES.

Desde los años noventa la doctrina y jurisprudencia española más recibida, vienen defendiendo la idea que frente a las hipótesis de participación de *extraneus* en delitos especiales deber ser resueltos a partir de dos premisas básicas. La primera consistiría en que el *extraneus* que participa en un delito especial no debe quedar impune, sino que debe ser castigado con pena. La segunda, en que la pena del partícipe ha de ser atenuada⁴⁴.

Según MIR PUIG, en los casos de delitos especiales, los sujetos que no tengan la condición personal requerida no podrán ser autores de tales delitos, pero sí partícipes en ellos, como inductores o cooperadores necesarios, o como cómplices⁴⁵. Lo que trasladado a la legislación penal de Uruguay, de conformidad a lo establecido por los artículo 61 y 62, *los extraneus* podrán ser coautores o cómplices.

En los delitos especiales propios la calificación de la intervención en el delito por parte del *extraneus* será como partícipe del delito del *intraneus*, puesto

42 *Ídem*, p.44.

43 Ver todos los modelos conceptuales de delito especial en GÓMEZ MARTÍN, V, 2006, *Los delitos especiales*, pp. 11- 62.

44 GÓMEZ MARTÍN, V, 2006, *Los delitos especiales*, p. 741.

45 MIR PUIG, 2004, *Derecho Penal. Parte General*, p. 401.

que no existe ningún delito establecido en la Parte Especial que lleve a cabo el *extraneus*⁴⁶.

En cambio en los delitos especiales impropios, complica la cuestión el hecho de que los mismos se caracterizan precisamente por describir una conducta que también se halla tipificada en otro delito común paralelo para el *extraneus*⁴⁷. En este caso al *extraneus* habría que castigarlos por el delito común paralelo.

Lo precedentemente manifestado, es un simple aproximación sobre el tema, ya que tratarlo de la forma debida excedería con creces el tema principal el tema principal objeto de este trabajo, más teniendo en cuenta toda la discusión reinante sobre este punto a la luz de los dispuesto por el artículo 65.3 del Código penal español vigente.

5. CONCLUSIONES.

Cuando la doctrina penal jurídico penal nos habla de delitos especiales o de deber, está haciendo referencia a aquellos tipos penales que presupone que el autor, ya antes del hecho, esté en una relación con el bien jurídico protegido y, por ello, esté especialmente obligado a preservarlo.

En otras palabras, los delitos especiales, son aquellas clases de tipos penales, que se caracterizan por describir una conducta que solamente será castigada a título de autor, cuando la conducta prohibida o mandada la lleven a cabo ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales requeridas por el tipo penal (*intraneus*) en virtud de su vinculación con la norma de deber, cerrando de esta manera el círculo de autoría.

La importancia de dicha clasificación conceptual a los efectos del presente trabajo, viene a raíz de que los delitos especiales son delitos de deber, lo que lo asimila, por lo menos, a los delitos de infracción de deber. Es más, con la asimilación conceptual derivada de la pluma de Roxin, entre delitos especiales y

46 *Ídem*.

47 *Ídem*.

delitos de infracción de deber, se podría llegar a sostener que son la misma clasificación conceptual, pero con diferente nombre.

No obstante, como claramente lo expresa BACIGALUPO SAGGESE: “La categoría dogmática de los delitos de infracción de deber se debe distinguir de la de los delitos especiales, que pueden, aunque sólo sea en parte, ser considerados precursores de los delitos de infracción de deber”⁴⁸.

Sin importar por ahora la posición que se adopte respecto a si los delitos especiales son delitos de infracción de deber o no, lo que si tienen como similitud dichas clasificaciones típicas es el “deber”. “Deber” que opera como fundamento normativo de ambos conceptos.

Por eso, resulta obligado en cualquier investigación dogmática sobre los delitos de infracción de deber, comenzar por el análisis de un antecedente muy importante de estos delitos, es decir, los delitos especiales.

Por ende, luego de realizado dicho análisis, corresponde ingresar al punto central de este trabajo, que es la teoría de los delitos de infracción de deber.

III.- LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Como se expresara al comienzo, la teoría de los delitos de infracción de deber fue propuesta originariamente por Roxin en su monografía *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* editada el 1963. La aparición de la teoría de los delitos de infracción de deber no fue casual, si se hace un análisis de la doctrina penal al comienzo de los años 1960 se podrá apreciar mutaciones o cambios parciales en la teoría sobre la autoría y la participación criminal.

En cuanto al surgimiento de la teoría de los delitos de infracción de deber, Bacigalupo ha dicho: “es posible afirmar que la teoría de los delitos de infracción de deber es una necesidad generada por la insuficiencia de la teoría del dominio

⁴⁸ BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 35.

del hecho para explicar supuestos dentro de su concepto de la accesoriedad limitada⁴⁹.

Los delitos de infracción de deber se diferencian de los delitos de dominio, en que el tipo penal requiere la infracción de un deber extrapenal que resulta ser el elemento básico de la autoría. Este elemento es lo que permite caracterizar a la figura central del suceso, determinando de esa manera que el dominio del hecho no sea el elemento decisivo para configurar la autoría y que la accesoriedad de la conducta no dependa del dolo del que realiza la conducta.

En esta clase de delitos se prescinde completamente del dominio del hecho como pauta de atribución de la autoría, el delito se comete a través de la infracción de un deber especial que no es justamente el que se encuentra previsto en la norma penal, ya que de ser así no habría ninguna diferencia con los delitos de dominio⁵⁰.

2. TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER DE ROXIN.

Según ROXIN, hay dos métodos con cuya ayuda del legislador puede comprender o incluir típicamente de una manera respetuosa con el principio *nullum crimen* una conducta típicamente delictiva. El primero consiste en los delitos de acción... y, el segundo método: *“consiste en la conexión con deberes constitutivos del tipo que han experimentado su concreción en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico y cuya infracción provocadora o incluso únicamente no evitadora del resultado típico se conmina con pena. El legislador se sirve de este método sobre en todo en los casos en que lo decisivo para él no es la configuración o constitución externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social por él asumido. En tales casos figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber pretípico que*

⁴⁹ *Ídem*, p. 22.

⁵⁰ Cfr., LÓPEZ, H, 2011, “La autoría como dominio y la autoría como infracción de deber: perspectivas” en RUSCONI, Maximiliano- LÓPEZ, Hernán – KIERSZENBAUM, Mariano, *Autoría, infracción de deber y delito de lesa humanidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 114.

le incumbe y de ese modo contribuye por acción u omisión al resultado, siendo indiferente la magnitud de la participación externa en el resultado o el dominio del hecho. Yo hablo en este caso de delitos de infracción de deber”⁵¹.

Los delitos de infracción de deber, según ROXIN, fundamenta la autoría, en la infracción de un deber extrapenal⁵². Por ende, la relación existente entre el autor (*intraneus*) y el bien jurídico resulta pretípica, es decir, ajena al derecho penal, pero no a otras disposiciones del ordenamiento jurídico, y en virtud de ello, dicho deber no se extiende a los *extraneus* (coautores y cómplices).

Por ejemplo, puede ser autor del tipo de administración desleal aquel que infringe el deber que le incumbe de velar por el patrimonio ajeno; quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, sólo responde como partícipe⁵³.

En cuanto a la fuente de dicho deberes ROXIN, expresa: “el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico de la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todo ello se caracterizan por que el obligado sobresale ante los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y por que el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación”⁵⁴.

51 ROXIN, C, 2014, *Derecho penal. Parte General*, t. II, trad. de la 1ª ed., alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña (Director), Juan Manuel Paredes, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, p. 338

52 ROXIN, Claus, 2000, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, p. 742.

53 *Ídem*, p. 387.

54 *Ídem*, pp. 387-388.

Uno de los puntos más álgidos de los delitos de infracción de deber es lo concerniente a la coautoría en esta clase de delitos, sobre este punto el maestro de München nos enseña: “La coautoría obtiene así en los delitos de infracción de deber una estructura totalmente distinta que a tenor del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común. El ámbito de la coautoría se encoje notablemente, pues sólo cabe hablar de carácter común en este sentido cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo deber”⁵⁵.

En cuanto a la autoría mediata, ROXIN destaca: “lo que vale para la coautoría no puede, en principio, ser de otro modo para la autoría mediata. También aquí hay que entender sólo a la infracción de un deber especial extrapenal y no al dominio del hecho”⁵⁶.

“En los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro, o en el marco de aparatos de poder organizados. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho. Basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría”⁵⁷.

En síntesis, los casos de coautoría y de autoría mediata, se distinguen en los delitos de infracción de deber –en contraposición a los delitos de dominio– sólo en que el primer caso cooperan para alcanzar el resultado varios obligados, y en el segundo un *intraneus* y *extraneus*⁵⁸.

Otro punto de suma importancia en relación a los delitos de infracción de deber, son los problemas derivados del llamado *instrumento doloso no*

55 *Ídem*, p. 391.

56 *Ídem*, p. 393.

57 *Ídem*, p. 394.

58 *Ídem*.

cualificado. Al respecto sostiene ROXIN: “...resulta con toda facilidad una solución satisfactoria: el funcionario que, sin tener el dominio del hecho, determina a un *extraneus* a realizar el resultado jurídicamente desaprobado, es autor mediato, puesto que, vulnerado el deber especial extrapenal que le incumbe (lo único que importa) ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo...⁵⁹”.

Para culminar con el aporte de ROXIN, a la teoría de los delitos de infracción de deber, huelga precisar, que pertenecen a los delitos de infracción de deber, en principio los delitos de funcionarios propios e impropios; los delitos de profesionales; los caso de abuso de confianza; los delitos de omisión a los deberes inherentes a la patria potestad, etc.

Sin perjuicio de ello, hay que dejar bien en claro, que en muchos de estos delitos la virtualidad fundadora de la autoría del elemento de deber se extrae sin dificultad de la formulación del tipo, a veces hace falta un análisis más profundo para hacer salir a la luz la estructura de la autoría no evidente desde el tenor literal.

En definitiva, para ROXIN, los delitos de infracción de deber son los 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, subsumiendo dentro de ellos a los delitos especiales, algunos delitos societarios, y los delitos de omisión.

3. TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN JAKOBS.

La teoría de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber se introduce dentro de un sistema normativo del Derecho penal que se estructura en dos diversos subsistemas dogmáticos: los delitos de responsabilidad por la propia organización y los delitos de responsabilidad por incumplimiento de deberes especiales.

⁵⁹ *Ídem*.

De acuerdo a dicho marco teórico, los problemas referidos a la autoría y la participación se presentan en forma paralela a las dos fuentes de deberes del sistema penal: a) en los delitos de responsabilidad por la propia organización, el criterio que define la autoría es el del dominio del hecho; es decir, en ese contexto estamos frente a delitos de dominio y, b) en los delitos de responsabilidad por incumplimiento de deberes especiales o de responsabilidad institucional, estaremos ante delitos de infracción de deber⁶⁰.

Como bien lo expresa JAKOBS: “El dominio del hecho caracteriza a la autoría porque, con su comportamiento de dominio del hecho, un partícipe configura su ámbito de organización a costa del perjudicado por el delito”. El “fundamento de responsabilidad es la responsabilidad de que la propia organización no sea dañosa. Por eso, el dominio del hecho como característica de la autoría ha de limitarse a delitos en los que la relación con el afectado se agota en que esta no sea dañosa. Sólo aquí –es decir, en la mayoría de los delitos- la responsabilidad es consecuencia de un acto de organización. Ejemplos lo constituyen los delitos de resultado comisibles por cualquiera, cuando lo comete cualquiera”⁶¹.

Sin embargo, “también hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo” estos son los delitos de infracción de deber⁶².

En los delitos de infracción de deber, “la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante

60 Cfr., BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 80.

61 JAKOBS, G, 1997, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 791.

62 *Ídem*.

hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido”⁶³.

En cuanto a los delitos que se subsumen dentro de la categoría de los delitos de infracción de deber, “se encuentran todos aquellos delitos cuyo autores están obligados, en tanto garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien”⁶⁴.

En los casos de los delitos de infracción de deber, “con independencia del hecho existe una relación entre el autor y el bien. La relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar, sino positivamente por medio de un estatus del autor en relación con el bien. Este estatus está estrechamente vinculado a contextos regulados (padres, tutor, funcionario) –es decir. A instituciones- preformados y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites. En estos delitos, la responsabilidad o incumbencia del autor se determina por medio del estatus, no por medio de su ámbito de organización. El estatus fundamenta, de modo distinto a como sucede en los deberes (que incumben a todos), de no lesionar o sus derivados (los deberes en virtud de incumbencia de organización en los delitos de omisión), un deber especial en sentido estricto”⁶⁵.

Como ya se expresara al pasar, en los delitos de infracción de deber no se suele distinguir entre comisión y omisión. Todos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de incumbencia institucional⁶⁶.

63 *Ídem*.

64 *Ídem*.

65 *Ídem*, pp. 266-267.

66 *Ídem*, p. 267.

Si bien el grupo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado por Roxin, JAKOBS entiende que correspondería más llamarlos *delitos de deber que elude la accesoriedad*, que delitos de infracción de deber⁶⁷.

JAKOBS, sin perjuicio de desarrollar una teoría propia sobre los delitos de infracción de deber o como los llama él *delitos de deber que elude la accesoriedad*, reconoce que son muy discutidos los principios y pormenores de dicha clasificación típica⁶⁸.

4. DIFERENCIAS ENTRE LA POSICIONES DE ROXIN Y JAKOBS.

Si bien ya se expusieron las teorías de Roxin y de Jakobs sobre la teoría de los delitos de infracción de deber, sería conveniente marcar las diferencias que separan a ambos autores, a los efectos de tener un pantallazo resumido de las coincidencias y las divergencias entre ambos autores.

Los dos autores convergen en que existe dos clases de delitos, los delitos de dominio –llamados por Jakobs delitos de organización- y los delitos de infracción de deber, definiendo –ambos- una distinta noción de la accesoriedad para cada categoría.

Desde el punto de vista conceptual, en ambas teorías se trata de la determinación del centro de gravedad de la interpretación, al decir de BACIGALUPO SAGGESE: *en los delitos de infracción de deber la lesión del deber tiene un peso hermenéutico decisivo y desplaza la dirección real del suceso que materializa la lesión a los efectos de determinar la autoría*⁶⁹. Llegando las coincidencias hasta este punto.

En cuanto a las divergencias entre ellos, encontramos los fundamentos de la imputación. Mientras para Jakobs todo sujeto que se encuentra sometido a una institución está obligado al cuidado solidario del bien jurídico que deba ser

⁶⁷ *Ídem*, p. 792.

⁶⁸ *Ídem*, p. 792.

⁶⁹ BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 84.

protegido por dicha institución. Por lo tanto, delitos que son, en principio y de manera general delitos de dominio, se convierten en delitos de infracción de deber en virtud de la infracción del deber inherente al rol institucional del sujeto. Es decir, el obligado por una institución se convierte así en un obligado especial, es decir, en garante del bien protegido frente a una norma que contenga un deber general de protección del bien.

Por el contrario, para Roxin, los delitos de infracción de deber son aquellos en los que el tipo penal requiere que el autor haya lesionado un deber extrapenal. Este elemento carece de relevancia en Jakobs, ya que para él, la calificación de delito de infracción de deber depende de la relación institucional que tiene el sujeto respecto al bien jurídico protegido por la norma. En otras palabras, para Roxin, es la estructura del tipo penal lo que determina si un delito es un delito de infracción de deber. En cambio para Jakobs, no es la estructura típica lo que fundamenta la clasificación de delitos de infracción de deber, sino el origen institucional del deber del agente que lesiona la norma.

Asimismo, Jakobs, amplía así la clasificación de los delitos de infracción de deber por encima de las características del tipo penal, abarcando todos los casos en los que se constata la presencia de un deber de carácter institucional o en los que el autor es un sujeto obligado especial. Por este motivo, para Jakobs encuadran dentro del concepto de delitos de infracción de deber no solamente aquellos que contienen un deber de carácter extrapenal -posición de Roxin- sino toda forma de conducta en la que el autor lesiona un deber institucional, aunque el tipo penal hay sido formulado como delito común.

Lo antes mencionado, explica la postura de Jakobs sobre que no es lo mismo un delito de infracción de deber que un delito especial. Al contrario de Roxin que entiende que los delitos especiales son delitos de infracción de deber⁷⁰, tal como se explico anteriormente en el apartado de los delitos especiales.

70 Sobre las diferencias entre las posturas de Jakobs y de Roxin, ver por todos BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, pp. 84-87.

Otra divergencia estaría dada en que Jakobs la infracción o lesión del deber reside el juicio de imputación y al menos en parte el injusto, mientras que en Roxin, explica solamente la autoría⁷¹.

5. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

La doctrina española al influjo de la doctrina penal alemana, ha adoptado los delitos de infracción de deber, principalmente en la persona de SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ –TRELLES, quien con su excelente monografía sobre los delitos de infracción de deber⁷² introdujo en la discusión académica española, dicha categorial conceptual.

No obstante, las posiciones se encuentran divididas en cuanto a la aceptación de dicho instituto, encontrándose una posición que rechaza de plano la distinción propuesta por Roxin oportunamente, en cambio, otro sector se inclina de modo favorable a aceptar dicho concepto. A los efectos de claridad expositiva, se tratara de forma diferenciada dichas posiciones.

5.1. *Aceptación a la categoría de los delitos de infracción de deber.*

En la doctrina española encontramos autores de relieve, que aceptan dicha distinción como válida.

Como es el caso de CUELLO CONTRERAS, para el citado autor: “...debe destacarse ya que la elaboración de esta categoría dogmática está siendo fructífera, y lo será más en el futuro, dada la creciente complejidad de personas implicadas en actividades que pueden resultar lesivas para los bienes jurídicos. De ahí determinadas reformas legislativas que no puede comprenderse de otra forma. Que, p. ej., un constructor responda de forma equivalente por acción u

71 Cfr., SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ –TRELLES, J, 2002, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, p. 43.

72 SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ –TRELLES, J, 2002, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

omisión, para evitar el sarcasmo de que responda el albañil y no él, por un delito urbanístico...”⁷³.

Si bien MUÑOZ CONDE – GARCÍA ARAN, aceptan como válida la clasificación de los delitos de infracción de deber, lo hacen con algún matiz, ya que no admiten una categoría general de delitos consistentes en la infracción de un deber (por ej., el de los funcionarios) en los que los obligados fueran siempre autores, cualquiera que fuese su intervención⁷⁴. Según surge de su obra, los citados autores asimilan conceptualmente los delitos especiales propios e impropios como delitos de infracción de deber⁷⁵, de forma semejante a lo sostenido por Roxin.

Para MIR PUIG, si bien la doctrina española mayoritaria objeta los delitos de infracción de deber, en base a que se opone al principio de legalidad, porque desconoce la necesidad de que tales delitos se realicen también los actos expresamente requeridos en el tipo. Aclarando el citado autor, que la validez de esa crítica depende, claro está, del concepto de “realización” de los actos típicos. Sólo será válida se ésta se entiende exclusivamente en el sentido de ejecución material del último acto decisivo. Y agrega el autor: “Pero cabe pensar que el autor mediato también realiza el tipo. Habrá que ver, pues, si los delitos consistentes en la infracción de un deber pueden considerarse realizados en autoría mediata por el titular del deber infringido que se sirve de la otra persona no obligada para la práctica material de los actos últimos necesarios para completar el tipo”. A lo que el autor, responde de forma afirmativa⁷⁶.

Otro de los autores que acepta la teoría de los delitos de infracción de deber es BACIGALUPO ZAPATER, para este prestigioso autor: “en los últimos decenios se ha comprobado que no todos los tipos penales tienen una estructura

73 CUELLO CONTRERAS, J, 2009, *El Derecho penal español. Parte General, Vol. II Teoría del delito (2)*, Dykinson, Madrid, p. 192.

74 MUÑOZ CONDE, F – GARCÍA ARAN, M, 2000, *Derecho Penal. Parte General*, p. 517.

75 *Ídem*, pp. 516-517.

76 MIR PUIG, S, 2004, *Derecho Penal. Parte General*, 7º ed., p. 378.

que permite explicar las cuestiones de la autoría a través de la teoría del dominio del hecho”⁷⁷.

Para dicho autor, “a los efectos de la distinción entre autoría y participación se debe distinguir entre *delitos de dominio*, en los que el dominio del hecho permite decidir sobre la autoría del agente, y *delitos de infracción de deber*. Entre estos se encuentran los delitos especiales, algunos delitos societarios y los delitos de omisión⁷⁸. Como se puede apreciar, sigue la posición doctrinaria ideada por Roxin, en cuanto a las diferentes modalidades delictivas que se encontrarían subsumido bajo el rotulo de delitos de infracción de deber.

Para el citado Profesor: “El deber que constituye la materia de la lesión jurídica en estos tipos penales no es el deber genérico que surge de toda norma y que alcanza también la de los partícipes. Se trata, por el contrario, de un deber extra-penal, que no alcanza a todo partícipe, sino a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en los delitos de omisión)”⁷⁹.

Concluyendo el autor: “En este sentido se afirma que delitos de infracción de deber *son todos aquellos cuyos autores están obligados institucionalmente a un cuidado del bien*”⁸⁰.

También encontramos como fiel defensora de los delitos de infracción de deber a BACIGALUPO SAGGESE, en su opinión: “la teoría de los delitos de infracción de deber, fundada en la estructura de los tipos penales resulta

77 BACIGALUPO, E, 2012, Derecho penal. Parte General, p. 496.

78 *Ídem*, p. 510.

79 *Ídem*, p. 511.

80 *Ídem*, p. 511. Si bien lo expresado en cursiva es un concepto tomado de Jakobs, Bacigalupo aclara, “que no se debe confundir la extensión que se otorga a los delitos de infracción de deber en la teoría, según se parta de la distinción esencial entre acción – omisión o entre organización de la propia acción/deberes institucionales. La cuestión es decisiva para aplicar las consecuencias que estos delitos tienen en lo referente a las relaciones que se deben exigir entre el hecho del autor y los hechos de los partícipes (es decir, respecto de la accesoriad)”. Ver, pie de página n° 83, p. 511.

compatible con el Derecho penal español vigente. Asimismo, las consecuencias de esta teoría respecto de la accesoriedad no ofrecen ningún reparo desde la perspectiva de las normas vigentes y de las concepciones dogmáticas con las que se las interpreta”⁸¹

Además la referida autora, comparte la tesis de que “los tipos de la parte especial se estructuran bidimensionalmente, sobre la base de dos criterios: delitos de dominio, en los que el criterio de la autoría es el dominio del hecho y en los que la accesoriedad limitada requiere que el hecho principal, además de típico y antijurídico, sea también doloso”.

Y “el segundo principio estructural es el de los delitos de infracción de deber extra penal, en los que el único criterio para determinar la autoría es la infracción del deber por el obligado a cumplirlo”, no siendo necesario que el hecho principal, la infracción del deber por el garante, sea doloso”⁸².

El discípulo de Jakobs, SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ –TRELLES, en su tesis doctoral “Delito de infracción de deber y participación delictiva” y en su artículo “Delito de infracción de deber”, va más allá de su maestro y profundiza su teoría argumentando, que el Derecho penal trata de garantizar las condiciones mínimas de la vida en sociedad, dejando de lado la discusión en torno a la realización efectiva de la pena como estabilización de la vigencia de la norma, la explicación de los delitos de infracción de deber surge a partir de la distinción entre instituciones negativas y positivas⁸³.

Es decir, la dogmática jurídico penal moderna hace alusión a instituciones como base de la sociedad. La vida en común hunde sus raíces en instituciones sociales, instituciones, que la hacen posible y la impulsan, y en verdad, en una institución de carácter negativo, y en otras que poseen una esencia

81 BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 171.

82 *Ídem*, p. 171 – 172.

83 SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ –TRELLES, J, 2002, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, pp. 278-283.

predominantemente positiva. En cuanto a los delitos de infracción de deber se basa su imputación en las instituciones positivas⁸⁴.

Como lo expresáramos precedentemente, las instituciones son de dos formas: negativas y positivas, Las instituciones negativas es conocida desde el Derecho romano, y se resume en la sentencia “no dañar a nadie” (*neminem laedere*). Que esta institución deber ser garantizada por el Derecho penal es tan obvio como que ninguna sociedad puede renunciar a ella. En quebranto de esta institución negativa da lugar a los llamados delitos de organización o dominio del hecho, en estas hipótesis el autor extiende su ámbito de organización de forma no permitida a costa de ámbitos de organización ajenos, expresado en otras palabras, el autor “daña”, “no respeta la esfera de libertad ajena” o “a los demás como personas”. Dicho de forma resumida, el autor organiza defectuosamente. Dicha infracción puede hacerse tanto mediante una acción como por omisión⁸⁵.

En cambio, las instituciones positivas, imponen jurídicamente se edifique un mundo en común, una prestación de ayuda y fomento. Pudiéndose dividir dichas instituciones positivas en familiares y estatales.

De ambas instituciones se deduce, que más allá de la institución negativa, existe responsabilidad en virtud de otras instituciones, cuya nota principal es su positividad: “ya no se trata de un no-dañar, sino precisamente de un actuar positivo, de un “sustentar”, “prestar ayuda” o de un fenómeno de la situación del bien jurídico en general, aun cuando no exista una organización previa de la que se deba responder”⁸⁶.

Prosiguiendo el autor: “Así como los delitos de organización devienen del quebranto de la institución negativa consistente en un no-dañar, la violación de

84 Cfr., SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ –TRELLES, J, 2002, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 101 y sgtes. Del mismo autor, “Delitos de infracción de deber” en AA.VV, 2014,*La responsabilidad en los “delitos especiales”*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 287.

85 *Ídem*, pp. 288-289.

86 *Ídem*, p. 292.

las instituciones positivas da lugar a los llamados delitos de infracción de deber”⁸⁷.

“En estos delitos lo relevante no es el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva. Así, el deber de los padres frente a sus hijos, de los cónyuges entre sí, del administrador de bienes ajenos, del juez o funcionario público, etc”

Para terminar con dicho autor, vale la pena dejar en claro que “si en estos delitos la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico, es evidente la irrelevancia de cómo se produzca la lesión, por acción o por omisión”⁸⁸.

5.2. Posiciones críticas a dicha concepción.

Dentro de los autores que rechazan la teoría de los delitos de infracción de deber, encontramos a CEREZO MIR, para este autor de neto corte finalista, “el concepto de autor en los delitos que suponen la infracción de un deber no se ajusta a la distinción, que realiza nuestro Código entre autoría y participación, en función de la forma de contribución de cada uno de los codelincuentes a la comisión del delito”⁸⁹, haciendo clara referencia a la posición sostenida de los delitos de infracción de deber propuesta por Roxin.

Asimismo GIMBERNAT, el citado autor -afirmando en el principio de legalidad- sostiene: “Roxin va demasiado lejos. El principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el Código Penal no lo dice expresamente”⁹⁰.

⁸⁷ *Ídem*.

⁸⁸ *Ídem*, p. 304.

⁸⁹ CEREZO MIR, J, 2008, *Derecho penal. Parte General*, p. 932.

⁹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E, 2007, *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 266.

También, tienen una posición contraria a los delitos de infracción de deber, ROBLES PLANAS –JAVIER RIGGI, para ambos autores la teoría de los delitos de infracción de deber es político criminalmente insatisfactoria⁹¹.

Sin perjuicio de ello, ROBLES PLANAS ha sido muy crítico con la teoría de los delitos de infracción de deber, al extremo que él mismo puntualiza que dichas críticas lo conducirán al rechazo en bloque de la mencionada teoría. La primera crítica se centra en el fundamento en los que se asienta esta teoría, ya que en su opinión no se puede resolver de un plumazo la cuestión referida a como se determina en que una persona se halle vinculada a un bien de forma positiva o negativa, afirmando que existen sin más instituciones sociales que determinan tal vinculación positiva. Este planteamiento deja en mano de la sociedad la decisión sobre cómo se vincula una persona a un bien, lo que es rechazado por el citado autor, en virtud de que los bienes jurídicos se vinculan a partir del propio individuo. Es el propio individuo quien, con su actuar, asume la protección de o garantiza determinados bienes, siendo este planteamiento mucho más garantista de la libertad individual y mucho más preciso que el recurso a las instituciones positivas⁹². Otra crítica que le formula Robles Planas, se basa en que la teoría de los delitos de infracción de deber quebranta el principio del hecho, ya que dicho planteamiento castiga conductas que no han exteriorizado aún nada lesivo (no se ha iniciado la tentativa) sólo por el hecho de que el obligado especial haya infringido su deber⁹³.

Otra de las críticas se basa en que dicha teoría parte de una premisa altamente cuestionable: la de que existen ámbitos (instituciones) sociales donde

91 ROBLES PLANAS, R – RIGGI, E.J, 2014, “El extraño artículo 65. 3 del Código penal” en AA.VV, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, pp. 62-66.

92 ROBLES PLANAS, R, 2003, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, p.229. Sobre los delitos de infracción de deber, del mismo autor: 2007, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 1ª ed., 2ª reimp., Atelier, Barcelona, pp.31-34 y 52-54.

93 *Ídem*, p. 232.

el sujeto debe responder de todo lo que suceda solamente por ostentar un determinado status. Al respecto el mencionado autor afirma: “Por muy obligado que esté por un deber que sólo le incumbe a él en cuanto funcionario, ese deber no le conduce a la responsabilidad por las consecuencias que provengan de otras esferas de organización diferente a la suya propia”⁹⁴.

También hace hincapié en que la solución que llega la teoría de los delitos de infracción de deber con respecto a la punibilidad del *extraneus* que participa en un delito especial, no resulta para nada convincente, en virtud de que no se puede poner en tela de juicio una institución sino se está obligado por ella. Sostener lo contrario –como lo hace la teoría de los delitos de infracción de deber- vulnera la prohibición de retroceso y, por consiguiente, el principio de responsabilidad por el propio injusto, en virtud que nunca va a pertenecer al interviniente no cualificado el hecho, puesto que aquella relación de pertenencia propia de todos los intervinientes presupone la existencia del deber vinculante con la institución⁹⁵.

Otro autor que rechaza dicha categoría es GÓMEZ MARTÍN, para él los delitos de infracción de deber merece dos importantes objeciones: “La primera tiene por objeto su excesivo grado de formalismo. La segunda consiste en que estas teorías permiten fundamentar con mayor facilidad un Derecho penal de corte autoritario”⁹⁶.

Las objeciones sobre la teoría de los delitos de infracción de deber se pueden resumir de la siguiente manera: a) la infracción de un deber de carácter extra penal no es el adecuado para una correcta explicación de los delitos especiales y ha negado que la infracción de un deber extra penal sea la *ratio essendi* de tales delitos; b) en torno a la autoría, permanece inalterado el clásico

94 *Ídem*, p. 233.

95 *Ídem*, p. 237.

96 GÓMEZ MARTÍN, V, 2014, “Réplica” en AA.VV, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, p. 389. Del mismo autor, 2014, “Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código penal español” en AA.VV, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, pp. 99-229.

reproche –que no ha sido superado- de que esta concepción vulnera el principio de legalidad⁹⁷; c) es política criminalmente insatisfactorio y d) permiten fundamentar con mayor facilidad un Derecho penal de corte autoritario.

6. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA DOCTRINA RIOPLATENSE.

La teoría de los delitos de infracción de deber, ha desembarcado en las doctrinas penales de ambos márgenes del Río de la Plata. Por lo que corresponde aunque sea de forma somera dar un pantallazo a los aportes realizados tanto en la doctrina argentina como nacional.

6.1. *Tratamiento en la doctrina argentina.*

Dentro de la doctrina argentina, encontramos autores que aceptan la teoría de los delitos de infracción de deber. Entre ellos podemos destacar a GONZÁLEZ GUERRA, quien siguiendo la posición de Jakobs acepta dicha teoría, pero reconoce que todavía dicha teoría tiene dificultades⁹⁸.

Otro de los autores que acepta un concepto normativo sobre la autoría y la participación es BERRUEZO, para dicho autor: “resulta importante seguir analizando la estructura de los delitos de infracción de deber, ya que es una herramienta dogmática que permite imputar delitos a autores, que, en otras circunstancias, pudieran quedar impunes (delitos cometidos por funcionarios que no realizan el hecho, sino que utilizan un *extraneus*), en el mejor de los casos, partícipes, cuando en realidad son los verdaderos autores responsables del hecho”. El citado autor culmina diciendo “participamos de la postura de Jakobs, en cuanto el deber vulnerado tiene que estar vinculado a una institución, sea ésta derivada de deberes estatales, relaciones paterno-filiales, o de confianza especial”⁹⁹.

97 RUEDA MARTÍN, M^a, 2014, “Réplica” en AA.VV, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, pp. 408-416.

98 GONZÁLEZ GUERRA, C., 2006, *Delitos de infracción de un deber. Su capacidad de rendimiento a la luz del derecho penal económico*.

99 BARRUEZO, Rafael, 2009, *Delitos de dominio y de infracción de deber*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, p. 410. Del mismo autor, 2007, *Responsabilidad penal en la estructura de la*

Aceptando también dicha teoría encontramos a RESTON, para dicha autora, “la teoría de los delitos de infracción de deber –en el sentido y alcance desarrollados por Roxin- ofrece una interesante respuesta a posibles lagunas de punibilidad, creadoras de déficits de justicia material, sobre todo respecto de aquellos tipos penales que exigen especiales características en el autor, en los que sea posible escindir la infracción al deber, en cabeza del *intraneus*, del dominio del hecho u organización defectuosa, en cabeza del *extraneus*”¹⁰⁰.

Precisando, además, “que los postulados de la teoría de los *pflichtdelikte* son enteramente compatibles con el derecho penal argentino vigente...”¹⁰¹.

En cambio, hay autores de mucha valía en la doctrina penal del vecino país, que no comparten la teoría de los delitos de infracción de deber. Entre ellos encontramos a RUSCONI, si bien el novel catedrático de la Universidad de Buenos Aires, explica en su Derecho penal Parte General en que consiste los delitos de infracción de deber, pero no hace un rechazo explícito de los mismos¹⁰², lo que si lleva a cabo en otra contribución científica, donde en forma contundente manifiesta su rechazo a tal teoría : “es posible enjuiciar a la teoría de los delitos de infracción de deber” desde el punto de vista de la dogmática y sobre todo constitucionalmente¹⁰³.

Los delitos de infracción de deber son una extensión contra legem del ámbito de la autoría punible, ya que “la idea de un concepto de autor que sólo se *empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 67-71. Además, 2012, *Autoría y participación desde una visión normativa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, pp. 280-281.

100 RESTON, M, 2014, *Los delitos de infracción de deber. ¿Es admisible un doble criterio de determinación de autoría?*, p. 190.

101 *Ídem*, p. 191.

102 RUSCONI, Maximiliano, 2009, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 638-641.

103 RUSCONI, Maximiliano, 2011, “La evolución de las herramientas para imputar autoría: a su vez una reflexión sobre la debilidad de las fronteras actuales del derecho penal” en RUSCONI, Maximiliano- LÓPEZ, Hernán – KIERSZENBAUM, Mariano, *Autoría, infracción de deber y delito de lesa humanidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 60.

nutre de la infracción de un deber extrapenal implica una fuerte expansión del ámbito de la autoría punible¹⁰⁴.

RUSCONI, asimismo entiende, que la teoría de los delitos de infracción de deber transforman tipos penales cerrados en tipo penales abiertos, mediante contribuciones teóricas que tienen por objetivo escapar de los límites escritos en la norma, aplicando una difusa idea de un deber previo¹⁰⁵.

Asimismo el autor argumenta contra la teoría de los delitos de infracción de deber, que la misma, lesionan el principio del acto, violan el principio de legalidad, se lesiona el principio de proporcionalidad, el de culpabilidad, imposibilita de pensar en casos de coautorías de infracción de deber, hace imposible identificar el principio de ejecución en el estadio de la tentativa, la existencia del dolo desde un punto de vista alejado del mundo óntico y, violación del principio de personalidad de la pena¹⁰⁶.

Como bien se puede apreciar, la postura de RUSCONI es absolutamente contraria a los delitos de infracción de deber.

6.2. *La doctrina uruguaya y la categoría de los delitos de infracción de deber.*

Nuestra doctrina nacional no se encuentra alejada del estudio sobre la teoría de los delitos de infracción de deber, en la pluma de FERNÁNDEZ y de ALLER.

Para FERNÁNDEZ los delitos de infracción de deber hay una incumbencia en virtud de una competencia institucional¹⁰⁷.

104 *Ídem*, pp.61-62.

105 Cfr., *Ídem*, p. 63

106 *Ídem*, pp.64 -85.

107 FERNÁNDEZ, G, 2014, *Cuestiones actuales de derecho penal*, FCU, Montevideo, p. 234.

Aplicándose dicha teoría a los casos de aparatos organizados de poder de carácter estatal, donde el jerarca por su propia posición institucional está obligado a impedir o evitar el resultado y, en tal virtud, su anuencia al hecho ilícito importa movilizar e involucrar su posición de garante”.

Citando a Roxin, señala, que en tales hipótesis, es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, el elemento cuya infracción fundamenta la autoría”. Y prosigue “Del mismo modo, Jakobs expresa que en este caso de delitos de infracción de deber, autor es todo aquel obligado especial que conforme a su estatus no impide el hecho; de suerte que tampoco aquí sería necesaria la apelación al aparato organizado de poder para fundamentar la autoría (fin de la cita de Jakobs), la cual se le atribuye incluso por omisión, ante la mera tolerancia pasiva del hecho. No es preciso invocar el recurso de aparatos de poder organizados, pues bastaría con la figura de la omisión impropia para imputar autoría, por violación de la posición de garante”¹⁰⁸.

ALLER, en una excelente contribución científica de gran densidad conceptual, manifiesta que comparte que dentro de los delitos de autoría y participación se distinguen delitos de dominio y los de infracción de deber. En los primeros, el dominio del hecho es determinante para discernir la calidad de autor. Entre los delitos de infracción de deber se hallan ciertos delitos especiales, tales como los de omisión y los societarios¹⁰⁹.

Para el citado autor nacional, “la imputación del delito de infracción de deber es el fruto de una forma de clasificación delictual cuyo rendimiento es ponderable y compatible con los códigos penales más allá de las tendencias político-criminales en ellos consagradas”¹¹⁰.

108 *Ídem*, p. 235.

109 ALLER, G, 2014, “Análisis dogmático y práctico del delito de infracción de deber” en *Revista Cade*, t. 28. Año 6, setiembre, p. 16.

110 *Ídem*, p. 24.

Además de lo expresado, el autor pone de manifiesto que “su rendimiento es aceptable como instrumento para evaluar ámbitos y comportamientos en los cuales existen funciones especiales y de fundamento institucional, al igual que es admisible en relación a una Política criminal no punitivista por esencia. Guarda relación con la noción de institución en la sociedad actual, en la cual las instituciones van mutando, como el caso del matrimonio y la familia, así como lo empresarial y tributario”¹¹¹.

7. TOMA DE POSICIÓN.

Como bien se pudo apreciar, la teoría de los delitos de infracción de deber - en sus diversas vertientes- no son pacíficamente aceptadas por cierto sector de la doctrina jurídico-penal. Principalmente en cierto sector doctrinario español y argentino.

A dicha clasificación delictual, se le critica que afecta los principios cardinales de un derecho penal liberal¹¹², como por ejemplo los principios de legalidad, de acto, culpabilidad, proporcionalidad, la cualidad de abrir tipos penales cerrados, etc.

No obstante, a nuestro criterio, la teoría de los delitos de infracción de deber, es sumamente útil al momento de solucionar y dar respuestas correctas desde el punto de vista sistemático y de justicia material a posibles lagunas de punibilidad, principalmente a aquellos nuevos delitos, que nacieron a la luz de lo que SILVA SÁNCHEZ llamó: la expansión del derecho penal¹¹³.

Actualmente en el Derecho penal, el prototipo de delito tangible se ha ido desplazando desde lo sensitivo y captable por los sentidos, hacia el incumplimiento de deberes centrándose en la significación comunicativa del

¹¹¹ *Ídem*.

¹¹² Sobre los principios penales, ver en extenso, YACOBUCCI, G, 2014, *El sentido de los principios penales*, B de F, Montevideo - Buenos Aires.

¹¹³ SILVA SÁNCHEZ, JM, 2011, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Edisofer - BdeF, Madrid-Montevideo-Buenos Aires.

hecho¹¹⁴. Y la particularidad de dicho deberes, es que en la mayoría de los casos, surgen de disposiciones de carácter extrapenal (Roxin) o a través de instituciones positivas (Jakobs).

En la doctrina penal moderna de origen germánico, al momento de la autoría y la participación criminal, se dividen en delitos de dominio y en delitos de infracción de deber.

En los delitos de dominio, el dominio del hecho permite decidir sobre la autoría del agente. En cambio, en los delitos de infracción de deber, la autoría se funda en la infracción de un deber extrapenal. Por ende, la relación existente entre el autor (*intraneus*) y el bien jurídico resulta pretípica, es decir, ajena al derecho penal, pero no a otras disposiciones del ordenamiento jurídico, y en virtud de ello, dicho deber no se extiende a los *extraneus* (coautores y cómplices).

En conclusión, entiendo dogmáticamente adecuada, la teoría de los delitos de infracción de deber, resultando totalmente aplicable a los casos de delitos especiales, delitos de omisión, y delitos societarios.

Por lo que su correcta aplicación, deviene imprescindible para resolver la autoría y la participación en aquellos casos provenientes del Derecho penal económico o empresarial, los cuales se caracterizan por la participación de varios sujetos en la comisión del injusto punible. Por lo que dicha tarea de imputación es sumamente problemática, ya que el problema a resolver aquí sigue siendo, pues una vez más, cómo imputar a quienes en el seno de un grupo u organización empresarial deciden la realización de uno o varios hechos delictivos sin intervenir posteriormente en su ejecución.

En definitiva, estamos absolutamente convencidos, que la teoría de los delitos de infracción de deber es de suma utilidad para resolver los conflictos de autoría y participación en el derecho penal económico o empresarial.

114 BACIGALUPO ZAPATER, E, 2006, *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos-Aires, pp. 19 y ss.

Capítulo III

LA ACCESORIEDAD EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

1. LA ACCESORIEDAD EN LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL.

Ya desde el comienzo hay que dejar bien sentado que en los delitos de dominio o de organización, la participación tiene carácter accesorio, porque presupone tomar parte de un hecho ajeno¹¹⁵.

Desde la misma manera, hay que precisar que las normas que regulan la coparticipación de varios actores en uno o más delitos funcionan como verdaderos mecanismos amplificadores de los tipos, por cuanto de no existir estas disposiciones difícilmente fueran alcanzados (principio de legalidad mediante), otros partícipes distintos al autor al que se refieren los diferentes tipos penales¹¹⁶.

Para que podamos hablar de codelincuencia o participación criminal, se deben dar una serie de requisitos que determinarán o no la existencia de un concurso de delincuentes, tanto de carácter objetivo como subjetivo.

Dentro de los elementos objetivos es necesario señalar, en primer lugar, a *la identidad de delito*, que significa que no puede existir coparticipación sin que exista un único delito para todos los partícipes, por lo menos en grado de tentativa.

El segundo requisito es el *principio de ejecución*, por el cual se requiere un comienzo de ejecución de un delito, lo que ubica la conducta de los concurrentes en la etapa de la tentativa, o en la preparatoria, cuando se trate de aquellos delitos en que se adelanta casi al extremo su punibilidad.

115 DONNA, E, 2002, *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed., ampliada y corregida, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 96-97.

116 LANGON, M, 2001, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. III, Del Foro, Montevideo, p. 109. Asimismo, CAIROLI, M, 2003, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. II, FCU, Montevideo, pp. 107 - 108.

Como tercer elemento estructural está la *convergencia de conducta*, que exige que el delito sea una obra en común hacia la que convergen todas las conductas de todos y cada uno de los participantes. Por último, podemos destacar como elemento objetivo, *la imputación objetiva de cada conducta*, entendiendo por ello, que la convergencia de conductas no requiere necesariamente una relación de causalidad con el delito cometido; vale decir, no se precisa una causalidad propia condicionante del resultado, sino que bastará con un favorecimiento eficaz del hecho.

Y en cuanto al requisito subjetivo se requiere *la intención de participar*, que es la conciencia y voluntad de obtener el resultado delictivo hacia el que se dirige las actividades de cada uno de los coparticipes. Esto surge del propio artículo 59 que dice que todos concurren intencionalmente a su ejecución¹¹⁷.

Retomando el tema de la accesoriedad de la participación, como bien dice CAIROLI, *en nuestro derecho hay que admitir que el concurso de personas da lugar a un solo delito formado por pluralidad de conductas, por lo que no puede caber duda que todas acceden a la formación de éste. Eso hace innegable la naturaleza accesoria del concurso de delincuentes, que se manifiesta en el hecho que se agregan a la conducta del autor principal*¹¹⁸.

Dependiendo del grado de realización, CEREZO MIR afirma que la dependencia de los partícipes está en función de los autores, y que ella se manifiesta en dos aspectos diferentes, lo cual lleva a que se hable de accesoriedad cuantitativa y accesoriedad cualitativa¹¹⁹.

117 Cfr., CAIROLI, M, 2003, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. II, pp. 112 - 115. De análoga manera, DOMÍNGUEZ CORREA , E. 2008,, “Responsabilidad por delitos divergentes del concierto” en *La Justicia Uruguaya*, t. 137, Montevideo, p. D. 193.

118 CAIROLI, M, 2003, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. II, p. 107.

119 CEREZO MIR, J, 2008, *Derecho Penal. Parte General*, p. 950.

La accesoriadad cuantitativa alude al grado de desarrollo de la ejecución del delito. Implica que el hecho del autor debe haber tenido comienzo de ejecución. Por ende, si no hay comienzo de ejecución, el hecho es impune¹²⁰.

En cuanto a la accesoriadad cualitativa, ésta se refiere a los elementos del delito que han de concurrir en el autor para afirmar la responsabilidad del partícipe¹²¹. Sobre este punto en concreto hay que remontarnos a MAYER, quien distinguía entre: *accesoriadad mínima*, que requiere solamente que el autor haya realizado un tipo legal; *accesoriadad limitada*, entendiendo por ella cuando el autor haya obrado de forma típica y antijurídica (injusto); *accesoriadad extrema*, cuando el autor haya llenado antijurídica y culpablemente un tipo legal, es decir, que el autor haya cometido un hecho típico, antijurídico y culpable y por último la hiperaccesoriadad, que se da cuando las calidades personales del autor gravitan sobre las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, de modo que aquellos inherentes a su persona también gravan o aligeran la responsabilidad del cómplice¹²².

La opinión dominante entiende que debe regir el sistema de accesoriadad limitada. Se exige que el hecho principal sea típico y antijurídico, ya que la culpabilidad de cada partícipe, entendiendo este término en general, es individual. Implica, entonces, que si el hecho está justificado, no será posible la participación penal¹²³.

De conformidad a lo expresado precedentemente, se puede concluir que la posición mayoritaria en la doctrina entiende que la conducta del partícipe sólo será punible en la medida en que el autor haya iniciado el hecho principal, o sea, que el hecho se encuentre en el estadio de la tentativa.

120 DONNA, E, 2002, *La autoría y la participación criminal*, p. 97.

121 POZUELO PÉREZ, L, 2003, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 272.

122 MAYER, M.E, 2007, *Derecho Penal. Parte General*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, pp. 485-486.

123 DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, p. 98;

No obstante, y a pesar del amplio consenso doctrinal que cabe afirmar respecto a la accesoriedad en la participación, voces muy autorizadas, tanto en la doctrina alemana como en la de habla hispana, propugnan una visión menos rígida del concepto de accesoriedad. A vía de ejemplo, ya en el año 1906, HÖPFNER se mostraba contrario al principio de accesoriedad, defendiendo no sólo que la conducta del partícipe constituía un injusto diferente al del autor, sino que el hecho principal del autor puede ser comprendido como el resultado de la acción del inductor o del complice. Por su parte, LÜDERSSSEN considera que al partícipe sólo debe castigársele por la realización de su propio injusto, a él imputable porque lo realiza, al igual de cuanto ocurre con el autor principal y su injusto típico¹²⁴. Llega incluso a sostenerse, como la hace SANCINETTI, la necesidad de prescindir del principio de accesoriedad para fundamentar la responsabilidad del partícipe. El prestigioso jurista argentino considera que la punición de la participación no depende de que se afirme la punición del autor principal. En su opinión, se puede hablar del ilícito personal del partícipe o ilícito propio de participar en hecho ajeno. Fundamenta la punición de la participación con el mismo argumento utilizado para penar al autor, que no es otro que la infracción de una norma que reclama especial respeto a un cierto bien jurídico. En consecuencia, si el partícipe también debe ser penado, esto sólo puede hallar sustento en que también él ha infringido una norma; o sea, ha cometido un ilícito¹²⁵.

En vista de todo ello, puede afirmarse que el dogma de la accesoriedad ha experimentado doctrinariamente una evolución, que lo ha conducido a una comprensión menos rígida en su contenido y alcance¹²⁶.

124 HÖPFNER, Wilhelm y LÜDERSSSEN, Klaus, citado por POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, p. 273.

125 SANCINETTI, Marcelo, citado por POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, p. 274.

126 Sobre la evolución y modificación del principio de accesoriedad en la dogmática penal española, ver POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, pp. 275-281.

A nuestro juicio es correcto sostener la posición que entiende a la accesoriedad en forma limitada; esto es, exigir que el hecho principal sea típico y antijurídico. Por ende, se puede concluir que la conducta del partícipe sólo será punible en la medida en que el autor haya iniciado el hecho principal, o sea, que se encuentre en el estadio de la tentativa.

2. LA ACCESORIEDAD EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

Como ya vimos, las consecuencias que trae aparejada el concepto de autor en la teoría de los delitos de infracción de deber alcanza su mayor practicidad en la cuestión de la accesoriedad.

Sintéticamente, la solución consiste en definir la conducta del autor como la infracción y en establecer la accesoriedad con esta infracción de deber, sin tomar en cuenta el dominio del hecho¹²⁷.

ROXIN explica con claridad las consecuencias de los delitos de infracción de deber respecto a la accesoriedad: “De acuerdo con ello la construcción de una participación en un hecho principal no final –quiere decir no doloso- es, sobre la base del concepto de autor del dominio del hecho, rechazable como lo sostiene la teoría dominante. Esta imagen se modifica, cuando, con el punto de vista aquí representado, los delitos de infracción de deber son considerados como un grupo independiente, reconociendo que también en ellos el autor es ciertamente la figura central de un suceso de acción, que como concepto rector tiene por contenido otros criterios, que nada tienen que ver con el dominio del hecho.

Por tanto, la participación en los delitos de infracción de deber no se definirá como “cooperación sin dominio del hecho”, sino como “participación sin lesión del deber especial”. Por tal razón, esta estructura no se ve de modo alguno modificada por el hecho de que el obligado que infringe el deber obre sin dolo. De una u otra manera se ha producido un resultado fuera del ámbito obligacional

127 BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 130.

del deber y, la cuestión del dolo, que es decisiva respecto del dominio del hecho, se revela en este contexto como absolutamente irrelevante”¹²⁸.

Al respecto JAKOBS, recuerda que para él, es preferible el nombre “delitos que pasan por encima de la accesoriedad” que delitos de infracción de deber.

Concluyendo, “que el delito especial (basado en un deber especial) es al mismo tiempo un delito de infracción de deber, de tal manera que el especialmente obligado por el deber, en lo que concierne al ámbito de su deber, siempre es autor”¹²⁹.

En definitiva, cualquiera sea la fundamentación de los delitos de infracción de deber, la realización de la accesoriedad resultará en todo caso modificada. Porque “es indiferente si junto al positivamente obligado, “coopera en el resultado típico un agente –con o sin dominio del hecho- un omitente o fuerzas naturales”¹³⁰.

No obstante lo expresado, el que más ha profundizado en cuanto a las innumerables consecuencias que trae la creación de la teoría de los delitos de infracción de deber en el marco de la teoría de la intervención delictiva ha sido SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ-TRELLES, para el citado autor “el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento, salvo excepciones, como autor; y ello con independencia de si, junto a él, un actuante –con o sin dominio del hecho-, un omitente o las fuerzas de la naturaleza contribuyeron a que se produjere el resultado. El legislador ha tipificado, incluso expresamente, algunos casos de delito de infracción de deber, y en ellos ha hecho valer como autoría la sola infracción de deber”¹³¹.

128 ROXIN, citado por BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, pp. 130-131.

129 JAKOBS, citado por BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, pp. 131-132.

130 BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 132.

131 SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ –TRELLES, 2002, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 285.

Señalando posteriormente el autor que “esta regla rige también para aquellos otros tipos de la Parte Especial que no han sido explícitamente positivados como delitos de infracción de deber, pero que cuando deben ser interpretados a la luz de una institución positiva, son delitos de infracción de deber.... Siempre que una institución positiva resulta lesionada por el obligado especial estamos ante un delito de infracción de deber (autoría), con independencia de la formulación externa del tipo penal y, lo que es más importante, con independencia de si se han llevado a cabo comportamientos organizativos de ayuda”¹³².

Con respecto a los casos de coautoría, el citado autor maneja tres hipótesis: la primera de ellas se refiere a la concurrencia de un obligado especial y un sujeto no obligado: “a) Si coinciden, por un lado, un quebrantamiento de su deber por parte de un obligado especial y por otro lado, el comportamiento del autor de un delito de dominio; por ejemplo, la esposa omite impedir que un tercero mate a su marido, ambos, obligado (la esposa) y no obligado positivamente (el tercero), serán autores independientes –paralelos-. Para el obligado especial se trata de un delito de infracción de deber, para el *extraneus*, de un delito de dominio del hecho. Puesto que al *extraneus* no le incumbe el deber especial, ambos sujetos nunca podrán ser coautores”¹³³.

La segunda modalidad, alude a la participación de dos obligados especiales, al respecto el autor sostiene lo siguiente: “b) En otro orden de cosas, lo cierto es que tampoco es posible una coautoría, incluso entre dos obligados por una institución positiva. En efecto, los dos obligados no lesionan conjuntamente los deberes de la institución positiva –sólo de forma externa- sino cada uno por sí. Puesto que el deber que impone la institución es personalísimo, así también lo será su lesión: siempre individual. Varios funcionarios de prisiones que cooperan en la huida de un preso, unos no cerrando la puerta, otros abriéndola y otros más

132 *idem*

133 *Ídem*.

indicando al preso el mejor camino, no son coautores de un delito de infracción de deber, sino todos, paralelamente, autores”¹³⁴.

Y la tercera hipótesis hace mención a los casos donde dos obligados principales conjuntamente organizan la lesión del bien jurídico, ante esta situación pregona que “podrá hablarse de coautoría, pero precisamente en lo tocante al delito de dominio del hecho que también ellos cometen, y no al de infracción de deber. Si los adres organizan con un tercero el asesinato de su hijo (del de los padres) no existe entre ambos un delito de infracción de deber en coautoría, sino dos delitos de infracción de deber paralelos, y un delito de dominio del hecho en coautoría”¹³⁵.

Respecto a la cuestión de autoría mediata, el multicitado publicista nos señala que “Si un obligado especial (intra-neus) utiliza a un tercero extra-neus para cometer la infracción del deber, responderá como autor inmediato, igual que si hubiese omitido impedir el hecho”¹³⁶ no existiendo materialmente una autoría mediata.

A la misma conclusión arriba en los casos donde el obligado especial no se vale de un instrumento que yerra, sino de un tercero que conoce la situación, pero no puede ser autor porque no posee la cualificación especial, esto es, no pertenece a la institución positiva. En estas hipótesis, el obligado positivo especial es siempre autor directo, con independencia de la responsabilidad del hombre de delante.

Culminando, que también estamos frente a un caso de delitos de infracción de deber en grado de autoría cuando el obligado especial no impide hechos delictivos de un tercero del que él, en virtud de una institución positiva es responsable¹³⁷.

134 *Ídem*, pp. 285-286.

135 *Ídem*. p. 286.

136 *Ídem*.

137 *Ídem*.

En cuanto a la participación del extraneus en delitos cometidos por intraneus, es decir, en delitos de infracción de deber, dicho autor sostiene que es posible dicha situación jurídica, ya que no hay nada que impida que un extraneus utilice como instrumento a un obligado especial.

En referencia a la intervención de terceros extraneus en un delito de infracción de deber lo constituyen los casos de inducción, cooperación necesaria y la complicidad¹³⁸.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión sobre tan espinoso y complejo tema y siguiendo en este punto las agudas reflexiones de BACIGALUPO ZAPATER: “en los últimos decenios se ha comprobado que no todos los tipos penales tienen una estructura que permite explicar las cuestiones de la autoría a través de la teoría del dominio del hecho”¹³⁹.

Es decir, que al momento de realizar la distinción entre autoría y participación se debe distinguir entre *delitos de dominio*, que son aquellos que el legislador ha descrito el comportamiento típico de forma tan precisa como le ha sido posible y en los que el dominio del hecho permite decidir sobre la autoría del agente y *delitos de infracción de deber*, en los cuales el legislador no le da importancia a la naturaleza externa de la conducta del agente, sino que el fundamento en que radica la punición de los mismos reside en que no se cumple las prestaciones ligadas a un rol social determinado.

Como bien ha destacado BACIGALUPO ZAPATER los delitos de infracción de deber se caracterizan por constituir una lesión jurídica diversa del deber genérico atinente a los ciudadanos respecto de toda norma. Se trata, para el referido autor, de un deber extra penal que no abarca a todos los partícipes necesariamente. Estos delitos comprenden a quienes poseen una posición determinada en relación al bien jurídico tutelado, como el caso del funcionario,

138 Ídem, 287-288.

139 BACIGALUPO ZAPATER, E, 2012, *Derecho penal. Parte General*, p. 496.

administradores y garantes en delitos omisivos, cuya conducta contraria al deber que le concierne por su especial vinculación con la norma jurídica¹⁴⁰

En este sentido se puede concluir que delitos de infracción de deber son todos aquellos cuyos autores están obligados institucionalmente a un cuidado del bien.

Ahora bien, la teoría de los delitos de infracción de deber, la cual surgió como complemento imprescindible a los delitos de dominio, resulta absolutamente de utilidad para la explicación dogmática de las reglas que rigen en materia de autoría y participación en varios de los delitos que integran el derecho penal de los negocios o empresarial, por ej. Delito de defraudación tributaria (art. 110 Cód. Tributario Uruguayo), Fraudes concursales (art. 248 ley 18.387), Quiebra fraudulenta (art. 253 Cód. Penal Uruguayo), Ley de responsabilidad penal del empleador (ley 19.196),etc.,

En estas clases de delitos lo que determina su consumación es la lesión de un deber que le incumbe al sujeto, el cual puede configurarse tanto mediante una acción como una omisión.

En síntesis, y como lo hemos sostenido precedentemente, la teoría de los delitos de infracción de deber es de mucha utilidad, ya que su correcta aplicación, deviene imprescindible para resolver la autoría y la participación en aquellos casos provenientes del Derecho penal económico o empresarial, los cuales se caracterizan por la participación de varios sujetos en la comisión del injusto punible. Por lo que dicha tarea de imputación es sumamente problemática, ya que el problema a resolver aquí sigue siendo, pues una vez más, cómo imputar a quienes en el seno de un grupo u organización empresarial decide la realización de uno o varios hechos delictivos sin intervenir posteriormente en su ejecución.

Tengamos en cuenta que la imputación penal está formada por el sinalagma libertad/responsabilidad, lo que llevado al interior de una organización

140 BACIGALUPO ZAPATER, E, 1998, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5°ed., Akal/lure, Madrid, pp. 372-373.

empresarial, el principio sigue siendo el mismo, reflejándose en la noción de autorresponsabilidad personal que no se diluye por estar integrado el sujeto a una actividad colectiva, grupal y compleja.

Sin embargo, está claro que esa propia estructura organizativa determinara ámbitos diferenciados de responsabilidad a los que habrá de atenderse al momento de la imputación.

Por lo que la identificación de autores o cómplices de un delito empresarial se rige por criterios, estándares y principios que otorgan significado a los aportes empíricos de los sujetos en el intercambio de bienes y servicios o en el cumplimiento de funciones lo que determina que la actividad empresarial responde a criterios de normativización, que son el marco de referencia al momento de discernir la imputación de responsabilidad penal¹⁴¹.

Y ese criterio de normativización de la actividad empresarial, nos revela que el primer elemento que caracteriza a los delitos económicos es que van referidos a ámbitos o instituciones reguladas por normas mercantiles, fiscales o económicas administrativas, que condicionan el significado social de la conducta y la lesividad social de la misma se enmarca en el contexto de un determinado orden jurídico institucional, ya sea societario, fiscal, etc¹⁴², lo que genera la existencia de deberes de carácter extra penal, derivados de ese orden jurídico institucionalizado y que son fundamentales al momento de atribuir responsabilidad jurídico penal a partir de la existencia de deberes especiales.

Y para llevar a cabo esa tarea dogmática de atribución de responsabilidad, la teoría de los delitos de infracción de deber determina por sí sola la existencia de la autoría, ya que la infracción de ese deber de carácter extra-penal puede

141 YACOBUCCI, G, 2010, “Modelos de atribución de responsabilidad penal en la empresa” en YACOBUCCI, G, Dir., LAPORTA, M – RAMÍREZ, N, *Derecho penal empresario*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, pp.8/31.

142 Cfr., FEIJOO SÁNCHEZ, B, 2016, *Orden socio económico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, p. 35.

desligarse conceptualmente de la realización de la conducta que produce la lesión del bien jurídico tutelado por el tipo penal, lo que resulta compatible con el concepto formal objetivo de autoría pregonado por el artículo 60 del Código Penal Uruguay, en virtud “que la ejecución de los actos consumativos del delito”, encastra plásticamente con la infracción de deber, que no es otra cosa que la realización por parte del agente de la conducta típica.

Asimismo, queda claro, que solamente el intraneus (obligado especial) puede ser autor en esta clase de delitos, en virtud que exclusivamente tienen una determinada posición de garante respecto a la no afectación del bien jurídico protegido. Por ello, “en los delitos de infracción de deber el criterio determinante de la autoría sea únicamente la infracción del deber extrapenal que incumbe al autor, con total independencia de si tuvo o no el dominio del hecho que puede completar el hecho mediante la acción de otro que materializa la lesión del bien protegido”¹⁴³.

En cambio, los extraneus nunca podrán ser autores, ya que no pesa sobre ello ningún deber de carácter extra-penal, por lo que a lo sumo responderán en calidad de partícipes de conformidad a lo previsto en los artículos 61 y 62 del Código Penal Uruguayo.

Con respecto a la accesoriedad en los delitos de infracción de deber, me inclino por las diáfanas conclusiones de SILVINA BACIGALUPO, cuando afirma, que es esta clase de delitos, se sigue respetando lo que el principio de la accesoriedad impone: la distinción entre autores y partícipes y el carácter accesorio de la punibilidad de estos últimos¹⁴⁴.

En definitiva, en el Derecho penal económico o empresarial, nos encontramos con tipos penales cuya estructura típica no se adecua a los clásicos delitos penales en los que el agente de la conducta debe dirigir la causalidad a la producción de un resultado material, es decir, los delitos de dominio. En cambio,

143 BACIGALUPO, S, 2007, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, p. 121.

144 Ídem, p. 131.

en la mayoría de los tipos penales que integran el Derecho penal económico o de los negocios, los tipos penales requieren frecuentemente que el autor haya infringido un deber (delitos de omisión, delitos especiales, delitos donde no importa la manifestación de la conducta, o sea, da lo mismo que sea mediante una acción u omisión).

Visto esa nueva realidad normativa, estamos absolutamente convencidos, que la teoría de los delitos de infracción de deber es de suma utilidad para resolver los conflictos de autoría y participación en el derecho penal económico o empresarial.

BIBLIOGRAFÍA

ALLER, Germán, “Análisis dogmático y práctico del delito de infracción de deber” en *Revista Cade*, Tomo XXVIII, Año 6, Montevideo, setiembre 2014.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, 2ªed., totalmente renovada y ampliada, 3ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2012.

- *Hacia el nuevo Derecho penal*, Hammurabi, Buenos-Aires, 2006
- *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ºed., Akal/lure, Madrid, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel – BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*, Ramón Areces, Madrid, 2010.

BARRUEZO, Rafael, *Delitos de dominio y de infracción de deber*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

- *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007.
- *Autoría y participación desde una visión normativa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

CAIROLI, Milton, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. II, 3ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003.

CASTRO MARQUINA, Gonzalo, *La necesidad del Derecho penal económico y su legitimación en el Estado social y democrático de derecho*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2016

CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte General*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2008.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte General, Vol. II Teoría del delito (2)*, Dykinson, Madrid, 2009.

DOMÍNGUEZ CORREA, E. Marcelo, “Responsabilidad por delitos divergentes del concierto” en *La Justicia Uruguaya*, t. 137, Montevideo, 2008, pp. D. 191- 200.

DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed., ampliada y corregida, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Orden socio económico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2016.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Cuestiones actuales de derecho penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2014.

- *La teoría de las normas en el derecho penal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010.

FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división de trabajo”, en MIR PUIG, Santiago Y LUZON PEÑA, Diego (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996.

FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 4ª ed., alemana de Marcelo A. Sancinetti. Revisión de la traducción de María de las Mercedes Galli, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2007.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, Edisofer – B de F, Madrid – Montevideo – Buenos Aires, 2006.

- “Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código penal español” en AA.VV, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- “Réplica” en AA.VV, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Cuestiones fundamentales del Derecho penal económico. Parte General y Especial*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2014.

GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M., *Delitos de infracción de un deber. Su capacidad de rendimiento a la luz del derecho penal económico*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, trads. J. Cuello Contreras y J.L Serrano Gonzalez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

LANGON, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. III, Ediciones “Del Foro”, Montevideo, 2001.

LÓPEZ, Hernán M., “La autoría como dominio y la autoría como infracción de deber: perspectivas” en RUSCONI, Maximiliano- LÓPEZ, Hernán – KIERSZENBAUM, Mariano, *Autoría, infracción de deber y delito de lesa humanidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011.

MARÍN DE ESPINOSA, Elena, *Responsabilidad penal en estructuras jerárquicas organizadas .empresas-*, en Modulo Responsabilidad penal en estructuras jerárquicas organizadas –empresas-, IAEU, España, p.1.

MARTÍNEZ – BUJAN PERÉZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, trad. S. Politoff, B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2007.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2004.

- *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ªed., revisada y puesta al día, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

OTTO, Harro, *Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho Penal*, trad. José R. Béguelin, 7ª ed., reelaborada, Atelier, Barcelona, 2017.

PENILLA RODRÍGUEZ, Alejandro, *El bien jurídico en el derecho penal económico*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2018.

POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

RESTON, María Inés, *Los delitos de infracción de deber. ¿Es admisible un doble criterio de determinación de autoría?*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

- *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 1ª ed., 2ª reimp., Atelier, Barcelona, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo –RIGGI, Eduardo Javier, “El extraño artículo 65. 3 del Código penal” en AA.VV, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

- *Derecho penal. Parte General*, t. II, trad. de la 1ª ed., alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña (Director), Juan Manuel Paredes, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2014.

- *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., trad., Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2000.

RUEDA MARTÍN, Mª Ángeles, “Réplica” en AA.VV, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

- *Normativismo, bien jurídico y empresa*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- “La evolución de las herramientas para imputar autoría: a su vez una reflexión sobre la debilidad de las fronteras actuales del derecho penal” en RUSCONI, Maximiliano- LÓPEZ, Hernán – KIERSZENBAUM, Mariano, *Autoría, infracción de deber y delito de lesa humanidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011.

SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ –TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

- Delitos de infracción de deber” en AA.VV, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Edisofer – B de F, Madrid - Montevideo – Buenos Aires, 2013.

- *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Edisofer – B de F, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2011.

TIEDEMANN, Klaus 2010, *Manual de derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, trads., Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

- “Modelos de atribución de responsabilidad penal en la empresa” en YACOBUCCI, Guillermo J, Dir., LAPORTA, Mario – RAMÍREZ, Nicolás, *Derecho penal empresario*, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2010.

