

¿Delitos especiales? Reducción del “círculo de autores” en delitos de infracción de un deber de fomento

Sumario

-
El trabajo presenta un modelo de intervención delictiva basado en el sistema de la teoría del delito que distingue entre la competencia por la lesión de un derecho fundamental y la imputación del hecho y del derecho al autor. Entonces, se propone definir, en una primera estructura analítica, qué conductas resultan vinculantes y cuáles aislantes, o, en otras palabras, a quienes debe adscribirse el “hecho total” y a quienes no. Pero este primer nivel analítico es el único que comparten los delitos de infracción de deber general y especial, puesto que, mientras en aquellos la distinción entre autores y partícipes no resulta posible –al menos no en el marco de la teoría del delito–, el especial deber de fomento infringido en estos últimos sí permite diseñar un sistema restrictivo de autoría. Sin embargo, se apunta que, como también la lesión de una institución es un “hecho de todos”, entonces también la participación (accesoria) implica la infracción a una norma de comportamiento, por lo que el primigenio deber de respeto del partícipe también debe transformarse en un deber de tolerancia. Finalmente, se explica por qué el desarrollo de la categoría de los delitos de infracción de un deber especial implica la superación de la clásica teoría del delito especial, y cuál es la relación entre aquellos y los delitos de posición.

Abstract

-
This paper presents a model of crime perpetration based on the system that difference between the competence for the affectation of a constitutional right and the imputation of fact and law to the perpetrator. In this direction, this paper proposes a first analytical level in which should be decided which actions may be considered part of the “total fact” and which ones should not. However, this first analytical level is the only one that share both crime categories: “general crimes” and “duty crimes”. By the first category, it is not possible to difference between perpetrators and other participants on the crime. This differentiation is only possible on duty crimes. Nevertheless, also on the duty crimes should be considered that the crime is a “fact of everyone” so that it is legitimate to attribute the crime also to the rest of the participants (not perpetrators). Therefore, because they have also infringed the cooperation duty, they may later observe the tolerance duty. Finally, it will be explained why the development of the category of duty crimes involve the replacement of the classical category of the special crime and which is the relationship between it and the crime of position.

1.2020

Recepción
15/02/2019

Aceptación
09/06/2019

Abstract

-
Der Aufsatz schlägt ein Modell der strafrechtlichen Beteiligung vor, das auf ein System der Verbrechenslehre stützt, das zwischen der Zuständigkeit für die Verletzung eines Grundrechtes und der Zurechnung der Tat und des Rechts zum Beteiligten unterscheidet. In diesem Sinne wird es in einem ersten analytischen Niveau die Angemessenheit bzw. Wertneutralität der Handlung berücksichtigt. Dieses erste Niveau ist den allgemeinen als auch den besonderen Pflichtdelikten gemeinsam. Auf einem zweiten analytischen Niveau werden unter den Beteiligten die Täter von den bloßen Teilnehmern unterschieden. Die diesem Niveau eigene Analyse findet nur bei den Ermöglichungspflichtdelikten statt, bei denen dann die Begründung eines restriktiven Täterbegriffs möglich wird. Bei den allgemeinen Pflichtdelikten ist eine solche Differenzierung dagegen unmöglich. Jedoch muss es nicht außer Acht bleiben, dass da bei den Ermöglichungspflichtdelikten die Verletzung einer Institution auch eine „Tat von allen Beteiligten“ voraussetzt, ist die Tat auch den Teilnehmern zuzurechnen. Schließlich wird es vorliegend erklärt, warum die Entwicklung der Kategorie der Ermöglichungspflichtdelikten eine Bewältigung der klassischen Lehre des Sonderdelikts bedeutet und welche die Verbindung zwischen jenen Delikten und dem System der sog. Stellungsdelikte ist.

Title: *Special crimes? The reduction of the “circle of perpetrators” in duty crimes.*

Titel: *Sonderdelikte? Die „Einschränkung des Täterkreises“ bei den (Förderungs-) Pflichtdelikten.*

-
Palabras clave: *Teoría de las competencias, Intervención delictiva, Delitos de infracción de un deber, Delitos especiales, Delitos de posición, Imputación del hecho al partícipe.*

Keywords: *Theory of the competences, Perpetration, Duty crimes, Special crimes, Position crimes, Imputation of the fact to the perpetrators.*

Stichworte: *Zuständigkeitslehre, Täterschaft, Pflichtdelikte, Sonderdelikte, Positionsdelikte, objektive Zurechnung.*

Índice

1. *Competencia e imputación en la teoría de la intervención delictiva*
2. *Los deberes (especiales) de fomento como momento del sistema de competencias*
3. *La autoría en delitos de infracción de un deber especial*
4. *La participación en delitos de infracción de un deber especial*
5. *El delito de posición como falso delito de infracción de un deber especial*
6. *Principio de legalidad, intervención delictiva y deberes de fomento*
7. *¿Delitos especiales? ¿Qué queda?*
8. *Resumen de conclusiones*
9. *Bibliografía*

1. Competencia e imputación en la teoría de la intervención delictiva

El mandato principal del Derecho abstracto, luego retomado en la categoría de la Eticidad, reza “sé persona y respeta a los demás como personas”¹, de lo que se debe inferir que el deber primero del ciudadano, en la vida en comunidad, consiste en procurarse imputabilidad y respetar a los demás. De este modo, al Estado como garante del goce de derechos fundamentales, le compete la fijación de las esferas de libertades de los ciudadanos y sus correspondientes limitaciones, y tarea del Derecho penal resulta el mantenimiento de la vigencia generalizada del Derecho. Para cumplir con este propósito la Teoría general del delito debe sistematizar, enfrentar y resolver dos grandes órdenes de problemas. En primer lugar, debe fijar el alcance –la medida– del deber de cooperación (*Mitwirkungspflicht*) en un determinado supuesto; esto es, debe informar al ciudadano qué debe hacer en cada circunstancia en que esté en juego el respeto al derecho fundamental de un tercero². En segundo lugar, debe establecer los presupuestos –y los límites– mediante los cuales la infracción de un deber de cooperación –previamente delimitado– resulta atribuible³. Así, la ciencia jurídico-penal se dedica desde antaño a la tarea de especificar y sistematizar las distintas tipologías de las llamadas normas de comportamiento y reglas de imputación⁴.

Entonces, el primero de los elementos en estudio es el que da a conocer al ciudadano cómo debe organizar su libertad para no perturbar a sus conciudadanos y, como contracara de la medalla, por qué perturbaciones debe responder y cuáles le son ajenas. Y aquí el criterio clave es la

¹ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821 (ed. 1986), § 36.

² Debe señalarse aquí, aunque no pueda ahondarse en el tema, el simultáneo carácter *interpersonal* y *supraindividual* del delito. En efecto, este muestra un menoscabo –consumado o intentado– a una esfera ajena de libertad y, de este modo, el autor expresa que no está dispuesto a cumplir, según el orden establecido, con los deberes de cooperación que nacen de su estatus de ciudadano. Por lo tanto, el menoscabo a la integridad de la víctima –la lesión a un derecho fundamental de su titularidad– resulta jurídico-penalmente relevante –como delito– solo si se lo considera junto a la infracción de ese deber (supraindividual) de cooperación. Fundamental PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 82 ss.; EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 127.

³ Ya fue expuesto acabadamente que este concepto de delito como infracción de un deber, en tanto presupuesto del correlativo deber de tolerancia –de la pena– se basa en un sistema de libertades y no puede confundirse con modelos de fundamentación autoritaria, como el desarrollado durante el nacionalsocialismo. Confróntese con PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 96 ss. Así, sin embargo, y por todos, HOYER, «Ciencia del Derecho Penal y nacionalsocialismo», *Revista Penal*, (23), 2009, pp. 41 ss.; MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», en Díez RIPOLLÉS (ed.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, p. 78; GÓMEZ MARTÍN, «Los delitos especiales y el art. 65.3 CP», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 116. Que la crítica, según entiendo, carece de profundidad, se advierte con claridad a partir de que el análisis se reduce, mayoritariamente, a la identidad de los conceptos empleados y no a la fundamentación de la totalidad del sistema. La mayor confusión se advierte cuando se menciona que este modelo teórico actual “recuerda”, “hace acordar”, “se vincula”, etc. con aquel modelo totalitario.

⁴ Sobre ello, fundamental, HRUSCHKA, «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, (22), 1991, pp. 449 ss., esp. 450; EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, 2009, pp. 11 ss. y *passim*; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 31 ss. y *passim*; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 23 ss.; EL MISMO, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *REJ*, (12), 2010, pp. 169 ss.

*competencia*⁵. La teoría de las competencias explica, por un lado, la razón o fundamento por el que a un ciudadano se le puede siquiera exigir el respeto a la integridad de los intereses ajenos y, mediatamente, el gobierno de su conducta. Por otro lado, ésta también responde al interrogante sobre la medida en que aquél está obligado a respetar tales intereses. En el sentido expuesto, las normas de conducta poseen en la prospectiva una función de configuración, cuyo contenido reside en presentarle al ciudadano la expectativa de comportamiento que en él deposita el resto de la ciudadanía y mediante la cual se le influye y se le conmina a llevar una vida inocua para terceros⁶. En efecto, el establecimiento de esta norma de conducta, que favorece una organización de la propia libertad inocua para terceros, se corresponde, como se estudiará, con las exigencias del principio de legalidad, que establece que un comportamiento solo puede ser imputado –y sancionado– si estaba dispuesto legalmente⁷.

Sin embargo, las normas de conducta poseen, en retrospectiva, también una función de medición o valoración, y en su marco no obran como prescripciones o proscipciones, sino como momentos de evaluación de una determinada conducta y de la que resulta, deontológicamente, su aprobación (permisión) o desaprobación (prohibición) y, axiológicamente, su sindicación como comportamiento jurídicamente bueno (valioso) o malo (disvalioso)⁸. Las normas de conducta, según esta función, se dirigen primeramente al operador jurídico y más, específicamente, al juez, quien sopesa su cumplimiento o incumplimiento de modo *ex post facto*. La infracción de una norma de comportamiento vuelve a un ciudadano *competente* por la lesión de un derecho fundamental de otro ciudadano, lo que forma parte del hecho. En esta segunda función se habla de aplicación de la ley al hecho (*applicatio legis ad factum*) o, mejor, de la subsunción del hecho a la ley. Entonces, las funciones prescriptiva y retrospectiva (valorativa) de la norma de comportamiento deben entenderse como las dos caras de una misma moneda, de modo que resulta tan inconcebible prescindir de una medición, como presupuesto de la aplicación de una sanción, que explique si una conducta ha sido acorde o no al sistema, como de una tarea –previa– configurativa, que oriente oportunamente al virtual interviniente sobre lo que debe hacer desde el punto de vista del sistema⁹.

⁵ JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2a ed., 1996, p. 29; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 158 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 82 ss.

⁶ Acerca de la expectativa social como contenido material de la norma de comportamiento véase JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 1, nm. 4 ss.; EL MISMO, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2ª ed., 1996, pp. 19 ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 184-190; EL MISMO, «Intervención delictiva e imputación objetiva», *ADPCP*, (48), 1995, pp. 924-926; CARO JOHN, *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, 2007, pp. 77 ss.; POLAINO-ORTS, *Funcionalismo normativo*, 2014, pp. 85 ss. esp. 97-98.

⁷ Por todos, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 61.

⁸ HRUSCHKA, «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, (22), 1991, pp. 449 ss.; EL MISMO, *Imputación y derecho penal*, 2009, pp. 13 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 27 ss. Las mencionadas funciones de configuración y de medición de la norma, se corresponden, *prima facie*, con las funciones de determinación y valoración, de larga tradición doctrinal. Sobre ambas, por todos, de SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 15 ss.

⁹ Confróntese con HRUSCHKA, «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, (22), 1991, pp. 449 ss., EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, 2009, pp. 13 ss. Sin embargo, no debe confundirse la función configurativa de la norma con la –inaceptable– función disuasiva de la pena –prevención general negativa–. Como se analizó en otro lugar (FALCONE, «El concepto normativo de conducta jurídico-penal», en SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, pp. 269 ss.) la función de aquella se halla en el restablecimiento de la vigencia lesionada del Derecho y el *fundamento* en el injusto cometido. En cambio, entender que el *deber ser* de la pena se encuentra en la disuasión llevaría a identificar al ciudadano, en particular, con su mera constitución psicofísica y a la ciudadanía, en general, con un “pueblo con afanes asesinos que debe ser intimidado” mediante el ejemplo avisador. Así también, citando a BINDING/LESCH,

Ahora bien, de las normas de conducta deben distinguirse de las reglas de imputación, las que solo poseen una función de retrospectiva. Estas, al igual que las normas de conducta en su función valorativa, se dirigen primeramente al juzgador, que sentencia con posterioridad al hecho. De este modo, las reglas que para la persona imputada son reglas de imputación, son para aquél normas de comportamiento, en su función configurativa, que le comunican si un hecho debe ser o no imputado a un ciudadano, mediatamente y en función de su conducta, y si la realización de otra –conforme a la norma– resultaba exigible¹⁰. Y el incumplimiento de esta nueva norma de comportamiento –dirigida al juzgador– adquiere consecuencias penales a partir del tipo penal de prevaricato, según art. 269 CPArg., que conmina con pena el dictado de “resoluciones contrarias a la ley”¹¹. Así, pues, las normas de comportamiento para el juzgador constituyen normas de sanción –en la forma de normas condicionales– que establecen bajo qué presupuestos una persona es responsable por una determinada conducta. Las normas de sanción, como se sostuvo, no están dirigidas a cualquier ciudadano, sino solo a un cuadro de funcionarios (*Rechtsstab*) y, en términos de derecho público, contienen la habilitación para efectuar la afectación de derechos fundamentales que la pena conlleva¹².

La distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación se basa en que una norma no puede indicar por sí misma bajo qué condiciones el agente resulta obligado por ella. De ser así, debería referirse a ella misma. Por eso, la determinación de las condiciones bajo las cuales el autor queda obligado por la norma pertenece a una instancia analítica diferenciada¹³, de modo que, como se afirma, “la antinormatividad es una categoría objetiva, la contrariedad a deber una categoría personal”¹⁴. En términos de la teoría analítica del lenguaje, en el primer caso se habla en lenguaje prescriptivo y en el segundo en lenguaje adscriptivo¹⁵. Esto se corresponde con la diferenciación, ya expuesta, entre establecimiento de la competencia por la afectación de un derecho fundamental *in abstracto* y la infracción de un deber de cooperación con el mantenimiento de un estado de libertades *in concreto*¹⁶.

Entonces, el juicio de imputación, esto es, la interpretación de un hecho que –mediante la imputación de una conducta– fundamenta la responsabilidad jurídica del autor, es un juicio

«Intervención delictiva e imputación objetiva», *ADPCP*, (48), 1995, p. 918. En resumidas cuentas, que la norma también disuada no puede discutirse, lo que se niega aquí es que esta sea una –o la– función de la pena.

¹⁰ Confróntese con HRUSCHKA, «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie* (22), 1991, p. 450.

¹¹ En este sentido, y si no voy errado, las reglas de imputación frente al delito de prevaricato contribuyen con la conformación de una nueva norma de comportamiento –para otro juzgador–. Y así de modo infinito.

¹² Por todos, HRUSCHKA, «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie* (22), 1991, pp. 450 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 27 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 257 ss.

¹³ Este es un punto central de la distinción y, por lo tanto, un pilar del análisis. Véase, HRUSCHKA, «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, (22), 1991, pp. 450 ss.; KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 57 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 23; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 227; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 281 ss.

¹⁴ VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 42.

¹⁵ Fundamental MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 75 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 27.

¹⁶ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 257 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 125 ss. Similar en los resultados, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 27 ss.

definido por reglas. Las reglas de imputación indican los presupuestos bajo los cuales la imposición de la pena pública es legítima y se encuentran, en el ordenamiento jurídico-penal alemán, en §§ 19 a 21 StGB (capacidad de culpabilidad), §§ 15 a 17 StGB (dolo, imprudencia y error) y § 35 StGB (estado de necesidad exculpante) y, en el ordenamiento jurídico-penal argentino, en arts. 34 inc. 1 alt. 1 CPArg., art. 34 inc. 1 alt. 2 CPArg. y art. 34 inc. 2 en conex. con art. 35 CPArg., respectivamente. Además, los elementos subjetivos de la justificación –y su reverso, el error– también son parte de la teoría de la imputación¹⁷.

Ahora bien, el modelo que se acaba de presentar presupone que el interviniente en el delito es un solo ciudadano pero, en la generalidad de los casos, no es esto lo que ocurre. En efecto, suele ocurrir que son varios quienes resulten competentes por la lesión del derecho fundamental de un tercero. Así las cosas, en el marco del modelo analítico expuesto, resulta obligatoria la distinción entre tres momentos constitutivos en la teoría de la intervención delictiva, dos de los cuales se corresponden con la *fundamentación* de la intervención y el tercero con la decisión sobre la *calificación* de la intervención. Presupuesto de esta distinción tripartita es el abandono del concepto de autor como referencia principal en la construcción de toda la dogmática de la intervención delictiva; el concepto de “autor” es un subconcepto, secundario y analíticamente posterior respecto del más amplio y *fundamental* de “interviniente” en el delito¹⁸.

En un primer momento analítico (*applicatio legis ad factum*) se debe afirmar que el hecho es subsumible en la ley y que los intervinientes resultan competentes por la afectación de un derecho fundamental de un conciudadano. A partir de la función valorativa o de medición de la norma de comportamiento se debe concluir que *el hecho delictivo les pertenece a todos los intervinientes*, todos forman parte de aquél. En este plano no existe (aún) distinción entre autores y partícipes¹⁹. Todos son intervinientes. De este modo, frente al homicidio, según art. 79 CPArg., la ley penal establece la norma de sanción de que “el que matare a otro recibirá una pena de 8 a 25 años de prisión”, que permite inferir que todos los intervinientes resultan competentes por la lesión al derecho fundamental a la vida de la víctima, tanto el que aprieta el gatillo, como el que sujeta a la víctima, como el que le acerca el arma y como el que ideó el plan²⁰.

¹⁷ Por todos, HRUSCHKA, «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 456 ss.; EL MISMO, *Imputación y derecho penal*, 2009, pp. 20 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 299 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 127.

¹⁸ Confróntese con ROBLES PLANAS, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, p. 2. A pesar de volver luego sobre el tema, conviene ya destacar la importancia del pensamiento de este autor en la distinción entre la fundamentación de la intervención delictiva y la calificación de las distintas formas, como un momento analítico secundario. Sin embargo, entiendo que, en el marco de la fundamentación de la intervención, conviene distinguir, a su vez y como se explicará luego, entre la competencia por el hecho y su imputación.

¹⁹ En este sentido, afirma VAN WEEZEL, «Intervención delictiva y garantismo penal», *ZIS*, (8), 2009, p. 440, que “El hecho delictivo –el objeto de la imputación– es una expresión de sentido en el sistema jurídico-penal, y cuando aparecen vinculadas varias personas a ese hecho las reglas de intervención permiten determinar qué personas han expresado tal sentido delictivo en forma mancomunada. El hecho se imputa a quienes con su conducta expresan –en el lenguaje del sistema jurídico– que ese hecho les pertenece, que es por lo tanto obra y realización de su autonomía. Y agrega: “Esto implica que no tiene sentido hablar de intervención sin tener a la vista una determinada realización típica, pero también que la prestación de su aporte por parte del interviniente –cualquiera que sea su entidad– no es el objeto de la imputación, sino un motivo para considerar al que realiza ese aporte como miembro de la ‘mancomunidad’ de los intervinientes”.

²⁰ Si la *imputatio facti* es un presupuesto de la *applicatio legis ad factum* (como afirman HRUSCHKA en «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, (22), 1991, pp. 455 ss.; EL MISMO en *Imputación y*

Entonces, la norma de conducta (única y global) se compone del correspondiente tipo penal y de los distintos elementos que componen lo que modernamente se denomina “teoría de la imputación objetiva” –riesgo permitido, prohibición de regreso e imputación del hecho a la víctima–²¹. Aquí, el deber negativo que deriva de la norma de comportamiento reza “*no intervengas en un homicidio*”. A su vez, en el mismo nivel analítico, la norma en su función valorativa posibilita el cierre del “cerco de las intervenciones” y las diferencias, a estas, del comportamiento inocuo, delimitando la conducta vinculante de la aislante²². De este modo, la intervención delictiva, como expresión mancomunada de sentido, se identifica con la subsunción de un hecho (con pluralidad de intervinientes) a la ley.

Ahora bien, ya en el marco de la *imputatio*, la determinación de a quiénes “pertenece” el hecho –no in abstracto, sino ya in concreto– es propiamente un momento de la imputación. Aquí, a cada interviniente en particular se le imputa una determinada intención (o voluntad), a su vez –a partir de esa intención– una determinada acción y, nuevamente –a partir de esa acción– un determinado hecho²³. Esta determinación implica que el hecho total no le pertenece a un único ciudadano sino a varios, y resulta completamente irrelevante, en el marco de esta adscripción, que el tipo penal se realice, en todo o en parte, de propia mano. *En la intervención delictiva siempre existe un momento de representación*, y esto que KINDHÄUSER²⁴, PUPPE²⁵ y HAAS²⁶ advierten en el marco de la coautoría, es también aplicable a la participación. El coautor representa tanto el aporte del otro coautor –que no realiza él mismo–, como el del partícipe que le asiste o lo incentiva, de modo que resulta idéntico el fundamento de la responsabilidad para el autor como para el partícipe²⁷. Por más mínimo que sea el aporte, si es de contenido vinculante –imputación objetiva– forma parte del proyecto delictivo de los demás intervinientes, de modo que la realización formal del tipo, por el o los hombres de adelante, no se manifiesta como algo

derecho penal, 2009, pp. 20 ss. y en los resultados también LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 214 ss.) o si debe mantenerse la posición inversa, como parece afirmar MAÑALICH (en «¿Presupone la *applicatio legis ad factum una imputatio facti?*», *Enfoques penales*, (3), 2018, p. 25) resulta solo relevante con fines didácticos, puesto que, en cualquier caso, del concepto de delito como infracción de un deber de cooperación se infiere que ambas categorías –competencia e imputación– son interdependientes y sistemáticamente intercambiables. En términos coincidentes, afirma PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 127 ss., que no existe una obligatoriedad sistemática de dar prioridad al análisis de la antijuridicidad frente al de la culpabilidad, como entiende la posición mayoritaria, sino que la cuestión del orden de análisis es meramente didáctica e irrelevante para la *teoría del delito*.

²¹ Véase JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 26 ss.; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 46 ss. Confróntese con PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 174 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 85 ss.

²² Fundamental LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 184 ss.

²³ Fundamental RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1903, pp. 81 ss.; actualmente, correcto, KINDHÄUSER, «Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft», en *FS-Hollerbach*, 2001, p. 655. Por ello resulta relevante dejar en claro que, a diferencia de lo que afirma VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 90 ss., no es cierto que varios intervinientes –para el, varios coautores– cometan *una única acción*, sino que cada interviniente comete su propia conducta y en virtud de ella, y en función de la representación –como momento de imputación– se vuelve responsable (en esta instancia) por el hecho todo.

²⁴ KINDHÄUSER, «Handlung- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft», en *FS-Hollerbach*, 2001, p. 655.

²⁵ PUPPE, «Die Architektur der Beteiligungsformen», *GA*, 1993, pp. 521 ss.

²⁶ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, pp. 113 ss.

²⁷ Sobre ello ya FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 88 ss.

puramente arbitrario para el o los hombres de atrás, sino que también es imputable a su conducta (mediatamente)²⁸.

En efecto, en caso de intervención delictiva no puede hablarse válidamente de un “único comienzo de ejecución del hecho” jurídico-penalmente relevante, sino que cada interviniente comienza a realizar su conducta, y a partir de la pérdida del control del propio aporte comienza su tentativa. Esto, como es sabido, impide distinguir conceptualmente entre tentativa de autoría y de participación, lo que, por un lado, es compatible con arts. 42-44 CPArg. y, por otro lado, es consecuencia lógica de la no distinción entre el injusto del autor y del partícipe²⁹. Hay intervención, entonces, siempre que se realice de modo no permitido un tramo del hecho delictivo, sin distinguir, en los delitos de infracción de deber general, entre una participación “principal” y otra “accesoria”. Por consiguiente, la ejecución es común a todos, de modo que no deben vincularse automáticamente los conceptos de autoría y ejecución. También un partícipe puede dar comienzo a la ejecución del delito³⁰.

Las capacidades de conducta de cada interviniente –incluyendo el conocimiento de los elementos del tipo objetivo (dolo)– no pertenecen al hecho, sino a cada interviniente en particular, por lo que no existe tal cosa como un “hecho doloso”. Dolosa o impudente es una conducta y el hecho total puede estar constituido, simultáneamente, por conductas dolosas y culposas. Entonces, la intervención en el delito no depende de la existencia de un pacto de intervención, sino que se da normativamente a partir de una división objetiva (funcional) de trabajo, de modo que resulta del todo desacertada tanto la teoría subjetiva de la autoría como la teoría del dominio del hecho en aquello de exigir la finalidad como momento de la autoría³¹. Lo mismo vale para el error de

²⁸ Confróntese con ROBLES PLANAS, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, p. 2.

²⁹ *In extenso* FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 90 ss. Similar, en los resultados, SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., 2001, pp. 61 ss.

³⁰ Confróntese con ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 5, quien sin embargo, distingue entre tentativa de participación (impune) y de autoría (punible), siempre que opere antes o después del inicio de la ejecución del hecho. Y esto porque el modelo de este autor diferencia entre autoría y participación ya en la teoría de la imputación.

³¹ Por ello, en el modelo de intervención delictiva finalista –regido principalmente por la teoría del dominio del hecho–, tanto para el delito omisivo como para el imprudente debería regir un concepto extensivo de autor, puesto que el único fundamento del concepto restrictivo de autor sería el dominio del hecho y este requeriría una acción final. En este sentido, si bien el argumento más superficial reza que mediante una omisión y una conducta imprudente no se puede dominar “absolutamente nada” (cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed. 2015, pp. 462 ss., p. 773), lo cierto es que la razón de este impedimento tenía su fundamento más profundo en la teoría de las normas concebida por BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, (1), 4ª ed., 1922, pp. 108 ss. Así, sería imposible dominar el hecho sin el ejercicio final de la voluntad, de modo que el control sobre el suceso debía corresponderse con la última intención del agente y la finalidad, tal y como la había concebido BINDING, no podía hallarse en el delito omisivo, puesto que *la finalidad radicaba en la acción* y la omisión no era concebible per se, sino solo como *omisión de una acción*. Más clara era la ausencia de finalidad en la conducta imprudente: la exclusión del dolo se basaba, justamente, en que el autor no incluiría en su intención la realización de los distintivos elementos del delito. Sin embargo, estos posicionamientos han perdido actualidad. Así, la dogmática penal post-finalista no tiene reparos en divorciarse, en este punto, de la estrechez del concepto de finalidad en la teoría de las normas de BINDING, para reconocer la intervención delictiva dolosa en el delito omisivo –ej.: quien por teléfono incita al conductor del automóvil a no detenerse a socorrer a la persona desamparada en el medio del camino, según art. 108 en conex. con art 45 ora. 2 CPArg.–. Algo similar ocurre con la admisión de la intervención delictiva en el delito imprudente, la que no siempre puede subsumirse en casos de autoría mediata –ej.: ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 170 ss.) ofrece el supuesto en que el

derecho y las causales de exculpación. En caso de confirmarse alguno de estos óbices para la imputación –inimputabilidad *stricto sensu*, error, exculpación– nada obsta, claro está, a que prosiga el análisis de la incumbencia del propio autor por su incapacidad al momento de realización de la conducta³².

Finalmente, se sostuvo que luego de la delimitación de la competencia del interviniente y de la imputación del hecho (total) a él –en función de su conducta– existe un tercer momento analítico, en el marco de la teoría de la pena, que discrimina *cuantitativamente* entre aportes principales y secundarios. En este tercer momento de análisis, lo que se pone bajo lupa no es la fundamentación de la responsabilidad, sino la valoración de la clase de intervención, para lo que debe atenderse a la magnitud de la configuración del concreto hecho que haya llevado a cabo el interviniente en cuestión³³. En efecto, los concretos factores relevantes para la medición de la pena del interviniente son complejos –y no pueden ser tratados en profundidad aquí–, pero se afirmará que se trata, en primer lugar, de tener en cuenta el injusto personal de cada interviniente en su relación con el hecho colectivo. Así, art. 41 en conex. con art. 40 CPArg. establece que, a la hora de la determinación de la pena, debe tomarse especialmente en cuenta “la participación que haya tomado en el hecho” el interviniente³⁴. En este sentido, SCHMIDHÄUSER³⁵ identifica dieciséis elementos –objetivos y subjetivos– que deben ser tenidos en cuenta para evaluar el aporte del interviniente. Entre las circunstancias objetivas, el autor menciona la presencia en el lugar del hecho, la proximidad temporal entre la aportación del sujeto y el resultado, la importancia de la contribución para la producción del resultado, la magnitud del dominio del acontecimiento, la intensidad de la preparación del hecho, y la sustituibilidad del interviniente. Entre las circunstancias subjetivas, SCHMIDHÄUSER menciona el interés inmediato o mediato en el hecho, su planificación, la elección de su objeto, la importancia personal en comparación con otros intervinientes, la subordinación libre o no libre de la voluntad propia a la decisión de otro, y el acuerdo sobre la forma de repartir el botín³⁶.

2. Los deberes (especiales) de fomento como momento del sistema de competencias

Como se sostuvo, el ordenamiento jurídico-penal le exige al ciudadano el mantenimiento de un estado de libertades del que se beneficia toda la comunidad. Este toma la forma, en primer lugar, de un deber negativo o de abstención, y genera competencias de respeto a las esferas de libertad

farmacéutico otorga a la esposa un veneno mortal para que suministre a su marido, suponiendo que ella pretende terminar con su vida, lo que no es cierto (complicidad en un delito imprudente, sin conocimiento de la propia autoría)–.

³² HRUSCHKA, «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *ZStW*, (96), 1984, pp. 661 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 67 ss.

³³ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 124 ss.

³⁴ Confróntese con ROBLES PLANAS, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, pp. 6-9.

³⁵ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, cap. 14 n.m. 57 ss. Aportan, también, criterios cuantitativos de distinción, entre otros, LESCH, «Intervención delictiva e imputación objetiva», *ADPCP*, (48), 1995, p. 946 ss.; ROBLES PLANAS, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, pp.5-8.

³⁶ Sobre ello ya FALCONE, «La intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante», *En Letra: Derecho penal*, (6), 2018, pp. 291 ss.

ajenas, de modo que el principio general reza que, luego de la interacción interpersonal, nadie debería pasar a encontrarse en una posición peor que aquella en la que se encontraba con anterioridad. En términos de HEGEL, se debe “dejar al otro tal como está”³⁷, lo que se puede traducir en el imperativo latino de *neminem laedere*, revitalizado en modernas investigaciones como un pilar de la teoría de la imputación³⁸. De este modo, la otra cara de la medalla de la libertad para organizar estaría constituida, por un lado, por la prohibición de afectación directa de terceros y, por otro, por el –equivalente– deber de neutralización de los peligros que conllevan las propias conductas o cosas –responsabilidad por injerencia, resultante de los deberes del tráfico o derivados de la asunción efectiva–³⁹. La infracción del deber de afectación o neutralización se convierte luego, potestativamente, en deber de tolerancia de la imposición de una pena⁴⁰.

Sin embargo, el sistema de deberes de respeto tan solo cubre una parte de los deberes requeridos para el mantenimiento del estado de libertades del que se benefician los ciudadanos. A este debe adherirse una serie de condiciones marco, tanto supraindividuales como infraestructurales, que también resultan indispensables para la vida en comunidad. A las competencias que resultan de la infracción de esos deberes y que, mediatamente, permiten el aseguramiento de estas condiciones, PAWLIK las denomina competencias de fomento (*Ermöglichungszuständigkeiten*), que significan el perfeccionamiento de las posiciones de garante de protección (*Beschützergarantenstellungen*) desarrolladas, en el marco del sistema de imputación finalista, y cuya ineficacia (fundada en la intercambiabilidad) ha sido ya ampliamente demostrada⁴¹. A su vez, este sistema de competencias encuentra su raíz primera en los deberes de garantía formales desarrollados por FEUERBACH y emparentados con la ley y el contrato⁴². La diferencia fundamental entre los deberes (negativos) de abstención y los deberes de salvaguarda de un estatus jurídico preexistente radica en que aquí no solo se trata de no perjudicar o no afectar un determinado bien, sino que al competente el Derecho le exige su ampliación, su mejora⁴³.

Las condiciones supraindividuales o estructurales a las que se hizo referencia se denominan *instituciones* y por ellas se entiende, “en el sentido de las ciencias sociales (...), la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye”⁴⁴. Estas instituciones se vinculan, en primer término, con prestaciones que originariamente le corresponden al Estado –o

³⁷ HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie* 1818-1831, t. 4, 1974, p. 176.

³⁸ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 25 ss.; EL MISMO, *La imputación objetiva en el derecho penal*, 1996, pp. 71 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 178 ss.; ZABEL, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*, 2007, pp. 165 ss.; GONZÁLEZ-RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen*, 2001, pp. 140 ss.; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 29-31, 67 ss.; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 60.

³⁹ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 34 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 162 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 89 ss.

⁴⁰ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 162 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 33 ss., pp. 57 ss.

⁴¹ Fundamental, sobre ello, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 28 n.m. 27.

⁴² FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11 ed., 1832, § 23.

⁴³ Véase por todos, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 28 n.m. 57 ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 83 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 93 ss.

⁴⁴ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 29 n.m. 57, esp. n. 114.

que este debe garantizar– y que pueden haber sido o no delegadas en estructuras de la sociedad civil. En segundo lugar, existe otro grupo de instituciones mediante el cual a determinado ciudadano le compete presentar resistencia al desamparo de otro ciudadano en virtud de un comportamiento previo suyo y, de este modo, contribuir con el restablecimiento de su esfera de libertades. Aunque esto requiera de ulteriores precisiones, puede afirmarse válidamente que, tal como indica una larga tradición filosófica, estas instituciones se corresponden, de modo general, con el Estado y la familia⁴⁵.

En efecto, las instituciones derivadas de la organización estatal pueden clasificarse en dos subgrupos. Por un lado, deben identificarse las condiciones para una vigencia organizada del Derecho, que condicionarían a cada ordenamiento jurídico, y que vienen a ser la garantía organizada de la seguridad exterior e interior, entendidas en sentido amplio y no limitadas únicamente al monopolio estatal del ejercicio de la violencia, sino incluidas también otras funciones comunitarias como la sanidad y la educación⁴⁶. Estas condiciones fijan la organización y el mecanismo de consolidación del Derecho, de modo tal que el portador de aquellas actúa en el marco de una relación de garantía. En estas instituciones resultan especialmente obligados los efectivos de policía, jueces, fiscales, soldados y, en general, todos los funcionarios y empleados públicos⁴⁷. Así, cuando un juez dicta “resoluciones contrarias a la ley”, infringe la norma de comportamiento que se infiere no solo del tipo de prevaricato, según art. 269 CPArg., sino también de art. 18 CN, que establece el derecho fundamental de todo ciudadano a no ser condenado sin atender a la “ley anterior al hecho del proceso”, y de art. 2 Ley 25188, que dispone que el funcionario o empleado público⁴⁸ debe “cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten (...), desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana (...), velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular”⁴⁹.

Pero, como se adelantó, el Estado puede delegar su tarea de imponer una vigencia generalizada del Derecho en organizaciones sustitutivas –entidades privadas–, de modo que garantizada la existencia y formación mínima de la persona en Derecho, esta pueda, luego, ser reconocida como miembro de la ciudadanía –*Civis*–. Por ello, debe considerarse, primordialmente, la protección

⁴⁵ Con especial referencia a HEGEL y SCHOPENHAUER, SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 98. Sobre ello, también, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss. Sobre la evolución de las instituciones en general véase HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977, pp. 360 ss.

⁴⁶ Confróntese con MÜSSIG, «Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht», en *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 165 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss.

⁴⁷ Así, afirma VOGLER en «Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt», *FS-Lange*, 1976, p. 279, que el papel o rol social –independiente del Derecho penal– en el que haya un funcionario, permite generar una situación de confianza que vuelve especialmente grave la trasgresión del Derecho. Y agrega, según entiendo, equivocadamente, que esta diferencia de cualidad, que se funda en la confianza personal de la que solo goza el funcionario y no el tercero, justifica el relajamiento o, respectivamente, la ruptura de la accesoriadad en los delitos de funcionarios. Sobre ello se volverá *ut infra* 4.

⁴⁸ Confróntese con art. 1 Ley 25188.

⁴⁹ En sentido coincidente, DONNA, «El concepto dogmático de funcionario público en el código penal», *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública*, (2), 2004, pp. 15 ss.

organizada frente a los peligros que amenazan la seguridad primaria, como las catástrofes naturales, los accidentes masivos, las pandemias y las afectaciones trascendentales al medio ambiente. En efecto, los ciudadanos vinculados al aseguramiento frente a estos peligros, así como a los salvamentos en caso de acaecimiento de desgracias, se encuentran en una relación institucional de garantía con los intereses tutelados. Aquí, el obligado no es portador de un deber propiamente estatal, sino que este deriva de la actuación en estas organizaciones sustitutivas, como es el caso de los bomberos voluntarios, las instituciones privadas de sanidad –hospitales y clínicas privadas– y los colegios y escuelas privadas, entre otros⁵⁰.

De aquel primer grupo de instituciones que se ocupa de procurar la vigencia organizada del Derecho, que tutela la existencia y la formación de los ciudadanos en el marco de organizaciones estatales y sustitutivas, se diferencian las instituciones que se definen a partir de una relación diferenciada de cuidado, en las que la familia ocupa una posición medular (art. 14 ora. 2 CN). Así, afirma HEGEL: “La familia, como sustancialidad inmediata del Espíritu, es determinada por el Amor a su unidad afectiva; de suerte que su condición es poseer la autoconciencia de la propia individualidad en esa unidad”⁵¹. Las dos instituciones principales que se derivan de la organización familiar son la patria potestad y el matrimonio. La primera se encuentra definida en art. 264 CC como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, *para su protección y formación integral*, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”, y los derechos y deberes derivados del régimen matrimonial están instituidos en art. 159 ss. CC. Finalmente, deben incluirse también en este segundo grupo las relaciones especiales de confianza que tejen los ciudadanos en el tránsito del plano personal al individual y que resultan derivadas de un acuerdo formalizado de voluntades⁵².

Entonces, las relaciones institucionales se clasifican funcionalmente en los dos conjuntos fundamentales siguientes: a) Instituciones relativas a la vigencia organizada del Derecho (sea mediante estructuras estatales o sustitutivas) y b) Instituciones referidas a las relaciones diferenciadas de cuidado (sean familiares o de especial confianza). En efecto, estas instituciones obligan a un determinado ciudadano de un modo especial frente al resto, por ello esta sujeción especial debe tener origen en un acto libre del ciudadano y esta obligación debe, a su vez, ser renunciable mediante mecanismos institucionalizados. Así, por ejemplo, el funcionario público debe aceptar su cargo y prestar juramento y, en una instancia posterior, también puede renunciar a él. También, el padre debe consentir la concepción y tiene la posibilidad de librarse de los deberes derivados de la patria potestad –adopción–. De este modo, el nacimiento y mantenimiento de la relación institucional son actos libres⁵³.

⁵⁰ Entonces, puede suceder que el deber sancionado jurídico-penalmente *reconoce* una relación institucionalmente asegurada –funcionario o empleado público– o que este deber *integre* al sujeto en una institución (a la que originalmente no pertenece) –así, por ejemplo, el testigo en el delito de falso testimonio, como cooperador con la Administración de Justicia. Confróntese con JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, § 25 n.m. 46.

⁵¹ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821 (ed. 1986), § 158.

⁵² Sobre ello ya FALCONE, «El salto del ‘autor detrás del autor’ al Derecho penal empresarial», en FALCONE/POLAINO/ECKSTEIN/CANCHO/SAAD (coords.), *Autores detrás del autor*, LH-Schroeder, 2018, pp. 453 ss. esp. 468-470.

⁵³ Por ello, sostiene PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 97 ss., que la afirmación de que existen deberes jurídicos positivos se muestra relativamente

En la medida en que el deber de fomento de determinada institución no le sea exigible a todos los ciudadanos y que, como reverso de la medalla, solo algunos resulten *competentes* por su lesión, puede afirmarse válidamente –como continuación del esquema planteado *ut supra* 1.– que el institucionalmente obligado se encuentra sujeto por una *norma especial*. En este sentido, ya BINDING sostuvo que las normas pueden ser generales o especiales “según que los deberes que las normas desean fundamentar hayan de ser impuestos a todos los súbditos de la ley o a determinados grupos, tales como los funcionarios, los soldados o los miembros del parlamento del Imperio Alemán”. De este modo, los elementos especiales pertenecerían al –por él denominado– “tipo objetivo”, que definiría la “antinormatividad” de la acción y al que se le añadiría, en el marco del “tipo subjetivo” (culpabilidad), la capacidad de acción y el direccionamiento de la voluntad⁵⁴.

En efecto, afirma BINDING que en los delitos especiales el legislador ha decidido castigar a determinados ciudadanos, pues únicamente estos sujetos pueden infringir la norma de Derecho público, cuya infracción castiga el Derecho penal escrito. En efecto, la diferencia entre los delitos comunes y los delitos especiales residiría en el diferente destinatario de la norma de Derecho público: mientras que en los delitos comunes la norma se dirige a todos, en los delitos especiales la norma se dirige a un círculo limitado de personas⁵⁵. Pero, además, BINDING señaló acertadamente que solo los ciudadanos con el estatus exigido por la norma tendrían la “*capacidad de acción*” requerida para su incumplimiento⁵⁶.

En sentido coincidente, afirmó NAGLER que el ordenamiento jurídico puede optar por imponer deberes jurídicos a todos los ciudadanos, por lo que cualquiera puede incumplirlo o configurar los tipos penales atendiendo a las especiales cualidades de algunos ciudadanos. Si escoge esta segunda alternativa, dirige solo a este grupo de ciudadanos determinadas normas especiales de conducta y, a su vez, altera la capacidad física, intelectual y jurídica requerida para cometer el delito. En efecto, la comisión de un delito especial sería tan poco atribuible a un inimputable como a un *extraneus*⁵⁷. Hasta aquí también es coincidente, modernamente, la posición de MAÑALICH, quien identifica los delitos especiales con el quebrantamiento de una norma especial, definida como aquella cuyo destinatario solo puede ser alguien que exhibe un determinado estatus o cualificación especial. De ahí que solo una persona cualificada –*intraneus*– pueda ser

exenta de problemas allí donde estos se pueden vincular a un acto de voluntad del obligado que fundamenta la competencia, de modo que “quien ha asumido un rol social no puede quejarse cuando se le vinculan a las exigencias que se derivan de dicho rol”.

⁵⁴ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, (1), 4ª ed., 1922, pp. 126 ss.

⁵⁵ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, (1), 4ª ed., 1922, pp. 123 ss. Crit. Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 165 ss.; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 259 ss.

⁵⁶ En efecto, afirma BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*, (1), 4ª ed., 1922, pp. 243 ss.) que “Igual que el señor no encomienda a su servidor sus labores –en la expectativa de que las vaya a cumplir– cuando el servidor duerme, o está bebido o tiene fiebre, igualmente la norma no vincula a aquellos que en el supuesto concreto de su actuación no son capaces de acción”. Así, el injusto denominado por BINDING como “delito”, que consiste en la infracción al deber de obediencia al Derecho, solo puede ser cometido de forma culpable. Entonces, un injusto sin culpabilidad, en el ámbito del Derecho penal, resultaría ilegítimo. Sobre el problema del destinatario de la norma en BINDING véase GOMEZ MARTIN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 391 ss.

⁵⁷ NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, 1903, pp. 7 ss. y *passim*.

autor del delito en cuestión, y una persona no cualificada –*extraneus*– solo pueda venir en consideración como partícipe⁵⁸.

A la comprensión del deber especial de fomento como momento de la teoría de las competencias – que encuentra un origen en la teoría de la norma especial de BINDING – se le opone el sistema de la teoría de las normas de KAUFMANN. Para este autor, las normas de comportamiento de Derecho público siempre *se dirigen a todos los ciudadanos* –y no solo, en general, al capaz de acción, como afirmaba BINDING –⁵⁹. Consecuentemente, afirma KAUFMANN que, a pesar de ser muy difundida la opinión según la cual las normas especiales se dirigen a un “determinado círculo de autores”, esto no es correcto, pues nadie debería ser excluido *a priori* como eventual autor del hecho, ya que “el círculo de personas mencionado es cambiante; quien hoy es funcionario no lo será necesariamente mañana”. Entonces, no sería cierto que solo un funcionario, un médico o un soldado, por ejemplo, resultan sujetos por la norma, a pesar de que exclusivamente ellos pueden realizar el acto concreto prohibido o exigido por ella. En su opinión, “queda claro que también las normas especiales se dirigen a todos”⁶⁰.

En este sentido, en los delitos especiales KAUFMANN denomina “capaz de acción” (*handlungsfähig*) al sujeto en quien concurren estos presupuestos, de modo que mientras que la norma permanece vigente para todos, únicamente obliga, en concreto, al capaz de acción. Y esta norma concretada en un individuo y en un supuesto de hecho determinado recibiría el nombre de “deber”. Entonces, para KAUFMANN, la norma es abstracta y se dirige a todos, mientras que el deber que de ella se deriva es altamente personal y recae solamente sobre los individuos obligados en el caso concreto. Consecuentemente, los delitos especiales se caracterizarían porque, en ellos, el elemento restrictivo del círculo de autores describe una relación directa entre la acción y su autor⁶¹.

Entonces, para KAUFMANN, el elemento especial no se encontraría en la norma (abstracta), sino en el deber jurídico (concreto) como segundo momento analítico y entendido como “la ‘obligación jurídica’ de un hombre, individualmente considerado, en determinado momento, con respecto a determinado hacer u omitir”⁶², de modo que un deber especial estaría constituido “solo por la concreción de una norma especial en un caso particular”⁶³. Así, por ejemplo, la calidad de funcionario no sería un elemento a considerarse *in abstracto*, sino que debería caracterizarse de manera distintiva para cada norma particular vinculada a un funcionario, de modo que las “normas especiales” se hallarían “aisladas” y no sería posible agruparlas bajo un rótulo común como “normas relativas a funcionarios”. Es así que, los elementos de la autoría

⁵⁸ MAÑALICH, «La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales», *Polít. crim.*, (7:14), 2012, pp. 358-359.

⁵⁹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, p. 177. Con meditada profundidad, sobre el pensamiento de este autor, GOMEZ MARTIN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 407 ss.

⁶⁰ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 165 ss. Coincidente, LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 259 ss.

⁶¹ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 167 ss.

⁶² KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, p. 174.

⁶³ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 167 ss., pp. 184 ss.

deberían interpretarse independientemente para cada norma especial, de forma tal que el deber especial de funcionario consistiría, por ejemplo, en no dejarse sobornar⁶⁴.

De lo sostenido puede colegirse, entonces, que los deberes de fomento –también denominados deberes positivos, en la teoría del Estado⁶⁵– obligan a determinados sujetos y, por lo tanto, exclusivamente ellos resultan competentes por la lesión de la institución implicada.

Sin embargo, dos cuestiones deben ser aclaradas de inmediato. En primer lugar, no debe perderse de vista que el institucionalmente obligado no lo está por un deber especial o positivo, sino que, en última instancia, todo deber positivo (de fomento) se erige sobre un deber negativo (de abstención). De este modo, bajo el deber especial de fomento derivado de la institución “patria potestad” se halla *siempre* el deber general de no dañar a otros –*neminem laedere*–. Pero, hasta aquí ambos deberes son considerados aún en abstracto, esto es, con prescindencia de la norma concreta que se infiere, fundamentalmente, del tipo penal. Ahora bien, cuando un padre acuchilla a su hijo infringe, simultáneamente, el deber de fomentar su desarrollo y también el de no lesionar a terceros, pero ya no en abstracto, sino en concreto, frente al mandato inferido de art. 80 inc. 1 CPArg.. Aquí, por ello, SCHOPENHAUER identificó una “doble injusticia”⁶⁶. Entonces, el resultado sería la competencia del padre por la muerte de su hijo por infringir la norma “no mates a tu hijo”, que ya contiene el deber (*concreto, general y negativo*) de no intervenir en un homicidio⁶⁷.

La segunda cuestión que debe resolverse es la competencia del *extraneus* por el acaecimiento de la lesión del deber (positivo) de fomento. Así, afirma BINDING que “indirectamente también los restantes súbditos están obligados por las normas especiales: estos obrarían contra la norma si

⁶⁴ KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, p. 210. Entiendo, en sintonía con el pensamiento, ya expuesto, de BINDING que esta solución de KAUFMANN no puede sostenerse. En efecto, *competencia e imputación* o, en términos clásicos, *injusto y culpabilidad* no son más que dos caras de una misma moneda. El *deber* ya presupone el *poder*, de modo que no puede, en puridad, establecerse una norma de comportamiento para quien no puede cumplirla. Como aquí, HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, 2ª ed., 2009, p. 18; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 217 ss. En sentido coincidente, afirma PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 127 ss. que “no hay lugar para un injusto independiente de la culpabilidad como categoría general del delito”, puesto que un comportamiento tal no tendría el contenido comunicativo para negar la vigencia del Derecho ni dañar la base de la confianza social, resultaría, finalmente, “inidóneo para poner en cuestión la estructura vigente de expectativas”. Entonces, desde la teoría del delito, ese comportamiento no sería “antijurídico aunque no culpable”, sino tan “jurídico-penalmente irrelevante” como un comportamiento atípico o uno justificado; y esto tendría validez tanto en supuestos en los que el autor es incapaz de imputabilidad, como cuando este cae en un error de prohibición inevitable, o cuando le es inexigible el comportamiento esperado. En efecto, la posición de BINDING, seguida por PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 259 ss. no puede más que aceptarse.

⁶⁵ Fundamental, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 1 n.m. 4 ss., § 29 n.m. 58; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 84.

⁶⁶ El hecho de que todo deber especial se erige sobre un deber general (y lo contiene) fue puesto de manifiesto en forma especialmente clarificadora en SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 261 ss. y *passim*. Esto también es destacado por JAKOBS en el prólogo a aquella obra (p. 16).

⁶⁷ Entonces, en este caso, no se trataría, en puridad de dos normas de comportamiento distintas –una general y otra especial– dirigidas al padre, sino solo de una que contiene a la otra. Confróntese con PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 123.

inducen o prestan ayuda respecto de un delito especial”⁶⁸. De este modo, podría afirmarse que el *extraneus* cuya conducta resulte *vinculante* –a partir de la aplicación de las reglas de la imputación objetiva– se le imputará el hecho (todo) en calidad de interviniente por haber infringido “solo” el deber negativo (de validez general) que impone no intervenir en un delito de infracción de deberes especiales (concreto): por ejemplo, “no intervengas en un prevaricato”. Empero, el *intraneus* infringiría la norma de comportamiento “no cometas prevaricato”, que ya está contenida en la norma “no intervengas en un prevaricato”. En este caso, mientras el *intraneus* infringe dos deberes –uno positivo y otro negativo (subyacente)–, el *extraneus* infringe uno –negativo–.

En resumidas cuentas, y de conformidad con lo ya expuesto, de la combinación entre cada tipo penal de la parte especial y los preceptos incluidos en el capítulo “Participación criminal” (art. 45 ss. CPArg.) se infiere, en un primer nivel de análisis, el deber de no intervenir en un determinado delito. Este deber es *general* porque no se impone a un sector determinado de la ciudadanía, sino que obliga a todos los súbditos del Derecho. La norma de comportamiento rezaría, como se sostuvo: “no intervengas en tal delito”. A su vez, este deber es negativo, puesto que no está fundamentado en más institución que en la de no lesionar a otros conciudadanos –*neminem laedere*–. En los delitos de infracción de deber general, la atribución de responsabilidad –en lo atinente a la intervención delictiva–, se agota en este nivel de análisis. Lo que resta es solo, en la determinación judicial de la pena, la ya mencionada distinción entre cantidades de intervención.

Ahora bien, en los delitos de infracción de deber especial la cuestión es distinta. En el primer nivel de análisis, en el que se estudia la imposición de un deber general y negativo, se confirma, la atribución de responsabilidad frente a todos los intervinientes en el delito. Aquí, también, cada interviniente infringe el mencionado deber de no intervención⁶⁹. Pero a este primer nivel de análisis se le suma un segundo, en el que se establece una relación diferenciada en la *representación* de los aportes. Aquí sí se distingue el aporte principal del secundario –*ergo*, accesorio–, y esto en razón de que en los delitos de infracción de deber especial lo *esencial* –¡aunque no lo único!– consiste en la infracción de un deber de fomento, en los términos ya expuestos. Entonces, quien además de intervenir en el delito infrinja un deber especial de fomento resultará autor de aquél, mientras que quien lesione un deber de no intervención será *partícipe*. En efecto, como se observará seguidamente, la aplicación de un concepto restrictivo de autor se fundamenta, en esta categoría, en una distinción *cuantitativa* de los aportes.

3. La autoría en delitos de infracción de un deber especial

De conformidad con lo expuesto, existen determinados tipos penales que configuran normas de comportamiento basadas en deberes especiales de fomento. Mediante la imposición de tales deberes, el Estado asegura jurídico-penalmente el mantenimiento de la vigencia organizada del Derecho y de las relaciones diferenciadas de cuidado, en los términos expuestos en el apartado anterior. De este modo, y tal como se sostuvo, aquí debe diferenciarse un primer momento analítico (negativo y general) en el que se establece la prohibición de intervenir en un delito –o,

⁶⁸ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, (1), 4ª ed., 1922, pp. 126 ss.

⁶⁹ Como se observará ut infra 4, en los mal llamados delitos de infracción de deber impropios, el contenido de este momento analítico fundamenta tanto la posibilidad de imputar el hecho también al partícipe como el rechazo de la llamada “ruptura del título de imputación”.

expuesto de otro modo, la competencia por el resultado de aquella— de un segundo momento analítico (positivo y especial) en el que se escinde la autoría de la participación. En pocas palabras: ya establecida la intervención delictiva del especialmente obligado, este solo podrá ser autor del delito y en ningún caso partícipe⁷⁰.

En efecto, el primer interrogante que a renglón seguido se halla en las admisibles modalidades de autoría (para el especialmente obligado). Del estudio de la autoría mediata⁷¹ y de su sola fenomenológica relevancia me he ocupado en otro lugar⁷².

Distinto es lo que ocurre con las estructuras de imputación de la autoría directa y de la coautoría. La autoría directa, según entiendo, sufre aquí una redefinición: el especialmente obligado será autor directo del delito, aunque entre su conducta y la producción

⁷⁰ Esta es la consecuencia sistemática más importante que conlleva el establecimiento de esta categoría, desde su nacimiento —ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 352 y ampliamente aceptada en la dogmática actual. Por todos, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 21 n.m. 116; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 85; LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 299; SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 181 ss.; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, 2014, p. 198. Existe, sin embargo, un supuesto lindante con (aunque no un) delito de infracción de deber, en el que (por lo tanto) el intraneus no debe responder como autor sino como partícipe. Piénsese, entonces, en un padre que no evita que su hijo menor de edad le alcance un cuchillo a un homicida. En este caso, efectivamente el padre infringe un deber de fomento, pues en él delega el Estado parte de la formación del menor en sus primeros años de vida, pero el hecho a imputar, en este caso, no supone, al menos de forma inmediata, una lesión a un derecho fundamental del menor, sino al de un tercero. Por lo tanto, ceteris paribus, aquí la conducta del padre “reemplazaría”, en términos de imputación, a la del menor y solo le sería imputable una intervención delictiva en el homicidio, más no su autoría. Como aquí, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención», *CPC*, (38), 1989, pp. 388 ss. esp. 390-391; SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 200 ss.; RODRÍGUEZ MESA, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, 2005, pp. 182 ss.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 54 ss.

⁷¹ La modalidad comisiva de la autoría mediata en los delitos de infracción de deber determinó, en buena medida, el nacimiento de esta categoría como medio para la superación de la histórica problemática del instrumento doloso no calificado. Así, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 253 ss. Sobre ello, PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, pp. 155 ss. En la actualidad, la competencia institucional no es objeto de estudio del apartado dedicado a la intervención delictiva, sino que es un pilar principal de la teoría de la imputación. De este modo, el mantenimiento o el rechazo de esta categoría delictiva exclusivamente a partir de su *utilidad* dogmática en la superación de aquella problemática clásica de la teoría del delito es, según entiendo, solo una *reliquia* de la dogmática penal finalista. Por todos, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2002, p. 776. Sobre ello, ya FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 54 ss. Por lo demás, debe afirmarse que, a pesar de constituir una verdadera autoría directa en delitos de infracción de un deber, en los términos aquí expuestos, la posición mayoritaria continúa resolviendo la imputación al dirigente de hechos constitutivos de macrocriminalidad estatal a partir de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder. En este sentido, y con bastas demostraciones sobre la influencia de esta teoría, AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5ª ed., 2018, pp. 178 ss., 198 ss.

⁷² FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 110 ss. Aquí solo cabe, entonces, recordar que la importancia que la dogmática tradicional le adjudica a esta categoría se vincula con la exclusión de la imputación en los delitos de propia mano, por un lado, y con la determinación del comienzo de la tentativa en los, así llamados, delitos de dominio, por otro lado. Rechazada la existencia de aquella categoría dogmática y adoptada —y, en partes, redefinida— la llamada “posición individual” para el comienzo de la tentativa de intervención, la autoría mediata, como estructura de imputación autónoma —ergo *conceptualmente* diferenciada de la autoría directa—, no puede mantenerse. Sobre ello, fundamental, SÁNCHEZ-VERA, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, pp. 87 ss. esp. 91. Ya, con anterioridad, EL MISMO, «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica ‘trascendencia’», *ADP y C*, (51), 1998, pp. 319 ss.

del resultado típico intervenga otro ciudadano –sea este, o no, capaz de imputación *lato sensu*–. Y esto porque la única forma *verdadera* de autoría –en tanto infracción de un deber mediante ejercicio de pura e inmediata autonomía– es la autoría directa, mientras la coautoría, como ya se expuso⁷³, alterna, en términos formales, un momento de autodeterminación y otro de heterodeterminación –que, en última instancia, es también autodeterminación, pero mediada o representada–⁷⁴.

En lo que se refiere a la coautoría, por su parte, no solo debe aceptarse en los delitos de infracción de deber especial, sino que, más aun, es este su reducto natural⁷⁵. En efecto, solo aquí puede referirse verdaderamente a una *infracción de deber conjunta* basada en vínculos materiales de ciudadanía y no en exigencias formales. A título ejemplificativo: si tres jueces, en un tribunal colegiado, firman una sentencia condenatoria mediante abierta y efectiva oposición entre la ley, los tres resultarían coautores del delito de prevaricato, según art. 269 CPArg.. Aquí, el juzgador debe advertir que las tres conductas mencionadas conforman una expresión mancomunada de sentido, que se materializa en el momento en el que los tres magistrados estampan su firma en la sentencia, pero que se funda en un momento anterior en el que los magistrados prestaron juramento “de desempeñar bien y legalmente el cargo” (art. 17, Reglamento para la justicia nacional), de conformidad con el plexo normativo legislativo y constitucional, y atendiendo, especialmente, a art. 2 Ley 25188 “Ética pública”. Entonces, la infracción mancomunada del deber especial, acaecido con la sentencia prevaricadora –pero fundada en idénticos ejercicios autónomos anteriores–, fundamenta aquí la coautoría⁷⁶.

En efecto, el fundamento principal de la coautoría, en esta categoría delictiva, debe basarse en la distinción entre el *mismo* deber considerado in abstracto, a partir del momento de la asunción, e *in concreto*, en la comisión del hecho. Mediante la concretización del deber –que asegura jurídico-penalmente una norma de comportamiento– el Derecho puede mandar la tutela de determinadas instituciones en varios especialmente obligados de forma conjunta⁷⁷. En el caso

⁷³ FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 96 ss.

⁷⁴ Confróntese con RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 68

⁷⁵ Entiéndase aquí por coautoría únicamente la que puede desarrollarse en el marco de un concepto restrictivo de autor –coautoría stricto sensu–. En los delitos de infracción de deber general, que solo reconocen el nivel analítico de la intervención delictiva mas no el de la distinción cualitativa entre autores y partícipes, esta comprensión de la coautoría resulta de imposible aplicación. Sobre ello, in extenso FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 96 ss. A favor de la coautoría en delitos de infracción de deber ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed., 2015, pp. 355 ss.; PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, pp. 171 ss. En contra, sin embargo, SÁNCHEZ VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 158 ss. CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 202.

⁷⁶ Un ejemplo similar, y con fundamentación parcialmente coincidente, en PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, p. 221.

⁷⁷ Esta posición acerca la coautoría a las “acciones múltiples cumulativas”, como advierte correctamente, SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 204, a la “coautoría aditiva”, planteada originariamente por HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, 1977, p. 70, e incluso a la categoría de los delitos de convergencia, si se comprende que la exigencia de actuación colectiva puede no estar formalmente establecida por el legislador –como en art. 226 CPArg.– sino que puede surgir, también, del contenido material de la norma. Sin embargo, no puede compartirse aquí la posición de SÁNCHEZ VERA (*ibidem*), quien niega la exigencia de múltiple actuación cumulativa como fundamento de la coautoría. En efecto, debe atenderse aquí, según entiendo, a la perspectiva *ex ante*, de modo que el juzgador debe evaluar el alcance de la representación de los aportes al momento de la efectuación de estos y resulta irrelevante que, *ex post*, todos los aportes sean siempre cumulativamente irremplazables para la realización del delito, como advierte SÁNCHEZ VERA. Como

presentado, entonces, el deber (especial) de los conjuces es todavía abstracto al momento del juramento, pero es ya concreto en el dictado de la sentencia. Y en este segundo momento, el deber –concretizado– de tutelar la recta administración de justicia, en tanto institución, no descansa *únicamente* en cada uno de los magistrados –como garantes– a título personal, sino que también reconoce un elemento colectivo. Allí, el Derecho deposita en los miembros del órgano colegiado la confianza de que no condenarán a un inocente. Entonces, in concreto, el deber recae sobre los tres miembros en su conjunto, de modo tal que uno solo de ellos no podría cometer prevaricato por su sola voluntad⁷⁸.

Esta opinión, sin embargo, es rechazada por buena parte de la doctrina⁷⁹. Para SÁNCHEZ VERA, por ejemplo, “no hay lugar para deberes ‘conjuntos’” en el seno de la teoría de los delitos de infracción de deber, puesto que “si bien puede que ciertas instituciones positivas exijan a varias personas a la vez la edificación de un mundo en común para ayuda y fomento de un bien jurídico, sin embargo los deberes que se imponen son, per se, siempre individuales y personalísimos y nunca conjuntos”⁸⁰. Pero esta solución no puede compartirse. Como se expuso, el Derecho penal sí puede exigir, válidamente, la concurrencia de la infracción de distintas normas de comportamiento para la comisión de un delito, de modo tal que, si no hay mancomunidad, el aporte individual solo quedaría en grado de tentativa⁸¹.

En este sentido, también debe aceptarse, por ejemplo, la coautoría de los especialmente obligados en la infracción al deber de prestar asistencia al hijo menor. Esta posibilidad es negada expresamente por ROXIN⁸² pero con un fundamento, según entiendo, puramente formal. En efecto, § 170 b StGB vers. ant. –actual § 170 StGB– dispone que “*Quien se sustraiga del deber legal de prestar alimentos, en tal forma que peligre la necesidad vital del acreedor de alimentos o que estuviese en peligro sin la ayuda de otros, será castigado con pena (...)*”⁸³. El tipo penal está configurado de modo evidentemente individualista, puesto que el legislador ha establecido,

aquí, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 730; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 372 ss.

⁷⁸Hasta aquí coincide ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 391, quien afirma, correctamente, que, en los delitos de infracción de deber, “siempre se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos esté *confiado a varias personas a la vez*” (sin cursiva en el original). Por lo demás, conviene aclarar aquí que los demás intervinientes en el delito de prevaricato serán partícipes. Y aquí deben incluirse todos los demás funcionarios públicos intervinientes en el hecho; ergo cuya conducta no pueda reputarse “neutral”. Entonces, los secretarios, prosecretarios, auxiliares letrados, etc. solo serán partícipes y para la medición de la pena resultará determinante, aquí también, el grado del deber incumplido, que coincide con el *escalafón jerárquico* que el interviniente ocupa. Sobre ello se volverá *ut infra* 4.

⁷⁹ Por todos, LESCH, *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 299. SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 204; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 202.

⁸⁰ SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 204.

⁸¹ El posicionamiento individual en el comienzo de la tentativa no ofrece un argumento en contra de la coautoría en delitos de infracción de deber, como parece entender SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 204. En efecto, la independencia del incumplimiento plural de los respetivos deberes –a nivel de conducta– no significa un óbice para la imputación del hecho total a cada uno, como se explicó *ut supra* 1, en función de la, ya mencionada, *representación*. La posición contraria implicaría identificar el deber, únicamente, con el momento de la conducta (y no, también, con el del resultado), lo que no puede ser de recibo.

⁸² ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 391.

⁸³ Sin cursiva en el original.

expresamente, que “la ayuda de otros” (incluyendo al otro padre) resulta irrelevante para la infracción del propio deber, lo que impide advertir un deber conjunto *in concreto*.

Sin embargo, en el Derecho penal argentino ocurre lo contrario. Así, art. 1 Ley 13.944 “Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar” establece que “Se impondrá prisión (...) *a los padres* que (...) se sustraerán a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido”⁸⁴. De modo coincidente, la patria potestad, institución implicada en este tipo penal, está regulada en arts. 264-310 CCyC, y en art. 264 CCyC establece que “es el conjunto de deberes y derechos que corresponden *a los padres* sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”⁸⁵. De este modo, el mandato jurídico-penalmente asegurado se impone sobre ambos padres del menor, pues si ambos se sustraen de prestar los medios indispensables, cometen el delito en coautoría.

Tampoco parece de recibo la exigencia de un determinado “acuerdo de voluntades” para afirmar la coautoría en esta categoría⁸⁶. En efecto, lo determinante para aplicarla resulta la exigencia de un mandato *in concreto* conjunto y una distribución *funcional* –y no subjetiva– de tareas. En nuestro caso, por ejemplo, resulta irrelevante para la coautoría si los tres jueces firmaron la sentencia prevaricadora habiendo acordado esto previamente, o si cada uno realizó el aporte en pleno desconocimiento de la conducta de los otros dos. Funcionalmente existe aquí coautoría⁸⁷.

La solución adoptada hasta aquí en el ámbito de los llamados “delitos de infracción de deber propios” debe mantenerse también para los llamados “delitos de infracción de deber impropios”⁸⁸, que son aquellos delitos en los que la infracción de un deber de fomento se encuentra tipificada y conminada con una pena superior, comparada a la misma infracción cuando es cometida por un ciudadano que no infringe estos deberes. Entonces, piénsese, en

⁸⁴ Sin cursiva en el original.

⁸⁵ Sin cursiva en el original.

⁸⁶ Así, sin embargo, ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 391), quien afirma que debe estimarse aquí coautoría “siempre que alguien, *de acuerdo con los otros obligados*, mediante cualquier aportación al hecho, incumpliendo las funciones que le están encomendadas” realiza el delito (sin cursiva en el original). Coincidente, PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, p. 221: “hay coautoría cuando los intervinientes, *de común acuerdo*, han lesionado un deber común” (sin cursiva en el original).

⁸⁷ Para la teoría del dominio del hecho, los elementos fundantes de la coautoría son, por un lado, el acuerdo de voluntades –ya referido– y, por otro lado, la intervención en el estadio de ejecución. Sin embargo, este segundo momento tampoco resulta aquí de recibo. En efecto, en los delitos aquí expuestos no existe un estadio de ejecución que, en términos causales, anteceda inmediatamente a la producción del resultado típico, sino que aquel comienza con el aporte del especialmente obligado, sin presentar relevancia su ubicación en la cadena causal. En el sistema de JAKOBS (*System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 85), entonces, la especialidad del deber lleva a modificar la estructura de la imputación, de modo tal que el autor o autores, al dar comienzo con la ejecución del hecho, ubicado *causalmente* aún en el estadio de preparación, infringen no una incumbencia –*Obliegenheit*–, como en los delitos de infracción a un deber general, sino ya un deber. Pero la identificación, en aquellos delitos de la participación fuera del estadio de ejecución con la mera infracción de una incumbencia se funda, en última instancia, en entender al colectivo típico como un único sujeto de imputación, lo que no puede ser de recibo. Entonces, de conformidad con lo expuesto, la intervención delictiva siempre implica la infracción de un deber. Sobre ello ya FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, pp. 94-96.

⁸⁸ Como ya se sostuvo, en última instancia, la distinción misma entre delitos de infracción de deber propios e impropios resulta inconducente. Acertadamente, SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 233.

primer lugar, el caso de una madre que le pasa un cuchillo a un tercero para que mate a su hijo. Aquí la intervención del especialmente obligado impone la subsunción del hecho –¡todo!– en un delito de infracción de un deber de fomento –homicidio calificado según art. 80 inc. 1 CPArg.–, de forma que, comprobada la intervención delictiva de ambos intervinientes, debería imputársele el hecho –en un segundo nivel de análisis– a la madre en calidad de autora y al tercero en calidad de partícipe (necesario), a pesar de que la doctrina que sigue los postulados tradicionales de la teoría del dominio del hecho deba adoptar la solución inversa⁸⁹. El fundamento de la solución mantenida radica en que, en primer lugar, cuando se comprueba la intervención delictiva de un especialmente obligado, el hecho se agrava para todos los intervinientes y no solo para él⁹⁰. En segundo lugar, el concepto restrictivo de autor en los delitos de infracción de deberes especiales no impone, como ya se sostuvo, una distinción entre autores y partícipes a partir de la proximidad con la producción del resultado típico, sino que se encuentra determinada por la *calidad* del deber infringido⁹¹.

En efecto, la misma solución cabe, por ejemplo, en el caso de la evasión de pena, según art. 281 CPArg., cuando el tipo penal sea realizado de propia mano, simultáneamente, por un *intraneus* y un *extraneus*. Este tipo penal establece lo siguiente: “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado. Y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo”. Aquí, piénsese ahora que A es un guardia penitenciario y B es un particular, y ambos destruyen candados de celdas para que algunos condenados escapen de la cárcel, realizando, así, el verbo típico “favorecer la evasión de algún detenido o condenado”. En este caso, solo podrá apreciarse la autoría de A y la participación (primaria) de B, al margen del contenido fenomenológico de la intervención en el hecho⁹².

Finalmente, debe advertirse que tanto en los delitos de infracción de un deber de fomento propios como en los impropios, el deber in concreto se encuentra positivado. Sin embargo, esto puede no ser así, dando lugar a una distinción –formal– de la que surgen los delitos de infracción de un deber “no positivados”, entendidos estos como delitos formalmente comunes –sin

⁸⁹ La solución de este caso en el marco de la teoría del dominio del hecho no puedo convencer bajo ningún aspecto. En efecto, si la madre como aquí, le pasara el cuchillo a un tercero ella solo podría ser cómplice del delito común (homicidio según art. 79 CPArg.), en razón de la accesoriedad del hecho del partícipe frente al hecho principal. Sin embargo, si ella, ahora, “solo” permitiera que el tercero le quite el cuchillo para clavárselo al hijo de aquella, ella resultaría autora de homicidio en virtud de su posición de garante derivada de la protección de un determinado bien jurídico. Entonces, según los fundamentos intrasistemáticos, quien hace más (acción) es partícipe y quien hace menos (omisión) es autor, lo que no puede compartirse. Como aquí, y mostrando esta contradicción en la jurisprudencia española y alemana, SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 190.

⁹⁰ Como aquí, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed., 2015, p. 355. Sin embargo, otro sector doctrinario –SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 201; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 200 – califica las conductas de la madre y del tercero como autorías paralelas, de modo que la madre cometería un delito de infracción de deber y el tercero un delito de dominio subyacente. Pero esto no puede mantenerse, y no solo porque, como se sostuvo, con la intervención del especialmente obligado el hecho se agrava para todos, sino porque de mantenerse esa solución debería entonces, consecuentemente, aceptarse la ruptura del título de imputación en la participación (stricto sensu), ya que en definitiva lo que aquí se propone no es más que una ruptura del título de la imputación en el marco de la autoría. Sobre ello *ut infra* 4.

⁹¹ Véase *ut supra* 2.

⁹² Confróntese con ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 355.

reducción formal del círculo de autores en el marco de la tipicidad– que se transforman en delitos de infracción de deber cuando lo comete un ciudadano institucionalmente obligado. En efecto, debe advertirse, *prima facie*, que luego de la sanción de leyes que modifican numerosos marcos penales –en los distintos capítulos de la Parte especial del Código penal– para el caso en el que el delito sea cometido por un funcionario público, en general, y por un miembro de las fuerzas de seguridad, en particular, el ámbito de aplicación de esta subcategoría resulta fuertemente reducido⁹³.

La imposibilidad de arribar aquí a consecuencias distintas de lo afirmado para estos delitos cuando son positivados, radica en que, en todos los casos, los deberes de fomento no aparecen con el tipo penal, sino que, como ya se sostuvo, su origen es anterior y pertenecen a otras ramas del ordenamiento jurídico. Entonces, aquí también, verificada la intervención delictiva de un especialmente obligado –primer nivel de análisis– el hecho total debe considerarse un delito de infracción de un deber de fomento, de modo que únicamente el especialmente obligado podrá ser autor –o coautor–. Por lo demás, de conformidad con lo ya expuesto y con lo sostenido en el apartado siguiente, cualquier otro interviniente no podrá implicarse –aunque realice de propia mano parte de tipo penal– como cómplice –en su caso, primario–.

4. La participación en delitos de infracción de un deber especial

En un apartado anterior⁹⁴ se afirmó que la subsunción del hecho a la ley, como instancia analítica de la teoría del delito, importa un momento de medición o valoración que recae sobre el juzgador. De este modo, los hechos no se subsumen, como se sostuvo, solo en los tipos penales de la Parte especial, sino que también deben tomarse en cuenta los preceptos correspondientes de la Parte general, que no constituyen puras reglas de imputación. Entre ellos, deben tenerse en cuenta los arts. 45 ss. CPArg., de forma tal que el “hecho” a imputar se compone de las conductas de todos aquellos ciudadanos que hubieran infringido la norma “no intervengas en tal delito”⁹⁵.

Luego, en el marco de la imputación del hecho a los intervinientes, en tanto imputación de primer nivel, se atribuye a cada ciudadano una determinada voluntad, en función de ella una determinada conducta y, a partir de ella y mediante la instancia de la representación, se le atribuye a todos los intervinientes un determinado hecho en el que se constata la lesión a un determinado derecho fundamental. Hasta este primer nivel de análisis –intervención delictiva– la distinción entre autores y partícipes resulta, además de innecesario, *sistemáticamente* imposible⁹⁶.

Ahora bien, como ya se sostuvo, puede ocurrir que uno de los intervinientes detente, frente a una precisa institución, un deber especial de fomento, lo que lleva a categorizar el hecho (total) como un delito de infracción de un deber. Si ello ocurre, todo el hecho se modifica, y no solo para aquel interviniente, sino también para el resto, de forma que, en un segundo nivel de análisis, las

⁹³ Confróntese con Leyes 23077, 25816, 26396, entre otras.

⁹⁴ Véase *ut supra* 1.

⁹⁵ Véase *ut supra* III.

⁹⁶ Véase *ut supra* 2.

posibilidades de autoría se *restringirían* únicamente a los especialmente obligados y el resto de los intervinientes no podrían pasar de partícipes⁹⁷.

Sin embargo, buena parte de la dogmática, sobre todo alemana y española⁹⁸, ha polemizado sobre dos pilares de esta fundamentación. Luego de distinguir entre delitos de infracción de deber especial – o, manteniendo la categoría original, entre delitos especiales– propios e impropios, en primer lugar, un sector (minoritario) descrea, lisa y llanamente, que un *extraneus* pueda intervenir – de modo punible– en un delito de infracción de deber especial “propio”. En segundo lugar, se entiende que, en los denominados delitos de infracción de deber impropios no existiría un único hecho total, sino que, a partir de una “ruptura del título de imputación”, el partícipe *extraneus* podría ser punible solamente por el delito común subyacente.

Comiencese, entonces, por el primer problema. En la dogmática jurídico-penal alemana, posiblemente ha sido SCHMIDHÄUSER el principal defensor de la impunidad de la participación del *extraneus* en un delito de infracción de deber propio⁹⁹. Para este autor, el *extraneus* puede lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo penal, y esto con independencia de la exigencia legal del acaecimiento de la acción típica y antijurídica del autor. Entonces, por un lado, en lo relativo al fundamento de la punición, la participación en el delito –tanto especial como común– sería autónoma, no dependiente del fundamento del castigo del hecho principal del autor. En efecto, también aquí debe referirse a un injusto –o, en sus palabras, desvalor– propio de la participación. De esta manera, si ha sido decisión del legislador excluir al *extraneus* del círculo de intervinientes en el delito, debería respetarse en dogmática, pues no sería correcto recurrir a compensaciones derivadas del pensamiento de la accesoriadad.

Por otro lado, SCHMIDHÄUSER entiende que la participación evidencia siempre un injusto menor que el de la autoría, por lo que no sería razonable penar la participación del *extraneus* cuando su autoría resulta impune¹⁰⁰. SCHMIDHÄUSER defendió esta posición tanto antes como después de la incorporación del precepto penal que establece la aminoración de la pena del *extraneus* en casos en que el elemento especial personal fundamenta la punibilidad del autor –§ 50. 2 StGB vers. 1968 y en la actualidad, y desde 1975, en § 28. 1 StGB–¹⁰¹. Finalmente, y luego de operada la modificación legal, en la segunda edición de su tratado, SCHMIDHÄUSER optó por seguir la solución

⁹⁷ Véase *ut supra* 2 y 3.

⁹⁸ Sobre ellas se volverá luego. No puede dejar de sorprender la menguada preocupación que hasta aquí ha despertado esta problemática en la jurisprudencia y doctrina argentinas.

⁹⁹ Acierta GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 24, al ubicar el origen de este problema en el concepto mismo de delito especial –delitos de infracción de un deber especial, en nuestra terminología– que se adopte. Así, sostiene que en caso de afirmarse que en los delitos especiales se produce en realidad una limitación del *círculo de sujetos del delito*, sería obligado asumir como una consecuencia necesaria la imposibilidad de que pueda participar puniblemente en un delito especial un sujeto que no presente los elementos exigidos por el tipo. Distinto es lo que ocurre, empero, cuando la limitación se perfecciona frente a un determinado *círculo de autores*, como entiende GÓMEZ MARTÍN y como se propone también aquí.

¹⁰⁰ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, § 14 n.m. 98. Crit. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 119. Sobre el pensamiento de este autor, con respecto al tema, véase GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 572. Antes que SCHMIDHÄUSER, la impunidad de la conducta del partícipe *extraneus* había sido defendida ya por FINGER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, (1), 1904, p. 364; KOHLER, *Leitfaden des Deutschen Strafrechts*, 1912, p. 34; MAYER, *AT*, 1953 pp. 337 ss.

¹⁰¹ Confróntese con SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª. Ed., 1975, § 14 n.m. 57 ss.

de su discípulo, monografista en la materia, LANGER¹⁰², y sostuvo que el legislador, a partir de la incorporación de § 50.2 StGB en 1968, se había inclinado por la punición del *extraneus* que participa en un delito especial propio. Sin embargo, el autor continuó pensando que habría sido preferible dejar dicho comportamiento sin castigo¹⁰³.

En la dogmática jurídico-penal española esta posición no ha corrido mejor suerte. En este sentido, puede identificarse como principal defensor de esta posición a ROBLES PLANAS, seguido, en partes, por su maestro SILVA SÁNCHEZ. En efecto, para aquel autor debería excluirse la participación en los, por él llamados, “delitos especiales de deber”. De esta categoría, empero, deberían, a su entender, excluirse los llamados delitos especiales o de infracción de deber impropios, puesto que, en su opinión, estos no constituyen delitos distintos de los delitos comunes. Entonces, afirma ROBLES PLANAS, que en los delitos especiales de deber solo el obligado por aquellos deberes (*intraneus*) será el que se halle en una posición típicamente idónea para lesionarlos, de modo que en la medida en que al *extraneus* no le alcanzan aquellos deberes, no podría lesionarlos. En efecto, mientras se trate de auténticos delitos especiales de deber, “no puede construirse la responsabilidad del interviniente que no ostenta la calificación específica (*extraneus*) en virtud de su contribución al hecho típico, pues este presupone la concurrencia de la situación de obligación especial en cada uno de los intervinientes”¹⁰⁴. Y concluye que si el *extraneus* “no puede lesionar el deber propio de la constitución del injusto, no puede admitirse el castigo de su intervención. Lo contrario sería imputarle un injusto ajeno”¹⁰⁵.

En definitiva, el modelo defendido por ROBLES PLANAS es coincidente, en partes, con el aquí expuesto. Y esto porque, para este autor, el *extraneus* que favorece la lesión del deber institucional del *intraneus* no infringe el mismo deber que aquel, sino un deber distinto; el deber general de no perturbar “desde afuera” el buen funcionamiento de las instituciones¹⁰⁶. Sin embargo, y aquí radica la diferencia, personalmente considero que el *intraneus* efectivamente infringe un deber distinto que el *extraneus* (el especial), pero a su vez ambos infringen el deber general de no intervenir en delitos, que surge de la integración de los tipos penales específicos y los postulados de la Parte general¹⁰⁷. Pero para ROBLES PLANAS esto no es suficiente, pues este deber general debería ser expresamente tipificado por el legislador, no siendo admisible su

¹⁰² Véase LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 483 ss.

¹⁰³ Hasta la modificación del Código penal alemán, la posición de SCHMIDHÄUSER logró cierta acogida y, en algunos, casos luego se redefinió como una crítica a la legislación vigente o a un mero posicionamiento de *lege ferenda*. Así, véase LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 480 ss.; WAGNER, *Amstverbrechen*, 1975, p. 389; DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat*, 1994, p. 15. Esta solución, hasta donde alcanzo, no tiene representación en la dogmática jurídico-penal alemana actual.

¹⁰⁴ ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices*, 2007, p. 134.

¹⁰⁵ ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices*, 2007, p. 135 (sin cursiva en el original). Así ya KOHLER, *Leitfaden des Deutschen Strafrechts*, 1912, p. 34.

¹⁰⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 243.

¹⁰⁷ A esta posición parece acercarse PEÑARANDA RAMOS, en «Sobre el alcance del art. 65.3 CP», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 50, cuando afirma que, metafóricamente hablando, § 28 párr. 1 StGB y art. 65 inc. 3 CPE crean “una especie de tipos básicos” (con cursiva en el original) a los que se puede referir plenamente la participación de terceros. Y agrega que las soluciones que en estos preceptos se establecen son, en efecto, en gran medida equivalentes a las que se darían si estos tipos se pudieran redactar de un modo neutral respecto de las condiciones, cualidades o relaciones de los distintos intervinientes y se previera, luego, un marco penal más elevado para quien muestre el elemento personal respectivo. Crit. ROBLES PLANAS/RIGGI, «El extraño artículos 65.3 del Código penal», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 36 ss.

construcción dogmática de mera integración con los preceptos de la Parte general. La mencionada discrepancia, radica en que, a mi entender, una regulación adicional por legislador en este sentido resultaría tan innecesaria como en los delitos comunes. Entonces, el *extraneus* solo perturba “desde afuera” el deber específico –en un segundo nivel de análisis–, mas no el deber general (que sigue en pie)¹⁰⁸.

SILVA SÁNCHEZ acepta la posición de su discípulo solo en parte. Para él, los puros delitos de infracción de deber deben diferenciarse de aquellos que exigen, además, de “algún otro modo *un elemento de dominio u organización*” trascendente a la pura vinculación institucional del sujeto. Entonces, mientras que en aquellos delitos el *extraneus* sí contribuye con el dominio del *intraneus*, también puede referirse válidamente aquí a una accesoriedad –entendida como expresión de organización conjunta–, por lo que la punición del partícipe *extraneus* aquí sería válida pero por un marco típico distinto de aquel por el que se sanciona al *intraneus*¹⁰⁹.

En resumidas cuentas, para SILVA SÁNCHEZ, la problemática de la impunidad del partícipe *extraneus* se reduciría al ámbito de los delitos de infracción de deber que no reconocen elementos de dominio, quedando excluidos los “puros delitos de infracción de deber” y los llamados “delitos de infracción de deber impropios”, en los que la punición del partícipe *extraneus* sería viable. Entonces, frente a aquellos delitos, un solución –menos radical que la de su discípulo mencionado– consistiría en considerar la intervención delictiva del *extraneus* como una infracción a un deber de solidaridad, lo que contempla meramente como una posibilidad¹¹⁰.

Definida, entonces, la posibilidad y la necesidad dogmática de punir la intervención delictiva del partícipe, conviene adentrarnos ahora en el segundo problema planteado. En este sentido, a pesar de que, superados el primer y el segundo nivel de análisis ya mencionados, parecería surgir *ad oculos* que la imputación del hecho al partícipe *extraneus* debe perfeccionarse, en todos los casos, sobre la base del delito de infracción de deber especial en cuestión. Entonces, por lo expuesto, el principio de unidad del título de imputación obliga a castigar al partícipe por el delito cometido por el autor¹¹¹. En los delitos de infracción de deber especial, el delito cometido por el autor es únicamente este delito, por lo que el título de imputación por el que debe responder el partícipe es el tipo del delito de infracción de deber especial¹¹².

¹⁰⁸ Y este deber general de no intervención es, como se expuso, el pilar de la teoría de la imputación, de modo que la autoría debe superarse la idea aun reinante en la teoría del delito, de que esta fue pensada en principio para el autor y que el partícipe resulta un mero alia.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 69. También, EL MISMO, «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal», en CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, pp. 908 ss.

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 69 ss.

¹¹¹ Véase ya von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, (2), 1930 (reimp. 1971), p. 482. En su monografía señera sobre intervención delictiva GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 282 ss. defendió la tesis de que, en el delito especial impropio, el único delito por el que puede hacerse responsable al *extraneus* es el delito especial, ya que este sería, en realidad, el único que existe. El ejemplo propuesto es el del *extraneus* que induce a un *intraneus* a la comisión del antiguo delito de parricidio, según art. 405 CPE vers. 1944. Consecuentemente, el delito común subyacente –en el ejemplo, el homicidio– quedaría desplazado por el delito especial, por lo que no podría producir efecto jurídico alguno.

¹¹² Crit. PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 36 ss.

No obstante, un importante sector doctrinal no lo entiende de ese modo. En efecto, tanto en Alemania¹¹³ como en España¹¹⁴, una extendida posición sostiene que, mientras en el delito de infracción de deber propio corresponde una atenuación –obligatoria o facultativa– de la pena del delito calificado, en el delito de infracción de deber especial impropio el partícipe *extraneus* respondería en razón del marco penal del delito común subyacente. Entonces, la discrepancia se halla en los delitos especiales impropios, en los que, para unos, el partícipe (*extraneus*) debe ser castigado por el delito que cometa el autor (*intraneus*) y, para otros, el partícipe *extraneus* debe responder, en todo caso, por el delito común¹¹⁵. La pregunta es, en otras palabras, si el delito cometido por el autor constituye un delito diferente del delito común paralelo¹¹⁶ –lo que acercaría el delito de infracción de deber especial a la clásica teoría de los *delictum sui generis*¹¹⁷– o bien si se trata de una simple variación –agravante o atenuante– dentro del mismo tipo.

En efecto, como se adelantó, la doctrina mayoritaria le imputa al partícipe, en los “delitos de infracción de deber propios”, el mismo delito que al autor principal, por lo que la fórmula de la accesoriadad se mantiene –aún en el caso de que se aminore la pena–. Pero en los delitos de “infracción de deber impropios”, según esta doctrina, estaríamos ante una ruptura del título de imputación.

Sin embargo, que la misma cualificación especial tenga, en ocasiones, efectos sobre la elección del tipo a imputar –delitos de infracción de deber impropios– y, en otras, efectos sobre la pena a imponer –delitos de infracción de deber propios– resulta inaceptable. Y ello por dos motivos. En primer lugar, si lo fundamental en el delito de infracción de un deber es la afectación de una institución –por caso, la recta administración de justicia– no puede comprenderse porqué debería diferenciarse entre la participación en un prevaricato, según art. 269 CPArg., o en un peculado por sustracción, según art. 261 CPArg., por el único hecho que el legislador, además, haya establecido el tipo penal de hurto según 162 CPArg. –lo que nada tiene que ver con la institución mencionada–. En segundo lugar, la participación en un delito de infracción de deber impropio supone en todos los casos un mayor injusto que la que se efectúa en el delito común subyacente, de modo que la falta de lealtad al Derecho que expresa la determinación a un funcionario a que sustraiga efectos públicos (abusando de su cargo) resulta siempre mayor que

¹¹³ En Alemania esta continúa siendo, sin hesitar, la posición mayoritaria. Véase, por todos, TRONDLE / FISCHER, StGB, 49ª ed., § 28 n.m. 2 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5ª ed., p. 658; ROXIN, *AT*, (2), 2003, § 27 n.m. 238 ss.; LACKNER/KÜHL, *StGB-Kommentar*, 26a ed., 2007, § 28 n.m. 8.

¹¹⁴ En España, la defensa de la ruptura del título de imputación ha perdido terreno, como bien se reconoce en PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, 1990, p. 354; EL MISMO, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 22). En su favor, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 4a ed., 1999, pp. 685 ss.; también PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, 1990, p. 354; EL MISMO, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 36 ss., pp. 46 ss.

¹¹⁵ Confróntese con ROBLES PLANAS, *Garantes y Cómplices*, 2007, p. 117.

¹¹⁶ Así, acertadamente, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, 15/46. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 5ª ed., 2002, pp. 466 ss.; RUEDA MARTÍN, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», *RDPC*, (8), 2001, pp. 159 ss. Para estos autores, entonces, el delito especial impropio no sería subsumible en art. 65 CPE vers. 1995, lo que resulta coincidente con la solución que aquí se mantiene frente al actual art. 48 ora. 2 CPArg.

¹¹⁷ Así expresamente GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 192: “todos los delitos especiales son delitos distintos (*delicta sui generis*)”.

la del particular que determina a otro particular a que sustraiga objetos de otro ciudadano cualquiera¹¹⁸.

Debe advertirse, no obstante, que la interpretación mayoritaria se encuentra favorecida por los preceptos legales de ambos ordenamiento jurídicos¹¹⁹. En efecto, en Alemania se dispone en § 28 párr. 1 StGB que si faltan “elementos especiales personales” en el partícipe que *fundamenten* la punibilidad del autor, ha de reducirse la pena, de conformidad con el § 49 inc. 1., mientras que § 28 párr. 2 StGB establece que si la ley determina que características personales especiales *agraven* la pena, la disminuyan o la excluyan, esto solo rige para los partícipes en quien concurren¹²⁰.

En este sentido, el primer inconveniente consiste en determinar cuáles son esos “elementos especiales personales” que pueden subsumirse, en general, en § 28 StGB. Entonces, se impuso en doctrina la distinción entre elementos especiales referidos al hecho y al autor, redefinida luego como entre elementos objetivos y personales, de modo que solo los primeros serían comunicables a todo interviniente que los conozca, independientemente de su condición de *intraneus* o *extraneus*, pero los segundos serían de carácter altamente personal –ergo, no comunicables–. Frente a esta escisión resulta irrelevante que el elemento pertenezca al injusto o a la culpabilidad¹²¹. En efecto, en la dogmática jurídico-penal alemana la discusión sobre la distinción entre elementos especiales personales del hecho o del autor, suscita especial interés pues está en juego –al menos– la aplicación o la exclusión de la atenuación de la pena del partícipe, en virtud de § 28 párr. I StGB. En este marco, el debate se centra, en buena medida, en la clasificación de los elementos subjetivos distintos del dolo, de modo tal que, a título ejemplificativo, la jurisprudencia ha determinado que se refieren al hecho “la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, o determinado por su nacionalidad” en el delito de genocidio (según § 220 inc. a 1 StGB) y a la “alevosía” en el delito de asesinato (según § 211 StGB), mientras que “la intención de cometer otro delito” en el delito de incendio (según ex § 306 b 2 StGB) y la “codicia” en el delito de asesinato (según § 211 StGB) constituirían meros elementos referidos al autor¹²².

¹¹⁸ Correcto, SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 239 ss.

¹¹⁹ El tratamiento de los elementos especiales personales § 28 StGB se suele aceptar como una “decisión volitiva del legislador que debe ser respetada” Así, por ejemplo, LACKNER/KÜHL, *StGB-Kommentar*, 26a ed., 2007, § 28 n.m. 1.

¹²⁰ Los “elementos especiales personales” de § 28 StGB remiten expresamente a las “características, relaciones y circunstancias” de § 14 StGB, similares a las “relaciones, circunstancias y calidades personales” de art. 48 ora. 1 CPArg.. De este modo, la posición mayoritaria entiende por *relaciones* los vínculos a otras personas o cosas, como la cualidad de un funcionario titular de un cargo y otras “posiciones de deberes fundamentadoras de la autoría”, por *cualidades* características o situaciones vinculadas indisolublemente al autor, como por ejemplo su sexo, y por *circunstancias* elementos no subsumibles en los otros dos conceptos, como la profesionalidad o la habitualidad. Así, por todos y con referencias a sentencias del BGH, ROXIN, *AT*, (2), § 27 n.m. 23. Véase también SCHWEDTFEGER, *Besondere Persönliche Unrechtsmerkmale*, 1992, *passim*.

¹²¹ ROXIN, *LK*, 11 ed., 1993, § 28 n.m. 19; CRAMER/HEINE, *Sch/Sch*, § 28 n.m. 2 ss.

¹²² Por lo demás, se consideran elementos especiales personales de la Parte Especial el “hombre” de § 183 StGB, el “funcionario público” de § 344 StGB, el “extranjero” de § 296 a StGB, el “viajero” de § 297 StGB, el “prestamista” de § 290 StGB y el “depositario” de § 246 StGB y, como elementos especiales personales de la Parte General, la minoría de edad penal, las alteraciones psíquicas, la condición de parlamentario y la reincidencia. Sobre ello, con más bibliografía, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 285.

En España, luego de la Ley Orgánica 15/2003, se establece, de modo semejante, en art. 65.3 CPE, que cuando en el partícipe no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor¹²³, los jueces podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate, mientras que en art. 63 inc. 1 CPE se afirma que las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquéllos en quienes concurren.

De esta manera, y en razón de lo expuesto, el delito de infracción de deber propio –en tanto reconoce un elemento especial personal fundante de la punibilidad– se subsumiría en § 28 párr. 1 StGB y en art. 65.3 CPE, respectivamente, mientras que el delito de infracción de deber impropio sería subsumible en § 28 párr. 2 StGB y en art. 65.1 CPE, también respectivamente.

Pero, asimismo, en el marco de ambos ordenamiento jurídicos un sector doctrinal adopta la posición que aquí se defiende¹²⁴. En efecto, para JAKOBS¹²⁵, el tratamiento diferenciado en razón de que el elemento personal especial *fundamenta* o solo *agrava* la pena, previsto en § 28 párr. 1 y 2 StGB, respectivamente, carece de sentido en los delitos de infracción de un deber, pues todos los elementos de deber jurídico especial son siempre fundamentadores de la pena. Por ello, para JAKOBS, § 28 párr. 2 StGB no debe ser entendido como un precepto que vincula el título de responsabilidad del partícipe *extraneus* con el delito común subyacente, sino como una simple regla de determinación de la pena, en cuya virtud la pena del partícipe *extraneus* debe ser atenuada por la circunstancia de que se trata de una participación en un delito especial¹²⁶.

En este escenario surge, sin embargo, la dificultad de determinar el ámbito de aplicación de § 28 párr. 2 StGB, puesto que, como se sostuvo, todos los supuestos de participación de un *extraneus* en delitos de infracción de un deber deben subsumirse en § 28 párr. 1 StGB –con independencia de si existe, o no, un delito común subyacente–. Por ello, SÁNCHEZ-VERA entiende que este precepto debe reservarse a los elementos meramente agravantes del tipo, como, por ejemplo, la “profesionalidad” en los delitos de encubrimiento, según § 260 StGB, o en el hurto, según § 243

¹²³ Crit. con respeto a la referencia a la “culpabilidad” en art. 65 inc. 3 CP GÓMEZ MARTÍN, «La “actualización por otro” y la participación de extraneus en delitos especiales», en CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 451; ZUGALDIA ESPINAR, «La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (Análisis del art. 65.3 del Código Penal)», en CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, pp. 970 ss.; PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 49.

¹²⁴ Crit. con respecto al tratamiento dogmático diferenciado que reciben los (mismos) elementos especiales personales, Por todos, KAUFMANN, «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», *ZStW*, (80), 1968, p. 36; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 41 ss.; GRÜNWARD, «Zu den besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB)», en DORNSEIFER (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 555 ss.; HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit und “besondere persönliche Merkmale”*, 1994, p. 86; HOYER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9a. Ed., 2017, 28/1-5; SCH/SCH-CRAMER/HEINE, 28 ed., 2010, § 28 n.m. 28.

¹²⁵ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 23 n.m. 34 ss. Coincidente, SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 236.

¹²⁶ La solución era ya defendida por GIMBERNAT ORDEIG, «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre», *ZStW* 80, 1968, p. 942; CORTÉS ROSA, «Teilnahme am unechten Sonderverbrechen», *ZStW* 90, 1978, pp. 432 ss., pp. 417 ss. También STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 41 ss.; HARDWIG («§ 28 und die Bereinigung des Strafgesetzbuches», *GA*, 1954, p. 77) ya sostenía que, al menos en los delitos de funcionarios, la distinción entre circunstancias fundamentadoras y circunstancias agravantes de la pena carecía de sentido.

párr. 1 inc. 3 StGB, o la “habitualidad” en el delito de caza ilegal, según § 292 párr. 2. inc. 1 StGB¹²⁷. También algunos tipos que incluyen elementos subjetivos distintos del dolo deberían subsumirse aquí, según entiendo.

En Argentina, por su parte, el asunto está regulado de modo semejante al Código penal alemán previo a la inclusión de § 50 inc. 2 StGB (actual § 28 inc. 1 StGB), y al Código penal español previo a la inclusión de art. 65.3 CPE. El art. 48 CPArg. establece –aunque de modo más confuso– al igual que § 28 inc. 2 StGB (§ 50 inc. 1 StGB) y art. 65 inc. 1 CPE, que las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea agravar la penalidad “solo tendrán influencia respecto al autor o cómplice a quienes correspondan” –en caso de que exista conocimiento, lo que resulta evidente¹²⁸. Consecuentemente, si se sigue la solución mayoritaria, el Código penal argentino solo regularía el caso del delito de infracción de deber impropio –y no el propio–. Pero esto no puede ser de recibo. Como ya se sostuvo, en los delitos de infracción de deber especial, el elemento especial no solo define al autor, sino también al injusto total, o mejor, en lo que hace al elemento especial, autor y hecho son inescindibles¹²⁹. Entonces, el deber especial de fomento significa, en todos los supuestos, un elemento fundamentador de la punibilidad del autor, de modo que, según entiendo, sería conveniente no subsumirlos en art. 48 CPArg. ni confundirlo con los elementos estrictamente personales allí incluidos¹³⁰.

La pregunta, en todo caso, consiste en determinar si frente a la conducta del partícipe *extraneus* –en cualquier delito de infracción de deber– corresponde una atenuación –análoga o suprallegal– adicional de la pena y entiendo que ello debe aceptarse. En este sentido, antes de la incorporación de § 50 inc. 2 StGB vers. ant., WELZEL sostuvo que aunque el Código penal alemán no prevea expresamente una regla de determinación de la pena que permita atenuar la responsabilidad del partícipe *extraneus*, ella debía atenuarse mediante la extensión análoga de la atenuación facultativa prevista en el § 49 StGB vers. ant. Y ello porque, en su opinión, la conducta del sujeto no cualificado tiene menor contenido de injusto por no infringir deber especial alguno. Entonces, WELZEL propuso aplicar al inductor, que según § 48 StGB vers. ant. debía ser castigado con la

¹²⁷ SÁNCHEZ VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, p. 205.

¹²⁸ Es escasa la información que puede inferirse aquí a partir de la interpretación histórica, puesto que, en lo relativo a este precepto, la Exposición de motivos del Código penal (en CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN (ed.), *Proyecto de Código penal para la Nación Argentina*, 1917, p. 89) solo se limita a reproducir la letra de la ley.

¹²⁹ Lo advirtió con especial claridad KAUFMANN, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 167 ss.; SCHÜNEMANN, «Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht», *ZSchR*, (97), 1978, p. 143; EL MISMO, «Die Bedeutung der ‘Besondere persönliche Merkmale’ für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung» –parte 1–, *Jura*, 1980, p. 360, por su parte, la distinción entre hecho y autor no resulta –en lo general– de recibo y en los delitos de funcionarios, puntualmente, sostiene que la función define simultáneamente a ambos, de modo que la falsificación documental o la puesta en libertad de presos se fundamentan objetivamente en las posibilidades típicas de la posición del autor.

¹³⁰ A pesar de que, la doctrina mayoritaria alemana entienda, frente a § 28 StGB, que los elementos personales especiales no se corresponden necesariamente con elementos de la culpabilidad, así lo entiende ZAFFARONI en *Tratado de Derecho penal*, (4), 1999, pp. 378 ss., en art. 48 CPArg., al sostener que las calidades personales que no están abarcadas por el art. 48 como agravante o atenuantes, ni en la regla general ni en la excepción particular, son las que forman parte del injusto, como es el carácter de pariente en el parricidio, el de funcionario en la malversación, el de ascendiente en los delitos contra la honestidad, el de casado en el adulterio, sea que funden o agraven el injusto. El autor afirma, además, que la regla misma de art. 48 CPArg. es innecesaria porque la individualidad de las circunstancias personales que hacen a la culpabilidad surgiría ya de la accesoriedad limitada de la participación.

misma pena que el autor, la pena del cooperador¹⁵¹. En sentido coincidente, previa la incorporación de art. 65 inc. 3 CPE, un sector jurisprudencial, impulsado sobre todo por BACIGALUPO, propuso acertadamente, al menos para los denominados delitos especiales propios, además de la unidad del título de imputación, una aminoración de la pena para el partícipe *extraneus*¹⁵². En mi opinión, entonces, la participación del *extraneus* debe siempre atenuarse. Y ello porque, según entiendo, si el Derecho determina una competencia mayor en determinados sujetos, en favor del mantenimiento del estado de libertades, esa competencia cualificada también incluye la necesidad de mantenerse incólume frente a la promoción del injusto por parte de cómplices e instigadores.

Sin embargo, entiendo que una modificación del marco penal en todos los supuestos podría vulnerar el principio de igualdad, de modo que podría pensarse en tomar, como regla, la aplicación al partícipe *extraneus* de la atenuación prevista para el delito tentado –art. 44 CPArg.– salvo en el caso en que esto conlleve una peor respuesta punitiva que aquel que hubiera participado en el delito común subyacente. En este caso, la atenuación deberá efectuarse dentro del marco penal. Piénsese, *verbigracia*, en el delito de favorecimiento a la evasión de detenidos, según art. 281, que impone pena de un mes a cuatro años para el autor –delito común subyacente–, y una pena accesoria de inhabilitación absoluta si el autor fuera funcionario público –delito de infracción de deber–. Aquí, de aplicarse el atenuante de art. 44 CPArg., el partícipe en un delito de infracción de deber –injusto mayor– recibiría una pena menor que quien lo hiciera en el delito común, lo que no podría ser de recibo.

Por lo demás, ROBLES PLANAS/RIGGI critican esta solución, en el Código penal español, en función de un posible desfase penológico. En su opinión, si una madre junto a un tercero matan al hijo de la primera, la escala penal a aplicar al *extraneus* oscilaría entre los seis años y los tres meses de prisión, y los doce años y seis meses de prisión –puesto que la atenuación prevista en el art. 65.3 del CPE debería ser obligatoria–, mientras que la pena a imponer al coautor de un homicidio se sitúa entre los diez y los quince años de prisión. Así, afirman los autores que el tratamiento privilegiado que recibiría el *extraneus* resultaría a todas luces desproporcionado, puesto que por su intervención en un hecho más grave terminaría recibiendo menos pena¹⁵³. Según la solución aquí propuesta, en el mismo caso, la madre sería autora de un delito de infracción de deber especial –pena de prisión perpetua, según art. 80 inc. 1 CPArg.–, el tercero partícipe necesario de un delito de infracción de deber especial –pena de diez a quince años, según art. 80 inc. 1 en conex. con art. 45 ora. 1 alt. 2 CPArg.– y si el tercero hubiera participado en un delito de infracción de deber general –homicidio simple–, la pena habría sido de ocho a veinticinco años de prisión, por lo que, al menos en el ordenamiento jurídico-penal argentino, tal desfase no existe.

5. El delito de posición como falso delito de infracción de un deber especial

Los deberes de fomento que el ordenamiento jurídico deposita en ciertos ciudadanos –como formas calificadas de cooperación, en virtud de un vínculo institucional– no deben confundirse con ciertas condiciones, cualidades o relaciones del interviniente, que solo definen el ámbito

¹⁵¹ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4a ed., 1954, p. 89.

¹⁵² SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 237; Véase también JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 23/29.

¹⁵³ ROBLES PLANAS/RIGGI, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 64 ss.

vital o social en el que el legislador imagina la afectación a un derecho fundamental¹³⁴. Es necesario diferenciar, entonces, entre los delitos en los que la infracción de un deber especial constituye el núcleo principal de la antinormatividad y aquellos en los que la delimitación de un círculo de autores resulta solo formal –o, lisa y llanamente, aparente– y surge de la *posición fáctica* que debe detentar el interviniente para poder realizar la conducta típica¹³⁵, de modo que en un número importante de casos aquélla es un presupuesto de ésta¹³⁶. En efecto, esta posición fáctica puede ser asumida, en el desarrollo hecho punible concreto, fácilmente por un (falso) *extraneus*, por ejemplo creando un defecto de imputación en el falsamente posicionado. En particular, debería admitirse la posibilidad de autoría mediata de un supuesto *extraneus* que instrumentaliza el error del *intraneus*¹³⁷ y, a *fortiori*, la autoría del posicionado mediata por la conducta –plenamente imputable– del supuesto *extraneus*¹³⁸.

En este sentido, por ser la especial posición la característica distintiva en esta categoría, se denominan, justamente, delitos de posición, y su desarrollo dogmático cobra protagonismo, según entiendo, a la luz de la caída de la categoría delictiva de los delitos de propia mano y, en consecuencia, de la probada irrelevancia de los elementos fácticos o naturales en una teoría de la intervención delictiva institucionalmente fundamentada. La dogmática también alude a esta categoría de formas tales como “delitos especiales en sentido amplio”¹³⁹, “delitos especiales de

¹³⁴ Así, afirma JAKOBS (*AT*, 2a. Ed., 1991, § 23 n.m. 24) que se trata de descripciones legales que únicamente describen una situación en la que el comportamiento típico es posible de algún modo o de forma relevante en la práctica.

¹³⁵ Así también, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, 2003, pp. 240 ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 126 ss.; ROBLES PLANAS/RIGGI, «El extraño artículo 65.3 del Código penal», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 70.

¹³⁶ En este sentido, afirma GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 674 ss., que existen delitos en los que la realización de las respectivas conductas típicas “resulta imposible o al menos considerablemente difícil”, sin la concurrencia en el sujeto activo de especiales capacidades físicas, técnicas, económicas, etc. Sostiene VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 136 ss., que si bien todos los delitos de omisión impropia son delitos especiales, resulta dudoso que todos sean subsumibles en la categoría de los delitos de infracción de deber (o delitos especiales en sentido estricto), sino que, en función de la posición de garante involucrada, algunos se corresponderían con la clasificación empleada por JAKOBS de delitos especiales en amplio (aquí, delitos de posición). Ellos serían los delitos de omisión impropia en los que el deber de garante surgiría del aseguramiento de una fuente de peligro.

¹³⁷ Así, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2004, p. 65, quien afirma que en estos delitos debería admitirse la imputación del delito a título de autor a sujetos que, aunque ajenos de entrada a esa posición de dominio social típico, puedan acceder a ella, controlándola. Coincidente ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 132, quien atiende a la *usurpación* de la posición, por desplazamiento y subrogación.

¹³⁸ De esta manera, mediante una fundamentación material, basada en instituciones, de la teoría de la intervención delictiva, se constituyen las categorías de los delitos de posición, por un lado, y de infracción de deber especial, por otro lado, dando fin, ya en la Parte general, al clásico problema dogmático del instrumento doloso no calificado.

¹³⁹ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 23 n.m. 24.

dominio”¹⁴⁰, “delitos especiales de garantes”¹⁴¹, “delitos con funcionalmente objetivos”¹⁴², entre otras¹⁴³.

Fundamental en esta categoría resulta, entonces, que estos elementos no tienen la entidad suficiente para modificar el régimen de intervención delictiva, por lo que la infracción a la norma de comportamiento resultante se define –y sigue el régimen dogmático– de la infracción del deber general que se agota en el primer nivel de análisis y que desconoce las consecuencias del concepto restrictivo de autor. En efecto, constituye doctrina unánime la posición de que los momentos jurídicos de un tipo penal no se comunican plenamente entre los intervinientes en un delito –reducción punitiva dentro o fuera del marco penal, según la opinión aquí defendida; “relajamiento” (§ 28 párr.1 StGB) y “ruptura” (§ 28 párr.2 StGB) del título de imputación, según la ya aludida posición mayoritaria en Alemania–, mientras que hay otro tipo de circunstancias, las meramente fácticas, a las que la doctrina “no presta mayor atención”, porque ellas sí se transmiten de unos intervinientes a otros¹⁴⁴.

En resumidas cuentas, entonces, en estos delitos existe un único nivel de análisis –intervención delictiva–, por lo que la distinción entre autores y partícipes no es posible, tanto en supuestos de autoría mediata como de autor detrás del autor es indiferente el lugar que ocupe el posicionado (y el supuesto *extraneus*), y no hay un aminoramiento de la punición previsto, *ceteris paribus*, para este último.

Los ejemplos propuestos en el ordenamiento jurídico-penal alemán son el amotinamiento de presos (§ 121 StGB), el abandono no autorizado del lugar del accidente (§ 142 StGB), las acciones homosexuales –en tanto se refieren a un “varón” (§ 175 StGB) –, las acciones exhibicionistas (§ 183 StGB), el delito de apropiación indebida (§ 246 StGB), la bancarrota (§ 283 StGB), el alzamiento de bienes mediante frustración de proceso de ejecución forzosa (§ 288 StGB) y la puesta en peligro de naves marítimas (§ 297 StGB)¹⁴⁵.

En el ordenamiento jurídico-penal español, los ejemplos propuestos son el delito publicitario (art. 282 CPE), el delito urbanístico (art. 319 CPE), los delitos de responsabilidad por el producto

¹⁴⁰ Pionero, en esta línea, en la doctrina hispanoparlante, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, 1999, p. 39; siguiéndole, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2004, p. 65.

¹⁴¹ SCHÜNEMANN, *LK*, (2), 12a ed., 2006, § 13 n.m. 12-13.

¹⁴² PUPPE, *NK*, (1), 2a ed., 2005, § 28 n.m. 58.

¹⁴³ En otro lugar, FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, 2017, p. 119, los mencioné como “delitos especiales de infracción de deber general”, una denominación que considero dogmáticamente correcta aunque, por ser excesivamente explicativa, posiblemente resulte didácticamente inconveniente.

¹⁴⁴ Así, expresamente, SÁNCHEZ VERA, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, p. 198. Ya de este modo JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 23 n.m. 24. Así, afirma ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 130, que el delito puede ser cometido “por todo aquel que realice la conducta típica”. Frente al relajamiento de la accesoriadad propuesto en art. 65 inc. 3 CPE; PEÑARANDA, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2015, p. 18, sostiene que resulta evidente que no todos los delitos especiales deberían ser incluidos en el ámbito de aplicación de art. 65.3 CPE, ya que al margen de este precepto han de quedar, en principio, todas las infracciones en que la referencia a una determinada condición, cualidad o relación del autor solo define un ámbito vital o social en el que existe la posibilidad de lesión de un determinado bien jurídico o en el que esta se produce típicamente.

¹⁴⁵ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 23 n.m. 24.

(art. 363 CPE), los delitos de defraudación a la Hacienda y a la Seguridad Social (arts. 305 ss. CPE) y el delito ecológico (arts. 325 ss. CPE)¹⁴⁶. Se agregan, el de defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea (art. 306 CPE)¹⁴⁷ y el delito concursal (art. 260 CPE)¹⁴⁸.

Sobre la base de lo expuesto, y en atención al ordenamiento jurídico-penal argentino, un delito de posición sería el delito de abandono de la persona que el mismo autor incapacitó, según art. 106 párr. 1 alt. 2 CPArg. (supuestos de injerencia, deberes del tráfico y asunción efectiva)¹⁴⁹. Consecuentemente, un insolidario acompañante podría resultar competente por este delito si le hace creer al conductor del vehículo que lo arrollado no es una persona sino un animal silvestre.

Un segundo ejemplo puede constituir la apropiación indebida, según art. 173 inc. 2 CPArg., de modo que el “depósito, comisión, administración u otro título” fundamenta una posición no institucional que no limita el círculo de autores. Entonces, podría pensarse el caso en que una anciana propietaria de un departamento se niegue a restituir el depósito de alquiler, luego de cumplido el contrato de locación, influenciada por su malvada nieta, quien le hace creer que tal dinero nunca fue, en verdad, recibido. Aquí, la imputación del hecho debería perfeccionarse únicamente en perjuicio de la nieta¹⁵⁰.

Un tercer caso se advierte, por ejemplo, en la conducción peligrosa de un vehículo automotor, según art. 193 bis CPArg., en el que un tercero amenace de muerte al conductor para que participe en una prueba ilegal de velocidad. El tercero sería competente por la comisión de este delito –a pesar de no ser él “conductor”, en los términos del tipo penal– en concurso ideal con el de amenazas coactivas, según art. 149 bis párr. 2 CPArg.¹⁵¹.

Un cuarto supuesto sería el prevaricato de abogados y otros profesionales, según art. 271 CPArg., de modo que si el perjuicio para la causa representada resulta de la maquinación de un tercero, este será, *ceteris paribus*, el único interviniente en el delito.

Un último supuesto sería el delito de evasión tributaria, según art. 1 Ley 24769, en el que “el obligado” puede efectuar declaraciones engañosas inducido a error por un tercero que, por ejemplo, había asumido el asesoramiento profesional de aquel. Consecuentemente, si el legislador no prevé una figura culposa, solo este último será competente por el delito¹⁵².

¹⁴⁶ Así, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 674 ss.; también, con respecto a los art. 282 CPE y art. 319 CPE “promotor constructor o técnico director” ya SÁNCHEZ VERA, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, p. 198.

¹⁴⁷ CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad del asesor de cuentas y asesores fiscales*, 2003, pp.180 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 65 ss.

¹⁴⁸ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2006, pp. 124 ss.

¹⁴⁹ Sobre ellos, PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 89 ss. En art. 106 párr. 1 alt. 1 CPArg. en el que el autor tenía el deber de “mantener o cuidar” a la víctima, se consagra el delito de infracción de un deber de fomento.

¹⁵⁰ La misma solución debe aplicarse en la apropiación indebida de tributos y de recursos de la seguridad social, según arts. 6 y 9 Ley 24769 “Ley penal tributaria y previsional”.

¹⁵¹ Sin embargo, BUOMPADRE, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2015, p. 564, califica a mi juicio, equivocadamente, a este como delito de propia mano.

¹⁵² Otros supuestos podrían ser el matrimonio ilegal, según art. 134 CPArg., y la usurpación de títulos, según art. 247 CP, entre otros. Dudoso es, según entiendo, el caso de la violación calificada de correspondencia, según art. 154 CPArg., pues aquí pienso que se consagra un delito de infracción de un deber de fomento,

6. Principio de legalidad, intervención delictiva y deberes de fomento

A una interpretación como la que aquí se efectúa, en favor de una *teoría* de la intervención delictiva, se le puede reprochar una lesión al principio de legalidad, cuyo imperativo se encuentra consagrado en art. 18 CN y art. 1 CPArg. (art. 103 párr. 2 GG y § 1 StGB). En la moderna dogmática, este principio reconoce cuatro subprincipios: prohibición de retroactividad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege previa*), prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), mandato de certeza (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) y prohibición de fundar la pena en la costumbre (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Además, este principio constituye un pilar del Derecho penal liberal, en tanto fue introducido por FEUERBACH¹⁵³ como un logro filosófico y político del iluminismo¹⁵⁴.

En este sentido, mediante el proceso de penalización, el legislador decide qué debe establecerse como delito penal en el ordenamiento jurídico y, en virtud del mandato de certeza, este proceso de definición debe efectuarse mediante la descripción *más exacta posible* de la conducta criminal¹⁵⁵. Entonces, la claridad de las normas penales contribuye con la definición del ámbito de organización autónoma de los ciudadanos y reduce la discrecionalidad del juzgador, de modo que ambas circunstancias constituyen las dos caras de la misma moneda. Sin embargo, este mandato no puede cumplirse cabalmente puesto que al legislador le está impedido fácticamente efectuar una perfecta y precisa descripción de la conducta prohibida, por lo que en cada descripción permanece, siempre, una cierta medida de abstracción¹⁵⁶.

No obstante, y al margen de que un cumplimiento irrestricto de este principio resulta fácticamente imposible, un seguimiento desmedido del mismo, en tanto cláusula orientativa, tampoco parece técnico-legislativamente aconsejable, pues tiende a un excesivo casuismo. Piénsese, entonces, en el ejemplo del restaurante en el que, con la finalidad de permitir a sus comensales una estancia pacífica, se coloca un cartel, en la puerta de entrada, en el que se establece “Se prohíbe la entrada de perros”. Si aquella es, efectivamente, la finalidad de la norma, resultaría deficitaria, pues, por un lado, no impide el ingreso de otros animales igualmente molestos (infrainclusión) ni exime a aquellos que resultan indispensables, como el perro guía de ciego (sobreinclusión)¹⁵⁷. ¿Debería entonces el restaurante publicar en la puerta la lista completa de animales que puedan molestar a los clientes? Piénsese ahora en la fórmula de art. 79 CPArg:

puesto que “el empleado de correos o telégrafos” debe obrar “abusando de su cargo” lo que impide que esta posición sea fácilmente “usurpada”. La institución afectada será, entonces, la correcta distribución pública de correspondencia –deberes genuinamente estatales– en caso de que se trate de una empresa y, por consiguiente, de un empleado público, y la confianza especial –en el caso de que la empresa de correos pertenezca al sector privado–.

¹⁵³ Expuesto por primera vez, y como requisito para la realización de los fines preventivos del Derecho penal, en FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, pp. 60 ss. Sobre ello véase HRUSCHKA, «KANT, FEUERBACH y los fundamentos del derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 91 ss.

¹⁵⁴ Por todos, JAKOB, *S AT*, 2ª. Ed., 1991, 4/1. Atendiendo, puntualmente, a los delitos de infracción de deber PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, pp. 92 ss.

¹⁵⁵ Crit. con respecto a esta fórmula SCHMITZ, *MK*, (1), 2003, § 1 n.m. 41.

¹⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 254.

¹⁵⁷ Sobre la conveniente técnica legislativa y el problema de la sobre y la infrainclusión ya SCHAUER, *Playing by the rules*, 1991, pp. 31-34.

“el que matare a otro”. ¿Infringe un postulado tal el mandato de certeza, de modo tal que el legislador debería incluir, a renglón seguido, una nómina de conductas como “el que apretare el gatillo de un arma de fuego contra el torso de otro” o “el que empujare a otro al vacío desde un balcón”¹⁵⁸?

Ahora bien, del hecho de que el seguimiento irrestricto del mandato de certeza resulte fácticamente imposible y de que un seguimiento desmedido del mismo, como cláusula orientativa, resulte inconveniente, no implica que el mandato de certeza deba vaciarse, sin poder inferir exigencia alguna. Por el contrario, este le impone al legislador, en definitiva, la creación de un “marco regulatorio” que debe ser, luego, precisado por el juzgador en el caso concreto, de modo que una concepción de la subsunción del hecho a la ley no interpretativa sino mecánica, como se defendía en el siglo XVIII, ya no puede ser de recibo¹⁵⁹. En este sentido, el mandato de certeza reconoce un doble destinatario: en primer lugar se dirige al legislador, al que se le impide sancionar leyes indeterminadas y, en segundo lugar, se dirige al juez, al que le prohíbe castigar ante la ausencia de una ley penal suficientemente determinada¹⁶⁰. En este contexto, el posible sentido gramatical de un concepto impone un límite a la interpretación tolerable¹⁶¹.

Entonces, al margen de las salvedades ya expuestas, un sector doctrinal entiende que la instauración de la categoría de delitos de un deber de fomento lesionaría el principio de legalidad, en general, y el mandato de certeza, en particular. En efecto, la crítica se dirige, puntualmente, a la excesiva abstracción de considerar la lesión de una institución como fundamento de la infracción a un deber, con prescindencia de consideraciones relativas a la forma externa de la conducta –intercambiabilidad entre acción y omisión–, por un lado, y a la supuesta conversión en una conducta de autoría la que, *ceteris paribus*, solo sería una conducta de participación, ergo subsumible en las prescripciones extensivas de la tipicidad consagradas, en nuestro ordenamiento jurídico-penal, en arts. 45 y 46 CPArg. En última instancia, la categoría de los delitos de infracción de deber implicaría una ilícita moralización del Derecho penal¹⁶².

¹⁵⁸ La incompatibilidad entre la realidad jurídica y “la pureza de la idea” en este punto es correctamente señalada en JAKOBS, *AT*, 2ª. Ed., 1991, § 4 n.m. 1.

¹⁵⁹ Así también PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, pp. 92 ss. De este modo, según entiende la jurisprudencia alemana (BVerfGE, t. 105, pp. 135 ss.), el mandato de certeza debe comprenderse “meramente” como un *mandato de precisión*, de modo que “la amplitud y el ámbito de aplicación de los tipos penales sean, para los destinatarios de la norma, reconocibles e identificables mediante la interpretación y la concretización”.

¹⁶⁰ KUHLEN, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, 2006, p. 46; últimamente en EL MISMO, «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, p. 156. La prohibición de analogía resultante de este principio, sin embargo, solo se dirige al juez. Así, más próximo, KUHLEN, en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 160 ss.

¹⁶¹ Fundamental, ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3a ed., 1996, pp. 288 ss. Sin embargo, sobre la normatividad del lenguaje y la relación entre el contenido conceptual de un acto y el contexto práctico de su referente véase BRANDON, «Making it explicit», *Philosophical Quarterly*, (46), 1994, pp.238-241. Apoyándose en él para desarrollar una crítica a la comprensión habitual del *tenor literal* de la ley como límite interpretativo véase KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*, 2004, pp. 190 ss, pp. 205 ss. y *passim*.

¹⁶² La ilícita moralización que la inclusión de deberes positivos en Derecho penal traería aparejada es destacada ya por GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, pp. 67 ss. (el capítulo fue elaborado en 1963). De modo coincidente, un sector doctrinal entiende que el mandato implica ría siempre una mayor afectación a la esfera de libertad del ciudadano que la prohibición. Y esto porque, mientras la prohibición solo cerraría una de todas las posibles formas de comportamiento y habilitaría el resto, el mandato

Comiencese por el primer asunto. Si se parte del finalismo clásico, en el delito omisivo no puede concebirse un concepto restrictivo de autor o, al menos, esto no puede realizarse a partir de la teoría del dominio del hecho. En efecto el *fundamento* de la punición del delito de omisión impropia podría resultar de la infracción a un deber de garante derivado de la deficitaria vigilancia de una fuente de peligros o de la falta de protección debida a un determinado bien¹⁶³. Ya este punto de partida presupone dos distinciones categoriales fuertemente establecidas, cuya capacidad de rendimiento ha sido notablemente sobrevalorado en la dogmática clásica. Así, un análisis más profundo revela que no solo ambos deberes de garantía resultan intercambiables, sino ya que la distinción misma entre acción y omisión resulta jurídico-penalmente irrelevante¹⁶⁴.

En efecto, no puede saberse a ciencia cierta si el guardavidas que observa inerte como se ahoga el bañista debe responder por el homicidio en comisión por omisión en razón del deber de garante derivado de la vigilancia de una fuente de peligros o de la protección de un determinado bien. En otras palabras ¿el deber consiste en vigilar que la piscina no signifique un peligro para nadie que por allí se encuentre, o en garantizar a los bañistas el pleno goce de los derechos fundamentales a la vida y a la indemnidad corporal mientras ellos permanezcan en el reducto?¹⁶⁵ Del mismo modo: quien en una fábrica selecciona al personal y lo dirige para trabajar con una compleja y peligrosa máquina ¿debería resultar, en caso de accidente, responsable en virtud de la vigilancia del peligro o de la tutela de los bienes? Como se advierte, en un buen número de casos la capacidad de rendimiento de esta teoría resulta limitada¹⁶⁶.

Sin embargo, según entiendo, resulta más fructífero indagar en el componente institucional del caso. Así: ¿en qué contexto se desarrolla la relación entre el guardavidas y el bañista? ¿Nos referimos a un espacio público o privado? En efecto, si nos referimos a un lugar y a un empleado público, el bañista infringiría el deber estatal de garantizar el inocuo disfrute de los espacios públicos –deber genuinamente estatal–. De lo contrario, debemos atender a la relación especial de confianza existente entre el guardavidas y el bañista, pues en caso de necesitarlo este último,

–contrariamente– solo habilitaría una y cerraría todas las demás. Así, por todos, KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 86; HRUSCHKA, «Rettungspflichten im Notstandssituationen», *JuS*, 1979, pp.385-393. Si bien esta conclusión resulta a todas luces acertada, no puede compartirse, como se explicará a continuación, la definición puramente formal de cuándo el juzgador –y también el ciudadano– deben interpretar la norma como un mandato y cuándo como una prohibición. Así, afirma con acierto SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, (*Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 109) que, formalmente considerados, prohibición y mandato no son distintos tipos de normas, sino diferentes formas de formular la norma.

¹⁶³ Fundamental KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 289 ss.

¹⁶⁴ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 29 n.m. 27-28; EL MISMO, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2ª ed., 1996, passim; PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, 2001, pp. 105 ss.; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, pp. 239 ss.

¹⁶⁵ El ejemplo en JAKOBS, *AT*, 2ª. Ed., 1991, § 29 n.m. 27, quien afirma que relevante resulta únicamente el establecimiento del fin de protección, de modo que el guardavidas solo respondería en atención a determinadas personas –no es garante de los que se bañan fuera del establecimiento– y solo respecto de determinados peligros –no es garante de evitar insolaciones–. Siguiéndole ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a ed., 2015, p. 752.

¹⁶⁶ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 29 n.m. 27.

se espera del guardavidas que cumpla con su rol (salvador). Y este deber derivado de la confianza especial es el que primará en el caso del empleado encargado de la peligrosa máquina¹⁶⁷.

Pero al margen de que la mencionada distinción tenga una capacidad de rendimiento limitada, aquella presupone, como se sostuvo, una nítida diferenciación entre las formas externas de conducta de la acción y la omisión, lo que tampoco puede ser de recibo. El error consiste –según se esmera en demostrar un importante sector doctrinario¹⁶⁸– en considerar que si la norma de comportamiento toma la forma de la prohibición –regla– y del mandato –excepción– no es porque aquella deba infringirse necesariamente mediante una acción y esta mediante una omisión, sino que ambas cuestiones son escindibles¹⁶⁹. En este sentido –y enfrentando el núcleo principal del problema–, no es cierto que solo una acción –y no una omisión– pueda subsumirse en la fórmula “el que matare a otro”, de art. 79 CPArg., mientras que –a la inversa– solo una omisión pueda subsumirse en el delito de abandono de persona, en los términos de art. 106 alt. 2 CPArg.¹⁷⁰. En efecto, si un ciudadano sale a dar una vuelta por un parque con un peligroso perro cometerá el delito de homicidio tanto si azuza al perro de que ataque a un transeúnte –acción– como si observa inmóvil cómo lo ataca quitándole la vida –omisión–¹⁷¹. A su vez, en ambos casos, el dueño del perro cometerá el delito de abandono de persona si se aleja del lugar dejando al peatón malherido (se aplica el agravante de art. 106 párr. 2 CPArg.).

Como un segundo grupo de casos puede pensarse en aquellos tipos penales que describen una conducta indeterminada. Téngase presente, por ejemplo, el caso del funcionario público que “no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”, según art. 248 CPArg.. Entonces, si la ley le impone asistir a un determinado lugar o evento, según entiendo, el delito podría configurarse tanto si no se dirige a ningún lado –omisión– como si se dirige a un lugar distinto del dispuesto –acción–. Lo mismo ocurre en la conducta descrita en art. 227 bis CPArg.: ¿“continúa en sus funciones” el funcionario público que sigue yendo a trabajar todos los días –acción– o el que no presente la correspondiente renuncia –omisión–?¹⁷²

Finalmente, un tercer grupo de casos lo integran los llamados delitos de posesión y de estatus: ¿cuántas acciones –y omisiones– son necesarias para que se configure el delito de portación de armas según art. 189 bis CPArg.? ¿Y para que se consuma el delito de asociación ilícita, según

¹⁶⁷ *In extenso* sobre el deber institucional derivado de la confianza especial PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, 2001, pp. 137 ss.

¹⁶⁸ Por todos, JAKOBS, *AT*, 2ª. Ed., 1991, 29/4; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 170 ss.; SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 1016 ss.; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 239 ss.

¹⁶⁹ Agrega, en este sentido, SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 77 esp. n. 33, que en este punto lo verdaderamente relevante no es la redacción de la norma, sino la expectativa que esta contiene. De este modo, la expectativa de acción puede lesionarse tanto mediante una acción como mediante una omisión. Y lo mismo ocurre con la expectativa de omisión.

¹⁷⁰ Sobre este último caso, véase, FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 250 ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 70. Fundamental, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 190.

¹⁷¹ El ejemplo ya en SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 78; CARO JOHN, «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», *Anuario de Derecho penal* 1, 2003, p. 49.

¹⁷² FALCONE, “*Staatsschutzstrafrecht*” in *Argentinien und Deutschland*, 2015, pp. 240 ss.

art. 210 CPArg.¹⁷³? Entonces, según la posición aquí mantenida, no hay delimitación en el círculo de autores que pueda radicar en criterios fenomenológicos. Por el contrario, la distinción entre las categorías delictivas debe hallarse en el profundo desarrollo filosófico y jurídico de las instituciones implicadas, que coadyuvan con el normal desarrollo del Estado, en tanto comunidad jurídicamente organizada. En efecto, a partir de esta distinción institucional se basa tanto la fundamentación diferenciada del injusto como el desarrollo –también diferenciado– del sistema de la intervención delictiva. Como ya se sostuvo¹⁷⁴, el punto de partida analítico radica en que, siguiendo a HEGEL¹⁷⁵, el delito se basa, en última instancia, en la infracción de una prohibición, que la moderna dogmática sintetiza en la expresión latina de *neminem laedere*. La prohibición de lesionar a otros ciudadanos –o el mandato de dejarlos como estaban antes de la interacción– es, entonces, la primera y más importante de las instituciones¹⁷⁶.

Pero como ya se sostuvo, no fueron pocas las voces que se alzaron contra un desarrollo institucional de la dogmática penal. En efecto, actualmente se afirma que el concepto de institución se asienta en un *grado de abstracción demasiado alto* como para ser compatible con las exigencias del principio de legalidad y que, por ello, no permite trazar claros fundamentos normativos en la equiparación entre acciones y omisiones¹⁷⁷. En esta línea de pensamiento, se afirma que la infracción al principio de legalidad se verificaría porque los deberes sociales que sirven de base a este grupo de delitos *no están descriptos legalmente* y su constatación debe hacerla el juez, en el caso concreto, a su libre arbitrio¹⁷⁸. También se afirma que la institución no constituye la norma de comportamiento, sino que está “por detrás de ella” –*ergo* fuera de ella– y que, a pesar de esto, “reclamaría relevancia jurídico-penal”¹⁷⁹. Coincidentemente, se sostiene que la teoría de los delitos de infracción de deber partiría de una premisa cuestionable que consistiría en que existen ámbitos (institucionales) sociales en los que “el sujeto debe responder de todo lo que suceda solamente por ostentar un determinado estatus”¹⁸⁰.

¹⁷³ Fundamental SCHROEDER «La posesión como hecho punible», en SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, 2016, pp. 125 ss.; ECKSTEIN, «Fundamentos y problemas actuales de los delitos de posesión», en SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, 2016, pp. 65 ss. Por lo demás, la fórmula misma para distinguir entre acciones y omisiones, creada por ENGISCH – «Tun und Unterlassen», en *FS Gallas*, 1973, pp. 171 ss.– y basada en la “aplicación de energía” no resulta libre de objeciones. Sobre ello véase LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 114 ss.

¹⁷⁴ *Ut supra* II.

¹⁷⁵ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821 (ed. 1986), § 38.

¹⁷⁶ Por todos, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 25 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 178 ss.; EL MISMO, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 87 ss.

¹⁷⁷ Confróntese con SCHÜNEMANN, «Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland», en GIMBERNAT *et. al.* (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 60 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fährlässige Beteiligung*, 1997, p. 147.

¹⁷⁸ Confróntese con MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 2001, p. 25; coincidente, BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, p. 440; en el mismo sentido, afirma NOLTENIUS, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft*, 2003, p. 92, que, en los delitos de infracción de deber, “la conducta típica no debe tenerse en cuenta”.

¹⁷⁹ MAÑALICH, «La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales», *Polít. crim.*, (7:14), 2012, pp. 358 ss.

¹⁸⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2007, p. 233

Sin embargo, ya fue expuesto suficientemente¹⁸¹ que el deber en cuestión no es propiamente “extrapenal” ni ajeno a la norma de comportamiento. Piénsese, nuevamente, en los dos guardias penitenciarios que dejan escapar a un preso que se encuentra bajo su custodia. Ellos, como ya se expuso, tenían –en abstracto– el deber de servir a la función pública y –en concreto– el deber de no dejar escapar a presos esa misma noche. De este modo, si a ellos se les imputa el quebrantamiento de pena, según art. 281 CPArg., en coautoría, no es por la mera infracción de un deber de “rectitud de la función pública” considerada en abstracto, sino por la infracción del mencionado deber concreto –que, efectivamente, presupone el deber abstracto–. En resumidas cuentas: la infracción al deber nunca puede pasar por alto la tipicidad, siempre debe imputarse una conducta típica¹⁸². Por ello, no es cierto que se trate de un deber anterior a la norma de comportamiento inferida del ordenamiento jurídico-penal, sino que este deber también constituye esa norma¹⁸³.

Para SEIER¹⁸⁴ la teoría de los delitos de infracción de deber solo resulta de recibo cuando se cumplan cumulativamente dos condiciones: debe tratarse de un deber especial “verdadero” frente al bien jurídico afectado y la ley debe hacer alcanzar para la realización del tipo cada posible conducta del especialmente obligado, de modo que el tipo no pueda concretarse en una modalidad bien definida de conducta. Por ello, existiría una lesión al principio de legalidad si se aplican las consecuencias jurídicas de esta categoría, por ejemplo, en el delito de constreñimiento a una confesión, según § 343 StGB. Allí, el legislador habría establecido que la lesión del deber especial puede ser típica mediante la realización de determinadas conductas (el párrafo incluye un lista de los métodos interrogatorios prohibidos y excluye, por ejemplo, cualquier forma de engaño o artificio).

En sentido coincidente con SEIER, distingue SAMSOM¹⁸⁵ entre delitos de simple infracción del deber y delitos en los que el tipo exige cumulativamente una infracción de deber y una acción determinada. A partir de esta distinción, este autor propone la siguiente solución: si el tipo penal solo contiene la lesión de un deber mediante cualquier acción, como por ejemplo en la administración desleal, según art. 173 inc. 7 CPArg., el especialmente obligado que actúa por

¹⁸¹ *Ut supra* II.

¹⁸² Por ello no tiene razón cuando afirma que, en esta categoría delictiva, la inducción por parte del especialmente obligado contiene ya íntegramente la infracción del deber –delito consumado– aunque no se produzca el resultado típico. Véase LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 223 ss.. Lo que no se advierte es que, como se sostuvo, también en los delitos de infracción de deber se requiere la lesión de un derecho fundamental, perfeccionada mediante la realización de todos los elementos del tipo.

¹⁸³ Así también, SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 116 ss. y *passim*; 94-195; BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, 2007, pp. 98 ss. La misma solución, pero siguiendo el sistema de ROXIN, en WITTECK, *Der Betreiber im Umweltstrafrecht*, 2004, p. 171; PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, cap. 4A. Dentro de este último grupo de autores, en la dogmática jurídico-penal argentina, sostiene que “si bien el deber es extrapenal, una vez captado por el tipo se convierte en un elemento normativo de este y pasa a tener relevancia penal”, véase RESTON, *Los delitos de infracción de deber*, 2014, p. 124. Por lo demás, no puede perderse de vista que el rechazo a la supuesta indeterminación del deber infringido en esta categoría delictiva se defiende, en términos generales, por representantes de la teoría del dominio del hecho y de las –ya expuestas– posiciones de garante de la dogmática finalista, ambos conceptos que detentan una indeterminación igual o superior. Así también SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 102-103.

¹⁸⁴ SEIER, «Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten», *JA*, 1990, p. 383. En el mismo sentido, KRAATZ, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 2006, pp. 206 ss.

¹⁸⁵ SAMSON, *SK*, 6ª ed., 1995, § 25 nm. 109.

detrás resulta autor. Si, en cambio, el tipo penal requiere, además, una acción determinada, como por ejemplo ocurre en la obtención extorsiva de una confesión (§ 343 StGB), el funcionario solo será autor si, además del deber especial, tiene el dominio (fáctico) del hecho¹⁸⁶.

Lo curioso de la posición de SEIER es que la indeterminación en la formulación de ciertos delitos especiales (por ejemplo de funcionarios) sería un requisito sine qua non para evitar una infracción al principio de legalidad, si allí se aplica la categoría de los delitos de infracción de un deber. Pero esta posición no puede defenderse. La carente determinación del legislador en algunos tipos penales –más o menos justificada– no puede ser el fundamento de la escisión del sistema de imputación. Por lo demás, esta indeterminación no es patrimonio exclusivo de los delitos de infracción de deber: ¿cuál es la modalidad específica en amenazar a otro según art. 149 bis CPArg. o en documentar falsamente según art. 292 CPArg.¹⁸⁷?

Por otra parte, como ya se sostuvo, el segundo asunto problemático vinculado al principio de legalidad consiste en la supuesta subsunción de una conducta de participación en una conducta de autoría, lo que elevaría, *contra legem*, la punibilidad del agente¹⁸⁸. En efecto, por supuesto que el principio de legalidad prohíbe que un comportamiento de inducción o de complicidad sea tratado como uno de autoría, pero es que un argumento de esta naturaleza constituye una verdadera petición de principio: lo que precisamente debe determinarse es si efectivamente se está ante conductas de autoría, complicidad o determinación¹⁸⁹.

Así, como ya se sostuvo en otro lugar¹⁹⁰, en nuestro ordenamiento jurídico-penal el contenido de la autoría –directa y mediata– no está previsto en el Libro primero del Código penal (“Disposiciones generales”), sino en los distintos tipos de la Parte especial y, del mismo modo, la coautoría como “tomar parte en la ejecución del hecho”, según la letra de art. 45 CPArg., no puede interpretarse siguiendo los postulados de la teoría material de la simultaneidad si no se quiere llegar a resultados profundamente insatisfactorios. Entonces, de todo esto se colige que, en puridad, el Código penal argentino –tal como acontece en Alemania y España¹⁹¹– no ofrece un concepto de autor, sino que su desarrollo queda destinado a la labor dogmática. Y allí la conceptualización y el desarrollo de las distintas instituciones resultan solidarios con una configuración de la autoría con sólidos pilares iusfilosóficos y alejado de parámetros meramente intuitivos¹⁹². Por lo demás, el estudio detenido de las formas externas de participación –*stricto sensu*–, incluidas en art. 45-46 CPArg., muestra que solo expresan fórmulas relativas, ergo materialmente dependientes del concepto de autor que se siga.

¹⁸⁶ Crit. sobre ello BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, 2007, pp. 96 ss. Por lo demás, siguiendo este razonamiento consecuentemente, renacería el problema del instrumento doloso no calificado.

¹⁸⁷ Acertadamente, PARIONA ARANA advierte que ambas configuraciones típicas admiten las modalidades comisivas y omisivas. Véase PARIONA ARANA, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, pp. 94 ss.

¹⁸⁸ Confróntese con GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en el Derecho penal*, 1966, p. 298; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 619 ss.; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, p.439; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 775 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 12 n.m. 40 ss.

¹⁸⁹ SÁNCHEZ-VERA/GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 194 ss.

¹⁹⁰ *In extenso* FALCONE, «El autor como ejecutor del delito», *Revista de Derecho penal*, (1), 2018, p. 99.

¹⁹¹ BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, 2007, p. 96.

¹⁹² Sobre el pensamiento sistemático e intuitivos en la teoría de la imputación, en general, CARO JOHN, *Manual teórico-práctico, de teoría del delito*, 2014, pp. 21 ss.

7. ¿Delitos especiales? ¿Qué queda?

El desarrollo dogmático presentado del delito de infracción de deber especial reconoce una fundamentación institucional y, por lo tanto, material de la reducción del círculo de autores. En tal medida, esta categoría delictiva implica una superación de la dogmática clásica del delito especial –*delicta propria*–, caracterizado por la descripción de una conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos que posean determinadas condiciones especiales –circunstancias, cualidades o relaciones– requeridas por el tipo penal. Sin embargo, un importante sector doctrinario¹⁹³ –evidenciado, principalmente, en la manualística– aún reconoce esta categoría y la definiría –por exclusión–, *prima facie*, a partir de un criterio formal: si el legislador redacta el tipo penal mediante el empleo de la fórmula “quien” o “el que” estaría rechazando la inclusión de elementos especiales de la autoría, por lo que el delito sería común.

Sin embargo, este criterio no puede ser de recibo¹⁹⁴. En algunos tipos penales, a pesar del empleo de esta fórmula –y de la resultante aparente apertura del círculo de posibles autores–, en verdad, la posibilidad de realizar la conducta típica, solo la detentan determinados ciudadanos¹⁹⁵. En efecto, y a título ejemplificativo, una correcta interpretación de los delitos de retención indebida y de administración fraudulenta muestra que el círculo de posibles autores debe igualmente reducirse. Así, en virtud de art. 173 inc. 2 CPArg., será autor de retención indebida “El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”, lo que presupone que la cosa que el agente se niega a devolver o no restituye, le haya sido conferida por un título jurídicamente válido, como un contrato de depósito, comisión, administración, prenda, depósito judicial, etc. –enumeración no taxativa–, lo que lo convierte, en verdad, en el “poseedor de la cosa”¹⁹⁶. De modo coincidente, resulta autor de administración fraudulenta, en virtud de art. 173 inc. 7 CPArg., “El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”. Entonces, según se infiere del texto, puede ser autor únicamente quien detenta una determinada posición en relación con un patrimonio, bienes o intereses pecuniarios ajenos, por disposición de la ley –ej.: tutor frente a los bienes del pupilo–, de la autoridad –ej.: empleado designado a tareas de tesorería por parte de la autoridad de la entidad en la que se desempeña– o por un acto jurídico –por ejemplo, administración o gestión en función de un contrato de trabajo; mandatario–¹⁹⁷.

¹⁹³ Véase, por todos, NUÑEZ, *Tratado de Derecho penal*, (2), 1978, p. 282; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5ª ed., 1996, p. 266; ROXIN, AT, I, 4ª ed., 2006, p. 211; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, 6ª ed., 2004, p. 118; OTTO, AT, 5ª ed., 2005, p. 41; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 15 ss.; KÜHL, AT, 8ª ed., 2016, p. 620; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 56ª ed., 2016, § 1 n.m. 52.

¹⁹⁴ Por todos, ROXIN, AT, (1), 4ª ed., 2006, § 10 n.m. 128.

¹⁹⁵ ROXIN, AT, (1), 4ª ed., 2006, § 10 n.m. 128; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 101.

¹⁹⁶ Por ello, a pesar de la redacción del tipo penal JAKOBS (AT, 2ª ed., 1991, § 23 n.m. 24 ss.) lo considera a § 246 StGB un delito especial de organización. Similar, CARO JOHN, «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», *Anuario de Derecho penal*, (1), 2003, p. 64.

¹⁹⁷ Por todos, DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, (2) B, 2001, pp. 413 ss.

Entonces, y luego de advertir las limitaciones obrantes en el criterio formal expuesto, para la conceptualización e identificación de los delitos especiales debe sostenerse que el criterio subsidiario de atender a la concreta conducta típica¹⁹⁸ trae aparejado, a mi entender, el alejamiento de la “formalidad” en la definición y la consecuente pérdida del contorno de la categoría misma, en sus postulados originales. Así, en la medida que los elementos que determinan la especial obligación del garante frente a ciertos bienes jurídicos pertenecen a la tipicidad, los delitos impropios de omisión deberían ser también considerados delitos especiales¹⁹⁹.

De modo coincidente, afirma GIMBERNAT que en los delitos comunes subyacentes a los delitos especiales impropios tampoco podría advertirse, válidamente, un autor indeterminado. Por ejemplo, autor de un delito de homicidio no podría ser cualquiera, sino solo aquellos sujetos que no se encontrasen con la víctima en una cierta relación de parentesco, ya que, de lo contrario, el sujeto ya no sería autor de un homicidio, sino de un parricidio²⁰⁰. Además, si se apela a un argumento radical, todos los delitos que tutelan, en primer lugar, intereses individuales, como el homicidio según –art. 79 CPArg.–, el abuso sexual –según art. 119 CPArg.– o el hurto –según art. 162 CPArg.–, serían delitos especiales, pues se dirigirían a toda la ciudadanía menos al titular del derecho fundamental afectado, quien podría disponer libremente de este derecho²⁰¹.

También puede incluirse en esta nómina, según entiendo, otro grupo de delitos que presenta dificultades para el entendimiento formal del delito especial. Así, si el fundamento del delito especial radica en la reducción del posible círculo de autores, esto resulta solo aparente en delitos como el de traición –propia e impropia–, según art. 214 en conex. con 218 CPArg.. Este delito, formalmente especial, por prescindir de la fórmula “el que” o “quien”, puede, a partir de un criterio interpretativo gramatical, ser cometido por (1.) “todo argentino”, (2.) “persona que deba obediencia a la Nación” y (3.) “extranjero residente en territorio argentino” (sea la residencia legal o ilegal, según entiende la doctrina), de modo que si se consideran las disposiciones relativas a la aplicación del Código penal, según art. 1 CPArg., que desconocen el principio de personalidad –§ 7 StGB– resulta que en verdad no existen personas en Derecho obligadas por las disposiciones del ordenamiento jurídico-penal argentino que no sean alcanzadas por las normas de comportamiento que se infieren de estos tipos penales²⁰².

Finalmente, si se advierte que el ordenamiento jurídico-penal no aporta un concepto de delito especial y que la información contenida exclusivamente en los tipos penales no permite trazar criterios delimitadores sistemáticamente sólidos entre el delito común y el espacial, entonces se vuelve menester recurrir a los límites aportados por la teoría de las competencias, que ya fueron expuestos. En estos términos, el delito de infracción de un deber especial significa la superación de la categoría dogmática clásica del delito especial a partir del contenido y desarrollo de las instituciones.

¹⁹⁸ Expuesto ya en LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 28 ss.

¹⁹⁹ Así, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed, 2015, pp. 498 ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 25 n.m. 45 s.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 377.

²⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en el Derecho penal*, 1966, pp. 286.

²⁰¹ Confróntese con SÁNCHEZ VERA, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, pp. 137 ss.

²⁰² Más próximo, sobre ello, FALCONE, „*Staatsschutzstrafrecht*” in *Argentinien und Deutschland*, 2015, pp. 111 ss.

8. Resumen de conclusiones

El fundamento principal de la distinción entre competencia e imputación radica en que, según se entiende de modo uniforme en dogmática, una norma de comportamiento no puede informar sobre las capacidades requeridas para su propio cumplimiento. En el marco de tal distinción, este trabajo ofrece un cambio de perspectiva que, según entiendo, debe guiar el desarrollo venidero de la teoría de la imputación. En efecto, ya no puede pensarse un esquema analítico que conciba, en primer término, la teoría del delito para un autor individual, y en el que la intervención delictiva (plural) solo merezca una dedicación secundaria y periférica –que, por regla general, se traduce en un tratamiento diferenciado en la manualística, allende la estructura de la culpabilidad y junto al injusto culposo, omisivo, intentado, etc.–. Por el contrario, la moderna teoría de la imputación debe incluir la intervención delictiva plural como supuesto principal y el caso de interviniente unitario como supuesto excepcional y, por lo tanto, no merecedor de un tratamiento sistemático diferenciado.

En este sentido, el primer momento analítico, según entiendo, debe constituirse a partir del establecimiento de la norma de comportamiento de “no intervenir en delitos” (dirigida, en primer término, al juzgador, pero referida a la actuación del ciudadano) que se constituye a partir de los tipos penales de la Parte especial –y en tanto “norma global”– y, además, a partir de los preceptos incluidos en la Parte general (más precisamente y en lo que aquí respecta, en el capítulo destinado a la “Participación criminal” contemplado en arts. 45-49 CPArg.). Seguidamente, el segundo momento de este esquema analítico lo constituye la imputación del hecho a (¡todos!) los intervinientes, mediante la realización de la propia conducta, por un lado, y la realización del hecho por mano ajena a partir de un momento de *representación*, por el otro. Luego, este *hecho de todos* debe subsumirse en la mencionada norma de comportamiento de no intervención en delitos para fijar la infracción. Finalmente, el tercer momento analítico (en materia de intervención delictiva) lo constituye la distinción –secundaria– entre autores y partícipes que opera (aún) en la teoría de la imputación, en los delitos de infracción de deber especial, y en la teoría de la pena, en los delitos de infracción de deber general.

Una teoría de la imputación que aspire a convertirse en un verdadero *sistema* tendrá, según entiendo, éxitos magros si carece de una idea rectora fundacional. Por ello, este pilar debe radicar en la idea de *libertad*, de modo que el desarrollo analítico de sus esferas posibilite la distinción entre dos tipos principales de exigencias del ciudadano, cuyo incumplimiento da lugar a las dos clases de delitos mencionados en el párrafo anterior. Entonces, primeramente, la infracción de deber general se corresponde con una prohibición general y negativa de no lesionar a los demás ciudadanos. Pero la vida en comunidad no podría funcionar si los deberes de ciudadanía terminaran allí y, por ello, sobre estos deberes se instituyen otros –superiores–, de protección y fomento, especiales y positivos. En efecto, estos se basan en *instituciones* especiales que se ocupan ora de la vigencia organizada del Derecho, ora de las relaciones diferenciadas de cuidado. Aquí debe aclararse que en el establecimiento de estos deberes especiales deviene completamente irrelevante la forma externa de conducta –acción u omisión– y la formulación positiva o negativa del tipo penal –prohibición y mandato en términos formales–.

Superado el primer nivel analítico de intervención delictiva –*hecho de todos* subsumido en la norma de comportamiento de *no intervenir en delitos*–, si se advierte que uno de los intervinientes infringe un deber especial –en los términos planteados– ese interviniente se convierte –aún en la teoría de la imputación– en autor del delito, independientemente de que la forma externa de

su intervención parezca subsumible en una conducta de participación –*stricto sensu*–. Por lo demás, determinada la irrelevancia normativa de la distinción entre autoría directa y mediata, la coautoría se constituye en estos delitos –no existe propiamente coautoría fuera de esta categoría– a partir de la infracción de un deber coincidente que no solo lo es en abstracto, sino que debe concretizarse en el momento del hecho mismo –dos guardias penitenciarios al cuidado de un prisionero una noche determinada, dos padres que deben velar una tarde por su hijo recién nacido, etc.–.

La posibilidad de punir la participación en un delito de infracción de deber especial se fundamenta, a pesar de lo que entiende un reconocido sector doctrinal, en la infracción de la norma de comportamiento subyacente de no intervenir en delitos. Por ello, esta posición yerra en no reconocer una norma de comportamiento infringida por el *extraneus*. La excesiva estrechez –con resultado excluyente– se basa, a mi entender, en inferir la norma de comportamiento únicamente de los tipos de la Parte especial. Contrariamente, como se expuso aquí suficientemente –y como ya sostenía BINDING–, no debe pasarse por alto que el Derecho también espera, por ejemplo, de un panadero que no intervenga en un prevaricato. Por lo demás, la intervención delictiva del *extraneus* resulta siempre, y según el caso, de complicidad primaria (misma pena que el autor) según art. 45 ora. 1 alt. 2 CPArg., secundaria según art. 46 CPArg. o de determinación directa según art. 45 ora. 2 CPArg. y es, en todos los casos, cuantitativa y cualitativamente accesoria.

Los delitos de infracción de deber deben diferenciarse de los denominados delitos de posición. En estos no se verifica la infracción de un deber especial de protección y fomento, sino que el tipo penal señala una determinada posición que suele ocupar el interviniente para lesionar el derecho fundamental tutelado por dicho tipo penal. Un ejemplo lo ofrece el conductor de un vehículo en una prueba de velocidad, según art. 193 bis CPArg.: la intervención delictiva y la autoría del *extraneus* son posibles. Más aun, en estos delitos el único nivel analítico obrante es el de intervención delictiva, por lo que, en la teoría de la imputación, no puede distinguirse entre autores y partícipes. Consecuentemente, el problema dogmático clásico del instrumento doloso no calificado resulta, igualmente, inocuo.

A un desarrollo como el que aquí se presenta se puede argüir una infracción al principio de legalidad en general y al mandato de certeza, en particular. En efecto, un sector doctrinal entiende que el concepto de institución es aún demasiado abstracto para fundamentar una categoría delictiva. Sin embargo, esta posición pierde de vista que una interpretación sistemática de la ley obliga a atender a las especiales relaciones entre ciudadanos e intereses tutelados, que en cualquier caso la dogmática tradicional ya desarrolla en el marco del delito omisivo y, en menor medida, del delito culposo. Aceptado esto, debe comprenderse que la competencia institucional no es más que un desarrollo *iusfilosófico* consistente de las clásicas posiciones de garantía con amplio reconocimiento dogmático. Por otra parte, yerra el sector doctrinal que señala que en esta categoría delictiva se penan conductas de verdadera participación como de autoría. En efecto, el Código penal argentino, por ejemplo, no aporta un concepto de autor, sino que, como se expuso, este se infiere de los tipos penales de la Parte especial, lo que habilita una interpretación a partir de criterios institucionales.

La interpretación que aquí se efectúa sobre el alcance de los deberes especiales dista de la posición clásica que identifica el delito especial con las exigencias expresamente establecidas en el tipo penal y que –por lo general– se materializa en la exclusión de la fórmula genérica de “el

que”. Pero tal fundamentación, luego de observadas las inconsistencias dogmáticas resultantes, no puede ser de recibo. Por lo demás, la posición aquí defendida también trae aparejada una reducción del círculo de posibles autores y, en tal medida, puede considerarse al delito de infracción de deber como el resultado de la evolución de la categoría clásica del delito especial. En este sentido, el profundo desarrollo dogmático de la teoría de las competencias, a partir de diferenciación entre las distintas instituciones implicadas, aporta un criterio diferenciador más sólido y, por lo tanto, superador.

9. Bibliografía

AMBOS (2018), *Internationales Strafrecht*, C.H. Beck, 5ª ed., Múnich.

BACIGALUPO (1999), *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.

BACIGALUPO SAGGESE (2007), *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Marcial Pons, Madrid.

BAUMANN (1963), «Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 561 ss.

BELING (1906), *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tubinga.

BINDING (1915), *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, (1), Duncker & Humblot, Múnich.

————— (1907), *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Engelmann, 7ª ed., Lipsia.

BLOY (1996), «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 424 ss.

————— (1985), *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.

BOCK (2006), *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín.

BOCKELMANN (1957), *Strafrechtliche Untersuchungen*, Schwartz, Gotinga.

BOCKELMANN/VOLK (1987), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Beck, 4ª ed., Múnich.

BRANDOM (1994), *Making it explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge.

CANCIO MELIÁ (2004), *Líneas básicas de la teoría de imputación objetiva*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza.

CARO JOHN, (2014), *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, Ara, Lima.

————— (2007), *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, Nomos, Baden-Baden.

————— (2003), «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», *Anuario de Derecho penal*, (1), pp. 49 ss.

————— (2003), *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima.

CHOCLÁN MONTALVO (2003), *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales: tratamiento penal de la información societaria inveraz*, Bosch, Barcelona.

CEREZO MIR (2004), *Curso de Derecho penal español, Parte General*, (1), 6ª ed., Tecnos, Madrid.

CORTÉS ROSA (1978), «Teilnahme am unechten Sonderverbrechen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (90), pp. 432 ss.

CRAMER (1979), «Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», en Arthur KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70 Geburtstag am 7. Dezember, 1978*, C.H. Beck, Múnich, pp. 389 ss.

CRAMER /HEINE (2010), *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28ª ed., Beck, Múnich.

DENCKER (1996), *Kausalität und Gesamttat*, Duncker & Humblot, Berlín.

DERKSEN (1993), «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 163 ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), *La autoría en Derecho penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona.

DONNA (2004), «El concepto dogmático de funcionario público en el código penal», *Revista de Derecho penal, Delitos contra la administración pública*, (2), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pp. 9 ss.

DREHER (1970), «Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1116 ss.

DREHER/TRÖNDLE (1993), *Strafgesetzbuch und Negengesetze*, Beck, 46ª ed., Múnich.

EBERT (2008), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Müller, 4ª ed., Heidelberg.

FALCONE, (2017), *La caída del dominio del hecho*, Ad hoc, Buenos Aires.

————— (2016), «El concepto normativo de conducta jurídico-penal», en SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 269 ss.

————— (2015), «*Staatsschutzstrafrecht*» in *Argentinien und Deutschland*, Dr. Kovac, Hamburgo.

————— (2015), «El autor detrás del autor en el Derecho penal empresarial», *Revista de Derecho penal. Derecho penal económico. Delitos contra el orden económico y financiero*, (1), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pp. 9 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ (2012), «Fundamentos de la responsabilidad penal empresarial individual», en ARROYO ZAPATERO/LASCANO/NIETO (dirs.), *Derecho penal de la empresa*, Ediar, Buenos Aires.

FEUERBACH (1806), *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, (2), Tasché und Müller, Giessen.

FREUND (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2a. ed., Springer, Berlín.

————— (1992), *Erfolgssdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Heymann, Mannheim.

FRISCH (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg.

————— (1983), *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heymann, Colonia.

FUCHS (1881), «Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (29), pp. 170 ss.

GALLAS (1989), *Studien zum Unterlassungssdelikt*, Decker & Muller, Heidelberg.

GARCÍA CAVERO (2007), *Derecho Penal económico*, 2a. ed., Grijley, Lima.

————— (1999), *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona.

GARCÍA DEL BLANCO (2006), *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Banch, Valencia.

GIMBERNAT ORDEIG (1968), «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (80), 1968, pp. 942 ss.

————— (1966), *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid.

GÓMEZ MARTÍN (2014), «Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal Español», en: La responsabilidad en los "delitos especiales", en ROBLES PLANAS (dir.), *El debate doctrinal en la actualidad*, BdeF, Buenos Aires, pp. 99 ss.

————— (2006), «Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (2-17), pp. 11-43.

————— (2006), *Los delitos especiales*, Edisofer, Madrid.

————— (2005), «La 'actuación por otro' y la participación de extranei en delitos especiales», en CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, pp. 421 ss.

GÓNZALEZ-RIVERO (2001), *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen, zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín.

GRACIA MARTÍN (1995), «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español», en ARROYO ZAPATERO (ed.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedermann*, BOE, Madrid, pp. 81 ss.

GROPP (2015), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, 4ª ed., Berlín.

GRÜNWALD (1989), «Zu den besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB)», en DORNSEIFER (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Heymanns, Colonia, pp. 555 ss.

HAAS (2008), *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, Duncker & Humblot, Berlín.

————— (2007), «Kritik der Tatherrschaftslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (119), pp. 519 ss.

HAKE (1994), *Beteiligtenstrafbarkeit und besondere persönliche Merkmale“: ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB*, Dunkler und Humblot, Berlín.

HARDWIG (1957), *Die Zurechnung, ein Zentralproblem des Strafrechts*, de Gruyter, Hamburgo.

————— (1954), «§ 28 und die Bereinigung des Strafgesetzbuches», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 77 ss.

HEGEL (1821, ed. 1986), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en MOLDENHAUER/MICHEL (eds.), *Werke in zwanzig Bänden*, t. 7, Suhrkamp, Francfort del meno.

————— (1973), *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831: Edition und Kommentar*, (edición al cuidado de ILTING), (1-4), Frommann-Holzboog, Stuttgart.

HEGLER (1932), «Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigen Handeln der Mittelsperson», en LEHMANN/GMELIN (ed.) *Festgabe für Richard Schmidt*, Hirschfeld, Lipsia, pp. 51 ss

HEINRICH (2002), *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, C.H. Beck, Múnich.

HENKEL (1932), *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht*, C.H. Beck, Múnich.

HERZBERG (1991), «Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 143 ss.

————— (1977), *Täterschaft und Teilnahme, eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, C.H. Beck, Múnich.

- (1976), «Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale“ im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (88), pp. 102 ss.
- HIRAYAMA (2008), «El poder ilustrativo de la teoría de los delitos de infracción de deber», en MONTEALEGRE LYNETT/ CARO JOHN (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, pp. 397 ss.
- HRUSCHKA (2009), *Imputación y Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires.
- (1991), «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, (22), pp. 450 ss.
- JAKOBS (2014), *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübinga.
- (2004), «El ocaso del dominio del hecho», en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- (1996), *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid.
- (1996), *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2ª ed., Schöningh Paderborn, Düsseldorf.
- (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, de Gruyter*, 2ª ed., Berlín.
- JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.
- JOECKS (2016), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, (2), 3ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- KAUFMANN, Armin (1988), *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2ª ed., Schwartz, Gotinga.
- (1954), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Schwartz, Gotinga.
- KINDHÄUSER (2015), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Nomos, Baden-Baden.
- (2015), «§ 32», en *NK*, 6ª ed., Nomos, Baden-Baden.
- (2009), «Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho», *Taller de ciencias penales de la UNMSN*, pp. 1 ss.
- (2001), «Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft», en BOHNERT (ed.), *Verfassung - Philosophie - Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 627 ss.
- (1994), «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (2), pp. 339 ss.
- (1989), *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Francfort del Meno.

KLATT (2004), *Theorie der Wortlautgrenze*, Nomos, Baden-Baden.

KÖHLER (1997), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín

KRAATZ (2006), *Die fahrlässige Mittäterschaft. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs*, Duncker und Humblot, Berlín.

KREY (2005), *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, (2), 2ª ed., Kholhammer, Stuttgart.

KÜHL (2012), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vahlen, 7ª. d., München.

KUHLEN (2006), *Die Verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, C.F. Müller, Heidelberg.

———— (2012), «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía», en: MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, pp. 151 ss.

LENCKNER (2010), «vor § 13», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Müller, 28ª ed., München.

LESCH (2018), «¿Presupone la applicatio legis ad factum una imputatio facti?», *Enfoques penales*, (3), pp. 22 ss.

———— (1999), *Der Verbrechensbegriff*, Heymanns, Colonia.

———— (1995), «Intervención delictiva e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (48), pp. 911 ss.

MAÑALICH (2014), *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid.

———— (2009), *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden.

MIR PUIG (2016), *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2015), *Derecho penal. Parte General*, 9ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MÜSSIG (2004), «Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht», en: ROGALL ET. AL. (eds), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Luterhand, Neuwied, pp. 165 ss.

PARIONA ARANA (2010), *Täterschaft und Pflichtverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik*, Nomos, Baden-Baden.

PAWLIK (2016), *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

———— (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tubinga.

————— (2010), *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid.

PEÑARANDA RAMOS (2015), «Sobre el alcance de art. 65.3 CP», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, pp. 2 ss.

————— (1990), *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid.

POLAINO-ORTS (2014), *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal*, CESCIIJUC, Ciudad de México.

QUANTE (1993), *Hegels Begriff der Handlung*, Frommann Holzboog, Stuttgart.

RENZIKOWSKI (2002), «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie», en DÖLLING/ERB (eds.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 3 ss.

————— (1997), *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tubinga.

RESTON (2014), *Los delitos de infracción de deber, ¿es admisible un doble criterio de determinación de autoría?*, BdeF, Buenos Aires.

ROBLES PLANAS, (2012), “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), p. 2 ss.

————— (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.

————— (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid.

ROBLES PLANA/RIGGI (2014), «El extraño artículo 65.3 del Código Penal», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, BdeF, Buenos Aires, pp. 59 ss.

ROTSCH (2009) “*Einheitstäterschaft*” statt *Tatherrschaft*. *Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normative-funktionalen Straftatlehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.

ROXIN (2015), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., de Gruyter, Berlín.

————— (2006), *Strafrecht. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, (1), Beck, 4ª ed., Múnich.

————— (2003), *Strafrecht. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, (2), C.H. Beck, Múnich.

————— (1993), “§25”, en *LK*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

RUEDA MARTÍN, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 2001, pp. 159 ss.

SÁNCHEZ OSTIZ, (2017) «Sobre los fundamentos de una teoría general del delito. Comentario a propósito de la obra de PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (3), pp. 182 ss.

SÁNCHEZ-VERA (2014), «Delito de infracción de deber», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, BdeF, Buenos Aires, pp. 288 ss.

————— (1999), *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, Berlín.

SCHUMANN (1986), *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tubinga.

SCHÜNEMANN (2001), «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en EL MISMO ET. AL. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Gruyter, Berlín, pp. 1 ss.

————— (1995), «Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland», en GIMBERNAT ET. AL. (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 60 ss.

————— (1978), «Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 151 ss.

SEELMANN (1980), «Mittäterschaft im Strafrecht», *Juristische Schulung*, pp. 571 ss.

SEIER (1990), «Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Teil 1)», *Juristische Arbeitsblätter*, 1990, pp. 342 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2010), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, BdeF, 2ª ed., Montevideo y Buenos Aires.

————— (2005), *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona.

————— (2005), «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal», en CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, pp. 908 ss.

————— (1989), «Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención», *Cuadernos de Política Criminal*, (38), pp. 388 ss.

SINN (2007), *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Mohr Siebeck, Lipsia.

STEIN (1988), *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlín.

STRATENWERTH/KUHLEN (2011), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6a. ed., Heymann, Múnich.

VAN WEEZEL (2009), «Intervención delictiva y garantismo penal. A la memoria de Juan Bustos Ramírez», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (8), pp. 432 ss.

VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Dunkler & Humblot, Berlin.

VOGLER (1976), «Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikte», en WARD (ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70 Geburtstag*, Springer, Berlín, pp. 265 ss.

VON LISZT (1919), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 22ª ed., Gruyter, Berlín.

WELZEL (1969), *Das deutsche Strafrecht*, Gruyter, 11ª ed., Berlín.

WESSELS/BEULKE/SATZGER (2018), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, 48ª. ed., Heidelberg.

ZAFFARONI (1999), *Tratado de Derecho penal*, (4) Ediar, Buenos Aires.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2002), *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.

ZUGALDÍA ESPINAR (2005), «La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (Análisis del art. 65.3 del Código Penal)», en CARBONELL MATEU (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, pp. 965 ss.