

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Prólogo de Günther Jakobs. Presentación de Enrique Bacigalupo. Marcial Pons, Madrid, 2002, 327 pp.

Supone para mí un gran honor realizar la recensión de la magnífica obra de *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles* sobre un difícil e importante tema, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002. La mencionada obra, como declara *Javier Sánchez-Vera* en la Nota preliminar, es una puesta al día y una adaptación al Derecho español de su monografía, *Pflichtdelikt und Beteiligung –Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, que constituyó su tesis doctoral presentada en la Rheinische Friedrich Wilhelms Universität de Bonn. Esta circunstancia explica que la bibliografía manejada y citada sea, en su mayoría, bibliografía alemana, tal y como indica el autor, si bien es cierto que causa cierta extrañeza que se haya eludido alguna concepción crítica con la teoría del delito de infracción de deber formulada en España.

En la presente recensión, por un lado, se van a exponer las aportaciones de la obra al tema señalado y la finalidad de tal exposición es, fundamentalmente, darlas a conocer al lector por lo que su carácter será, eminentemente, descriptivo. Sin embargo, por otro lado, se van a efectuar una serie de consideraciones, en su mayor parte críticas, en torno a determinadas aportaciones dogmáticas realizadas en esta obra, merecedoras por otra parte de grandes elogios no sólo del maestro alemán de *Javier Sánchez-Vera*, *Jakobs* que prologa el libro, o de su maestro español, *Bacigalupo* que lo presenta, sino también de *Roxin* que escribe en su impresionante monografía *Täterschaft un Tatherrschaft*, que «de todos modos, la categoría de delitos de infracción de deber ha encontrado un número creciente de partidarios y ahora también una primera (excelente!) elaboración monográfica de *Sánchez-Vera*, que por su parte ha desarrollado la concepción expuesta en este libro y, posteriormente, asumida ante todo por *Jakobs* y mejorada, y la ha conducido mientras tanto a su forma más avanzada»¹.

¹ Véase ROXIN, C.: *Täterschaft un Tatherrschaft*, 7, Auf., Walter de Gruyter, Berlín, 1999, p. 696.

En la doctrina la definición de los delitos que exigen en el tipo objetivo la concurrencia de determinadas condiciones para poder ser autor —denominados mayoritariamente delitos especiales— es excepcional, aunque hay que mencionar los esfuerzos de *Langer*, *Stratzenwerth*, *Jakobs* y, entre nosotros, *Gracia Martín* y *Sánchez-Vera Gómez-Trelles*. En primer lugar, es necesario aplaudir el esfuerzo que realiza *Javier Sánchez-Vera* en esta obra, puesto que no se limita únicamente a determinar el fundamento de la limitación de la autoría en los, denominados por él, delitos de infracción de deber a determinadas categorías de sujetos, aspecto éste necesario ya que ello condicionará tanto el tratamiento de la participación del *extraneus* en esta clase de delitos, como la cuestión de si le corresponde al partícipe *extraneus* una pena atenuada². En efecto, *Javier Sánchez-Vera* explica cómo lo injusto (la defraudación de expectativas) de tales delitos se define por la lesión de la institución positiva a la que sirve el deber, tal y como lo plantea *Jakobs*, cuyos principios comparte y desarrolla consecuentemente a lo largo de todo el trabajo. Este libro supone, entonces, un destacado exponente del funcionalismo normativista del Derecho penal en el ámbito de lo injusto de los delitos que constituyen el objeto del estudio.

En la Introducción (pp. 21-24) que realiza el autor a su obra, se advierten los objetivos del trabajo: por un lado, asegurar dogmáticamente el concepto de delito especial —que, sin embargo, *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles* propone denominar de acuerdo con los presupuestos de los que parte, delito de infracción de un deber—, mediante el desarrollo de sus fundamentos dogmáticos, para extraer posteriormente importantes y agudas consecuencias en la teoría general de la autoría y participación, aspecto este profundamente controvertido en esta clase de delitos. Además, es preciso señalar que este primer objetivo pretende colmar la ausencia de un estudio pormenorizado del delito de infracción de deber, aspiración ésta ya manifestada por *Roxin*,

² Precisamente y en lo que afecta a este concreto tema, hay que apuntar que será objeto de la atención científica en un futuro próximo puesto que en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (BOE n.º 283, de 26 de noviembre), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, se ha modificado el párrafo primero y se ha introducido un párrafo tercero al artículo 65, que quedan redactados como sigue: «1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren. 3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate.

cuando en su obra emblemática, *Täterschaft un Tatherrschaft*, distinguió entre delitos en que la autoría y participación se delimitan con base en el criterio del dominio del hecho y delitos que consisten en la infracción de un deber. Por otro lado, objetivo de la investigación es, asimismo, indagar en el delito de infracción de deber por omisión. Del tratamiento de este otro objetivo se deducen también unas importantes consecuencias en torno a los delitos de comisión por omisión, que alejan a *Javier Sánchez-Vera* de ciertos presupuestos mantenidos por la doctrina dominante.

En relación con el primer objetivo señalado —asegurar dogmáticamente el concepto de delito de infracción de deber mediante el desarrollo de sus fundamentos dogmáticos—, en la primera parte de este trabajo (pp. 27-61) *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles* analiza el punto de partida de la teoría del delito de infracción de deber, para lo que lleva a cabo una exposición del estado de la cuestión sobre la misma y comienza, por supuesto, por la concepción de *Roxin* que expone en el Capítulo I (pp. 27-35), con las elaboraciones posteriores de *Jakobs*, cuya formulación es expuesta en el Capítulo II (pp. 37-47). De acuerdo con el planteamiento de *Roxin* de la teoría del delito de infracción de deber, se asume que en los delitos de infracción de deber se pone de manifiesto que lo que convierte a un sujeto en autor, es la lesión de un deber que específicamente le obliga. El criterio determinante para la autoría se basa en la *infracción de deber* que, en opinión de *Roxin*, tiene un carácter *extrapenal*³ y que no se extiende, necesariamente, a todos los implicados en el delito pero que es necesaria para la realización del tipo. En el delito de infracción de deber el partícipe será aquel que coopera en la realización del tipo en alguna manera, pero sin lesionar el deber especial extrapenal que fundamenta la autoría. Además estima *Roxin* que en el delito de infracción de deber se equipara la acción y la omisión y todos los delitos de comisión por omisión son delitos de infracción de deber. En relación con la aportación de *Jakobs* a la teoría del delito de infracción de deber, también se asume que existen delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo. En los delitos de infracción de un deber los autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela *institucio-*

³ Conviene señalar aquí que los partidarios de la teoría de los delitos de infracción de deber apuntan la característica señalada, pero en la sexta edición de su libro *ROXIN* se ha cuestionado que todos los deberes especiales sean de índole extrapenal; véase *ROXIN, C.: Täterschaft un Tatherrschaft*, 6, Auf., Walter de Gruyter, Berlín, 1994, p. 664; el mismo, *Täterschaft un Tatherrschaft*, 7, Auf., Walter de Gruyter, Berlín, 1999, p. 697.

nalmente asegurada de un bien, de modo que para el tipo del delito de infracción de un deber el obligado es siempre autor y ello con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho. La incumbencia del interviniente-obligado respecto del suceso se determina en virtud del especial *status* —madre, hijo mayor, funcionario, soldado— del sujeto. Se trata de instituciones que tienen un contenido positivo y se caracterizan por una especial relación entre el autor y el bien jurídico, existente entre ambos con anterioridad al hecho. Pues bien, a lo largo de la obra que se recensiona se confirman las premisas planteadas por *Roxin* —con algunas correcciones— y perfeccionadas por *Jakobs*, al mismo tiempo que se desarrollan los aspectos esenciales de la teoría del delito de infracción de un deber. Dicho sea de paso se puede afirmar que este trabajo de *Javier Sánchez-Vera* avala la opinión de que la construcción de *Jakobs* no supone una mera evolución natural de la construcción de *Roxin*, tal y como mantienen determinados autores⁴.

En el Capítulo III (pp. 49-61) se cuestiona *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles* si la comisión por omisión es un delito de infracción de deber, y concluye tras un análisis casuístico y centrándose en ciertas fricciones desde un punto de vista intrasistemático de las tesis de *Roxin*, que no todos los delitos de omisión deben ser clasificados como delitos de infracción de deber, conclusión ésta que reaparece posteriormente en otras partes de la obra (pp. 67, 108, 111). Difiere, entonces, de la opinión dominante en los delitos de comisión por omisión que configura a éstos, precisamente, como delitos de infracción de deber en el sentido de *Roxin*, para quien «los deberes que fundamentan la autoría en la omisión no se distinguen esencialmente de los que entran en consideración para los delitos de comisión»⁵. Los argumentos se encuentran en la segunda parte del trabajo (pp. 65-178) donde fundamenta y desarrolla *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles* su concepción personal de la teoría del delito de infracción de deber y en cuyo Capítulo IV retoma la cuestión de la comisión omisiva como pretendido delito de infracción de deber.

⁴ Véanse LESCH, H.: «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Bottke», *GA*, 1994, p. 126; BOLEA BARDÓN, C.: *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 420; y, recientemente, ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 227, nota 125, para quien la construcción de *Jakobs* y la de *Roxin* difieren en que mientras que para *Roxin* la infracción del deber tan sólo decide sobre la autoría, para *Jakobs* fundamenta lo injusto, por lo que la aportación de *Jakobs* no constituye un desarrollo de la teoría de infracción de un deber creada por *Roxin*.

⁵ VÉASE *Roxin*, C.: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7, Auf., Walter de Gruyter, Berlín, 1999, p. 460.

Javier Sánchez-Vera parte de la existencia de un *código jurídico* que descansa en la garantía de expectativas normativas (p. 70) y, a su juicio, como el Derecho penal se ocupa de conflictos dentro de la sociedad, las mencionadas expectativas deberán estar relacionadas con el individuo *en sociedad* (p. 71), es decir, con su *rol* en sociedad que convierte al individuo en persona (p. 72). Las expectativas penales están relacionadas con portadores de roles. El rol se refiere a un haz de expectativas cuya extensión está delimitada por el hecho de que, aunque son ejecutadas por individuos, no se encuentran unidas necesariamente a éstos, sino que van dirigidas al titular de una determinada posición social, según lo que se espera de tal posición (p. 72). El Derecho penal transforma a través del código jurídico acontecimientos, como acciones y omisiones, que caen fuera del Derecho penal de modo que así adquieren significado (p. 73). Lo relevante en este código jurídico es si la persona respeta a los otros como personas no dejando que de su propia organización se deriven daños, y carece de importancia lo que la persona tenga que hacer (omitir, actuar, actuar y luego volver a actuar, actuar y luego omitir, etc.) para cumplir con el deber jurídico primero de respetar a los demás como personas, deber que, como persona, le incumbe —si no, habrá de ser tratado como un inimputable— (p. 74). Como la forma de la defraudación de la expectativa —por acción u omisión— es irrelevante desde el punto de vista jurídico, mediante el código jurídico se alcanza una equiparación para el Derecho penal entre la comisión y la omisión (p. 76). Lo que importa es si la expectativa defraudada es de acción u omisión, y la punición con causa en una defraudación por omisión de una expectativa de no dañar —denominada habitualmente responsabilidad por asunción o injerencia— no necesita de un fundamento jurídico especial, puesto que ella nace directamente también de la «obligación originaria del ciudadano» (p. 79). *Javier Sánchez-Vera* no plantea inconvenientes para seguir hablando de delitos de omisión como forma de aparición del delito; sin embargo, enfatiza que dichos delitos no presuponen un deber jurídico especial para poder ser autor por lo que son equiparables con otros delitos de comisión y, por tanto, no estamos ante delitos de infracción de deber, comisivos u omisivos (p. 80). Las consecuencias que se derivan de estos planteamientos son las siguientes. En primer lugar, no se puede justificar una aminoración de la pena con carácter general para todas las omisiones punibles (pp. 81 y 82). En segundo lugar, la discusión sobre si la omisión contiene un sustrato ontológico o si pertenece al ámbito normativo pierde su relevancia (p. 82).

Si nos centramos en lo relativo a la fundamentación del desarrollo de *Javier Sánchez-Vera* de la teoría del delito de infracción de deber, se pone de relieve que el código jurídico del que parte es consecuencia de la metodología normativista en la construcción de los conceptos del

Derecho penal, que necesita configurar su propia materia para operar con independencia de cualquier sustrato material. Lo injusto (la defraudación de expectativas) de los delitos de infracción de deber se define por la lesión de la institución positiva a la que sirve el deber, y lo único que le interesa al Derecho es si la expectativa defraudada es de acción o de omisión, de modo que la forma de la defraudación (por acción u omisión) es irrelevante jurídicamente. Se prescinde, por tanto, de un sustrato material que se pone claramente en evidencia en la segunda consecuencia del planteamiento de *Sánchez-Vera*. La argumentación llevada a cabo por *Javier Sánchez-Vera* se efectúa desde el ámbito autorreferente de lo normativo, en el que da respuesta a la cuestión decisiva de la dogmática de la comisión por omisión y que se refiere a la determinación del criterio de identidad entre acción y omisión. *Sánchez-Vera* encuentra una equivalencia entre la acción y la omisión mediante un recurso axiológico, el código jurídico, y exige únicamente que entre la acción y la omisión exista una total identidad en el sentido de que ésta, igual que aquélla, tiene que suponer la defraudación de una expectativa que puede suponer la lesión de una institución negativa o positiva. A continuación profundiza en estas cuestiones.

En el Capítulo V de la obra se ocupa el autor de los pilares de los delitos de dominio, fundamentados en la institución negativa *neminem laede* (pp. 83-93), y de los de infracción de deber, fundamentados en la institución positiva (pp. 93-105). Respecto de la institución negativa afirma *Sánchez-Vera* que en sociedad se trata, en principio —e insiste que sólo en principio—, de la «simple omisión de una acción», a saber, de un no dañar, de manera que la «ley» determina los deberes jurídicos de manera exclusivamente negativa, en forma de prohibiciones generales frente a los demás («deberes de abstenerse») (p. 84). Y pone de relieve que sólo unos pocos autores, como *Fries*, *Suarez*, *Schmalz*, *Heineccius* y, de una forma más exacta, *Hegel*, sostuvieron la tesis de que de la institución *neminem laede*, esto es, de una prohibición de dañar a otros, también se derivan deberes de *actuar* y sin la exigencia de «un fundamento especial» y sin la necesidad para ser estatuidos de un particular fundamento jurídico. Concluye este autor que los delitos de dominio sólo lesionan una prohibición de dañar (*neminem laede*), lo que significa que incluso los delitos de dominio por omisión quebrantan la misma prohibición (no un mandato) que los delitos de dominio por acción (pp. 85 y ss.). Ahora bien, como ya reconocieron *Hegel*, *Pufendorf*, *Schopenhauer* o *Tönnies*, el Derecho penal en ocasiones exige el establecimiento de relaciones positivas de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico, que encuentran su expresión, a juicio del autor, en los delitos de infracción de deber (p. 101), y que al igual que la institución negativa des-

cansa en una asentada tradición iusfilosófica. Los delitos de infracción de deber lesionan siempre un mandato. En suma se trata, como afirma *Sánchez-Vera* «de la cuestión de si una persona se encuentra unida con un determinado bien jurídico de forma positiva (para su fomento) o se encuentra vinculado, en cambio, de manera simplemente negativa (sólo como persona)» (p. 105).

Las conclusiones señaladas se encuentran reforzadas en el capítulo VI dedicado a precisar más sobre las prohibiciones, los mandatos y sobre las instituciones. En primer lugar, afirma *Sánchez-Vera* que «si la formulación de la norma, a modo de prohibición o a modo de mandato, es intercambiable de una forma absolutamente discrecional —por ser los conceptos de mandato y prohibición *opuestos contradictorios*—, es obvio que no se puede vincular consecuencia jurídica alguna ni al concepto de prohibición, por un lado, ni al de mandato, por otro... Del tipo de norma, mandato o prohibición, no puede depender nada» (pp. 110-112 y 117). En segundo lugar, la institución negativa y las positivas no son intercambiables, ya que entre sí no son conceptos contradictorios, sino simplemente *contrarios* (p. 116). En tercer lugar, lo relevante en cuanto a la forma del comportamiento no es el par acción/omisión (si el sujeto actuó u omitió), sino el *status* positivo y el negativo (si el sujeto se encontraba unido al suceso por una relación positiva o simplemente negativa) (p. 121). En cuarto lugar, lo relevante en cuanto a la forma de la norma no es el par prohibición/mandato (si los tipos codificados estaban formados como prohibiciones o mandatos), sino que lo verdaderamente trascendente son las prohibiciones y los mandatos de los tipos de interpretación, o, dicho de forma más exacta, la institución negativa y las instituciones positivas (p. 121).

La argumentación de *Javier Sánchez-Vera* presenta, desde *su* concepción del delito de infracción de deber, una delimitación del ámbito propio del deber «personalísimo» que emana del momento teleológico de la norma⁶, y cuya infracción constituye un elemento materialmente relevante para la construcción de los tipos de interpretación, mediante el recurso a la institución negativa y a las instituciones positivas. Sin embargo, fundamentar la construcción de los tipos de interpretación en esta clase de delitos en la infracción de un deber específico que, en su origen, tiene una naturaleza extrapenal aunque por el código jurídico se transforma en un deber netamente penal, supone

⁶ El propio Javier SÁNCHEZ-VERA (p. 73, nota 25) considera que el denominado «deber extrapenal» por *Roxin*, se convierte en deber netamente penal tras su transformación por el código jurídico.

una tautología⁷. En los delitos contra la Administración pública, por ejemplo, tiene lugar efectivamente la infracción de un deber⁸ que se pone de relieve claramente cuando en muchos tipos penales incluidos en el Título XIX, se alude expresamente al quebrantamiento de una función encomendada al funcionario público o a la autoridad «por razón de su cargo» (arts. 413, 414, 415, 416, 417, 419, 420, 421, 425, 428, 432, 433, 436, 438, 439, 441, 442, 445 bis), pero es necesario determinar el sustrato en virtud del cual el legislador ha establecido un deber «personalísimo» de acción penal, para el supuesto de que un sujeto se encuentre en la situación típica de un delito que exige en el tipo objetivo la concurrencia de determinadas condiciones para poder ser autor.

Junto a esta crítica es necesario poner de manifiesto que las instituciones positivas —que exigen el establecimiento de relaciones positivas de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico—, así descritas resultan, por un lado, sumamente formales, puesto que hacen referencia a la mera titularidad de la posición jurídica del sujeto en virtud de la cual participa, en el supuesto de los funcionarios públicos, en el ejercicio de funciones públicas, o en el supuesto de los padres, en el ejercicio de las funciones de cuidado y capacitación de los hijos. Por otro lado, resultan insuficientes porque no responden a la cuestión de la determinación del concreto sujeto obligado a establecer relaciones positivas de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico. Es preciso remitirse en este punto a *Armin Kaufmann* que explicó el doble sentido del concepto de deber desarrollando la posición de *Binding*. A juicio de *Armin Kaufmann*, por un lado deber significa «tener que», es decir y por ejemplo, «se tienen que» pagar impuestos o «se tienen que» evitar lesiones para la vida. Para este sentido del deber, «el hombre aparece aquí no como sujeto que actúa, sino como miembro de la relación de distribución de bienes»⁹. Por otro lado, el segundo sentido del deber se caracteriza porque es un deber concreto que obliga a un sujeto concreto personalmente¹⁰. La pregun-

⁷ Véase esta crítica en la construcción de ROXIN, en GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 337, 366, nota 223.

⁸ Véase mi trabajo RUEDA MARTÍN, M.^a A.: «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», RDPCr, n.º 8, 2001, p. 136.

⁹ Véase Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1954, p. 127. Fundamental al respecto GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 410.

¹⁰ Véase Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*. Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1954, p. 128 y 129. Fundamental al respecto GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 411.

ta que debemos hacernos es la siguiente: ¿quiénes están obligados, en concreto, a establecer relaciones positivas de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico?

Para *Gracia Martín*, existen un conjunto de actividades sociales encaminadas a la satisfacción de las necesidades del individuo y de la comunidad social. Para ello se institucionaliza el ejercicio de determinadas funciones sociales cuyo fin es impulsar y crear las condiciones de satisfacción de las pretensiones del individuo y de la comunidad, o expresado con las palabras de *Javier Sánchez-Vera*, su fin es el establecimiento de relaciones positivas de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico. Sobre la creación de estas situaciones jurídicamente deseadas se vierten juicios de valor que tienen que ser realizados: así «tienen que» ser prestados alimentos para que se vean salvaguardadas la salud y la vida o «tienen que» pagarse impuestos. Por la naturaleza de las distintas funciones de impulso y creación de estas condiciones de satisfacción de pretensiones y necesidades, se encomiendan a determinados círculos de sujetos: jueces, funcionarios públicos, padres...¹¹ Estos sujetos, con base en las competencias asumidas para el ejercicio de tales funciones, ostentan una determinada posición que describe la situación concreta en que se encuentra un sujeto en una relación característica con determinadas personas y objetos. Esta característica es *personal* (y no la poseen todos) aunque *objetiva*, porque mediante ella se identifica el *status* formal de que están investidos los sujetos que están en unas relaciones y vínculos determinados con otros sujetos y con objetos de su entorno¹². Sin embargo, estas posiciones meramente formales, como ha resaltado entre nosotros *Gracia Martín*, en que se encuentra un sujeto respecto a otro o a ciertos objetos, delimitan únicamente el ámbito social en que ciertas clases de sujetos llevan a cabo funciones específicas, pero no hacen referencia a lo que hacen u omiten en cada situación concreta tales sujetos especiales cuando ejercen las funciones y competencias que les atribuye su *status*. La práctica regular de las mencionadas funciones específicas se actualizará y concretará mediante el ejercicio de una pluralidad de conductas muy distintas y variadas que únicamente

¹¹ Véase GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 411 y 412.

¹² Véase GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 195 y ss.; 233, 365 y ss.; el mismo, «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 475.

dentro del *status* correspondiente adquieren un determinado sentido social específicamente relevante¹³.

Los deberes que se encuentran detrás de las instituciones positivas son desde luego independientes de la multitud de concretas conductas que puedan realizar en cada situación los sujetos. Es el propio individuo quien, con su comportamiento concreto, *asume* la protección de o garantiza determinados bienes como ha indicado *Robles Planas*¹⁴. El hecho de que una persona se encuentre unida con un determinado bien jurídico de forma positiva (para su fomento) o se encuentre vinculado, en cambio, de manera simplemente negativa (sólo como persona), no es suficiente para responder a la pregunta de ¿quiénes están obligados a realizar el correspondiente comportamiento de producción de una situación jurídicamente deseada? La respuesta de *Gracia Martín* apoyada en el discurso de *Armin Kaufmann* me parece la correcta: el que tenga el dominio del ámbito social en el que ha de ser producida tal situación o evitada la no deseada, que es lo mismo que decir, realizando una abstracción, el que tenga el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico¹⁵. El deber «personalísimo» de acción penal surge porque unos determinados sujetos tienen un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y como

¹³ Véase GRACIA MARTÍN, L.: «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 475.

¹⁴ Al respecto hemos de hacer referencia a la magnífica obra que ha aparecido recientemente de ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, y que ha efectuado inteligentes críticas sobre esta diferenciación entre instituciones positivas y negativas. De este modo se cuestiona ROBLES PLANAS, «¿cómo se determina el que una persona se halle vinculada a un bien de forma positiva o negativa? A mi modo de ver, no se puede resolver esta cuestión de un plumazo, afirmando que existen (sin más) instituciones sociales que determinan la vinculación positiva. Este planteamiento deja en manos de «la sociedad» (¿?) la decisión sobre cómo se vincula una persona a un bien. Tengo serias dudas acerca de si ello es así. Más bien, me parece que la vinculación con los bienes jurídicos debe partir del propio individuo. La dogmática penal ha desarrollado un impresionante aparato teórico basado en la idea de asunción para derivar deberes positivos sin tener que renunciar al pensamiento individual. Es el propio individuo quien, con su actuar, *asume* la protección de o garantiza determinados bienes. Creo que este planteamiento es mucho más *garantista de la libertad individual* y mucho más *preciso* que el recurso a las instituciones positivas» (p. 229).

Por supuesto para otra visión crítica global del delito de infracción de deber debe consultarse la mencionada obra de ROBLES PLANAS.

¹⁵ Véase GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 411 y ss. Sobre el concepto del dominio social, véase más adelante y nota.

han accedido de tal forma al bien jurídico, quedan obligados por la norma penal a actuar de una determinada manera o a abstenerse de actuar¹⁶.

Por último y en referencia a otras cuestiones apuntadas en los argumentos expuestos por *Sánchez-Vera*, es preciso señalar, por un lado, que en la doctrina ya ha habido intentos de fundamentar que en algunas omisiones se infringen prohibiciones como el reciente de *Javier Sánchez-Vera*, pero a tales intentos se ha opuesto de forma contundente un muy cualificado sector doctrinal como *Armin Kaufmann*, *Schünemann* o *Silva Sánchez*, quien concluye que «ninguna omisión puede, pues, llegar a infringir una norma de contenido materialmente prohibitivo; ello es indefendible»¹⁷. Y, por otro lado, la demostración con argumentos lógicos y lingüísticos de la fungibilidad de prohibiciones y mandatos y de sus respectivos objetos, debe ser valorada, como ha indicado con acierto *Gracia Martín*, como una aplicación lógico-abstracta en sí correcta, «pero con la que se pierde completamente el horizonte de lo que es específico del Derecho en general y del Derecho penal en particular»¹⁸.

En el Capítulo VII (pp. 123-152) se centra *Sánchez-Vera* en una crítica vertida contra los delitos de infracción de deber: ¿supone el delito de infracción de deber una moralización ilícita del Derecho? De la mano de esta cuestión se trata otra: si los mandatos son demasiado imprecisos para conformar normas jurídicas. En relación con la primera cuestión concluye que es cierto que las instituciones positivas al exigir al destinatario una prestación que supone una limitación de la libertad, tienen que ver más bien con la Moral que con el Derecho. Sin embargo, esta «moralización del Derecho» no resultaría un problema si se responde a la pregunta de si las expectativas dirigidas a la edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico pueden ser esperadas normativamente, a pesar de que el autor no haya organizado previamente nada en relación a ese

¹⁶ Sobre la concreción del deber personalísimo de acción en las normas generales y especiales, véase Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, pp. 138 y ss., 141 y ss. Véase también sobre el deber de actuar del sujeto cualificado formalmente por el elemento de la autoría de dominio social GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 408 y ss.

¹⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 321.

¹⁸ Véase GRACIA MARTÍN, L.: «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 431.

suceso. De esta manera se podría fundamentar que puede existir, al menos en ocasiones, una vinculación entre el Derecho y la Moral (p. 140). Concluye el autor que «el Derecho penal quiere —ha de querer— tal —denominada— restricción, si es que él mismo tiene como fin —y lo tiene— la protección de los intereses básicos de nuestra sociedad y, en particular, de la institución *neminem laede*. Y es que, como hemos comprobado, las instituciones positivas aseguran precisamente la libertad —la misma que sus críticos afirman que coarta— o, lo que es lo mismo, las *condiciones reales* de existencia concreta de la institución negativa *neminem laede*». A juicio de este autor queda, entonces, claro tanto la total licitud de los deberes positivos y sus instituciones como su absoluta necesidad en Derecho penal, incluso desde una perspectiva constitucional (p. 148). En relación con la segunda cuestión afirma Sánchez-Vera que los deberes positivos de los delitos de infracción de deber se encuentran suficientemente individualizados, ya que las normas de los tipos de interpretación de los delitos de infracción de deber sólo atañen a los que pertenecen a unos pocos roles, como jueces, policías, otros funcionarios, padres, tutores, administradores, etc. (p. 149). Cosa distinta sucede, sin embargo, con los deberes positivos basados en una solidaridad mínima, como el recogido en el artículo 195 del Código penal. Este tipo de mandatos abarca deberes positivos de naturaleza universal (porque pueden, en principio, afectar a todos) y de naturaleza incondicionada (porque las condiciones generales de la ayuda no se encuentran circunscritas a un caso concreto), y puesto que estos mandatos no están determinados de forma precisa la punibilidad es menor que cuando, como en los delitos de infracción de un deber, los deberes se hallan suficientemente determinados. En suma en este tipo de delitos propios de omisión es la existencia de la situación de necesidad por sí la que fundamenta el deber positivo del sujeto y, con ello, la que fundamenta que al sujeto le incumba el suceso (pp. 150-151-152).

La diferencia entre la omisión del deber de socorro tipificada en el artículo 195 y los delitos de infracción de deber radicaría en que en la primera los deberes positivados se establecen de forma genérica (que implican menor pena), mientras que en los segundos los deberes están más delimitados. Sin embargo, tal diferenciación resulta discutible con los argumentos expuestos por Sánchez-Vera. Desde luego, podemos admitir que como consecuencia de la realidad que pretende acotar el tipo de la omisión del deber de socorro (artículo 195 del Código penal) y que se refiere, con carácter general, a aquellas situaciones de necesidad de las personas en que es preciso prestarles auxilio, surge *un deber de actuar genérico* fundamentado sólo en deberes de solidaridad y, por cierto, para cuya punibilidad es preciso establecer en la Parte

Especial tipos específicos de omisión pura que son menos graves en contenido de injusto¹⁹ que los tipos de comisión por omisión. Ahora bien, es difícil aceptar que los deberes establecidos en los delitos de infracción de deber sean más precisos, sobre todo aquellos que no se hallan legalmente tipificados²⁰.

En el Capítulo VIII (pp. 153-178) que tiene como rúbrica «La “caza” del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber», [aludiendo a la irónica frase de Arthur Kaufmann, «la caza de la finalidad en la imprudencia», *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1976, p. 166], se dedica al análisis y crítica de los diferentes modelos de fundamentación de la limitación de la autoría en esta clase de delitos, que exigen en el tipo objetivo la concurrencia de determinadas condiciones para poder ser autor entre los que se encuentran los delitos de comisión por omisión, aportados por la doctrina. Se centra, en primer lugar, en los modelos monistas que se basan en la idea rectora del dominio como los de Gallas, Schünemann y Freund. Es necesario poner de relieve que falta, sin embargo, el análisis de la teoría propuesta por Gracia Martín. Para Gracia Martín el fundamento material de la limitación de la autoría en la mayor parte de los delitos especiales a determinadas categorías de sujetos se basa en el ejercicio de una función *específica*, que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función, y que denomina *relación de dominio social*. El «dominio social», se erige en el fundamento material de los elementos especiales de autoría, y es definido como el conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos, y que son determinantes de la posibilidad de actuación del dominio finalista del hecho. Además la relación de dominio social es el criterio decisivo de identidad entre la acción y la (comisión por) omisión en la esfera del tipo de lo injusto²¹.

¹⁹ Véase GRACIA MARTÍN, L.: «La comisión por omisión en el Derecho Penal español», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, p. 102.

²⁰ Véase en este sentido la crítica de ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 230.

²¹ Véase GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, I, Teoría General*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985; el mismo, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, II, Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1986; el mismo, «Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *AP*, n.º 16, 1993. Ya, expresamente, para la comisión por omisión, el mismo, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida huma-*

En segundo lugar, se centra en el análisis y crítica de los modelos aditivos que exigen un dominio del hecho y la infracción de un deber especial. En relación con tales modelos rechaza, tajantemente, la necesidad del dominio del hecho como criterio delimitador. Finalmente se plantea si es posible desvincularse de la institución positiva y concluye que sólo existen dos mecanismos conforme a Derecho para autoexcluirse o desvincularse de deberes positivos. Por un lado, ciertas instituciones ofrecen esta posibilidad, siguiendo un determinado procedimiento como, por ejemplo, los deberes de los padres respecto de los hijos terminan cuando se da un hijo en adopción (p. 174). Por otro lado, existe la posibilidad de desvincularse de los deberes positivos de una institución mediante delegación de los mismos, respetando siempre los institutos liberadores de la imputación objetiva (pp. 174, 175 y 176). De este modo, ya sea porque la institución no lo permite, o porque no se ha respetado el procedimiento adecuado o porque se trata de una delegación no cubierta por los principios de la imputación objetiva, toda renuencia a los deberes de la institución positiva fuera de estos casos conlleva responsabilidad, como mínimo, por tentativa si existe principio de ejecución (p. 176).

En la Tercera parte del trabajo se dedica *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles* a las «*Posibilidades de intervención delictiva de los obligados especiales y en los delitos cometidos por ellos*», y extrae agudas consecuencias de los planteamientos desarrollados con anterioridad en la teoría general de la autoría y participación.

a) En relación con la autoría concluye, en primer lugar, que el obligado positivamente que quebranta su deber responde siempre como *autor* de un delito de infracción de deber (p. 183). Además, el legislador así lo ha reconocido expresamente en la misma letra de la ley (delitos de infracción de deber positivados) y un ejemplo claro de ello, a juicio de este autor, son los delitos de funcionarios y analiza los arts. 432, 414 y 419 del Código penal (pp. 184 y 185). En segundo lugar, lo mismo vale para los delitos de infracción de deber que no se encuentren positivados e independientemente de que la letra de la ley lo haya pues-

na independiente y libertad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; el mismo, «Política criminal y Dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)», *AP*, 1994, núm. 18; el mismo, «La comisión por omisión en el Derecho Penal español», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994. Todos estos trabajos son anteriores al año 2002.

Existen ciertos delitos especiales —muy pocos— como el recogido en el artículo 217 del Código penal: «el que contrajere segundo o ulterior matrimonio», que exige la condición de cónyuge en un primer matrimonio que no se podría explicar mediante el criterio del dominio social.

to de manifiesto de forma directa o no (pp. 186 y 187). A juicio de *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles* el sentido de la ley obliga a la aplicación de un *argumentum a maiore ad minus*, de modo que «sólo existen razones para afirmar que las consecuencias que recogen artículos como el 432, 176, 414, 419 ó 409 han de ser también mantenidas para otros delitos de infracción de deber, aunque éstos no estén así expresamente positivados» (pp. 195 194 y ss.). En tercer lugar, el obligado especial es siempre autor *también* en los casos de aparente participación (pp. 187 y ss.). Así, por ejemplo, si una madre ahoga con sus propias manos a su hijo es, en todo caso, autora de un delito de homicidio o asesinato porque ha quebrantado la institución positiva patria potestad. Del mismo modo, si la madre «únicamente ha prestado ayuda» a la muerte de su hijo, responderá como autora de homicidio o asesinato, a pesar de su aparente acción meramente participativa, porque también aquí ha quebrantado la institución positiva patria potestad²². Ante estas conclusiones plantea *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles* dos cuestiones más: por un lado, aunque el resultado alcanzado puede que recuerde al denominado concepto extensivo de autor considera que lo «determinante para los delitos de infracción de deber no resultan las meras contribuciones causales, sino las lesiones de los deberes que vienen impuestos por una institución positiva» (p. 198). Por otro lado, en su opinión y excepcionalmente propone también supuestos de participación de un especialmente obligado, cuando éste, por diversas razones, no pueda ser autor (p. 199 y ss.).

b) En relación con la coautoría, concluye, por una parte, que no es posible una coautoría entre un autor por organización (con dominio del hecho) y un autor por infracción de deber, porque la coautoría, en general, presupone criterios de imputación únicos para todos los coautores (p. 201), y la lesión del deber es algo personalísimo (p. 202). Por otra parte, la coautoría no es posible en los delitos de infracción de deber porque «el *status* de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento» (p. 202).

²² Una última conclusión a la que llega *Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES* es que a la madre que pretenda ayudar al asesinato de su hijo, por ejemplo, facilitando a este ejecutor el arma homicida, habrá de castigarla como autora de una tentativa de homicidio aun cuando el hecho principal no haya entrado en la fase de comienzo de ejecución. La madre habría cometido en este supuesto una tentativa de homicidio como autora porque la infracción de deber es completa (pp. 192 y 193).

c) En relación con la autoría mediata y los delitos de infracción de deber distingue varios grupos de casos: a) *Intraneus* que utiliza a un *extraneus* como instrumento. En tales supuestos estima Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles que la figura de la autoría mediata no es adecuada «para describir dogmáticamente la situación del obligado positivamente que lleva a un *extraneus* o deja que ese *extraneus* lleve a cabo la ejecución que —si bien no para él, pero sí para el *intraneus*— resulta típica... Estamos, pues, ante una responsabilidad inmediata —y en ningún caso mediata— del obligado especial» (pp. 207 y 208). Por el contrario el instrumento —al faltarle la cualificación— sólo habrá de responder como partícipe (p. 209). b) «Contribución» de un *intraneus* en el hecho de otro *intraneus*. En estos supuestos considera Javier Sánchez-Vera que tampoco es necesario hablar de autoría mediata (p. 212). c) Un obligado especial no impide el hecho de otro, respecto de cuyos comportamientos, en virtud de una institución positiva, se encuentra encargado. En tales supuestos el obligado especial responde como autor inmediato (pp. 121 y 213).

d) Finalmente y en relación con la punibilidad como inductor para el obligado positivamente, considera Javier Sánchez-Vera que «toda incumbencia en virtud de una institución positiva y referida a que un determinado sujeto no adquiera un dolo delictivo determinado conduce a la responsabilidad por autoría... Ejemplo: A cuenta a la madre M que odia a su hijo (el de M) y que está pensando en quizá matarlo. En contra de su obligación positiva de proteger la vida de su hijo, la madre M no hace nada por disuadir a A de su plan. La madre será responsable de un delito de infracción de deber en comisión por omisión y, en verdad, como autora, y no como inductora por omisión» (p. 213).

Si nos centramos ya concretamente en las consecuencias en torno a la autoría —autor del delito de infracción de deber será todo aquel obligado positivamente que quebranta su deber—, permanece inalterado el clásico reproche —que no ha sido superado— de que esta concepción vulnera el principio de legalidad. Como señaló Gimbernat, la construcción del delito de infracción de deber de Roxin va demasiado lejos porque el principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el Código penal no lo dice expresamente²³. Además, es muy discutible que el legislador haya reconocido expresamente en la letra de la ley de determinados preceptos del Código penal, que el obligado positivamente que quebrante su deber responde siempre como

²³ Véase GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 296 y 298.

autor. Así, por ejemplo, en el artículo 432 del Código penal se tipifica el delito de malversación de caudales o efectos públicos que el funcionario «tenga a su cargo por razón de sus funciones», y la acción típica pone de manifiesto el ejercicio de unas funciones específicas que sólo pueden ser realizadas por determinados sujetos que dominan el ámbito social o institucional en el que se encuentra involucrado el bien jurídico. Como el sujeto ejercita una función determinada en el ámbito de sus competencias ostenta un dominio social, y en consecuencia controla también la estructura social o institucional en la que se encuentra el bien jurídico por lo que tiene la posibilidad de llevar a cabo aquellas acciones adecuadas para lesionar o poner en peligro al bien jurídico de un modo típico. A su vez el bien jurídico protegido en este ámbito sólo es accesible *típicamente* a estos sujetos en virtud del ejercicio de esta función, con lo cual se convierten en garantes del bien jurídico protegido pero en el sentido de no realizar determinadas acciones cuando se desempeña una función pública.

En otros tipos como el artículo 414.2.º, se tipifica la conducta llevada a cabo por un particular consistente en destruir o inutilizar los medios puestos por la Autoridad competente para impedir o restringir el acceso a un documento, con una pena inferior a la del funcionario público o Autoridad que realiza la misma conducta descrita en el artículo 414. 1.º. Conviene señalar que esta conducta del particular complementa al artículo 414. 1.º que castiga al funcionario público o Autoridad que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso y que consiente su destrucción o inutilización. El contenido de injusto del delito tipificado en el artículo 414. 2.º, se explica por el hecho de que el particular accede de un modo puramente fáctico al dominio social para lesionar el bien jurídico protegido, pero es el funcionario público quien ostenta la función de dominio social inherente a su *status*. En virtud de este acceso se realiza la conducta por el particular que fundamenta un desvalor diferente del que se recoge en el delito de daños. Este acceso del particular al dominio social en el que se encuentra involucrado el bien jurídico protegido, comporta una diferente valoración jurídico-penal de la conducta del particular respecto a la del funcionario que ostenta el dominio social típico, y en virtud del cual realiza la conducta delictiva del artículo 414.1.º. Éste es el motivo que fundamenta la atenuación de la pena en el artículo 414. 2.º del Código penal. ¿Qué deber infringe el particular que es considerado autor? Del mismo modo es difícil fundamentar la infracción de deber en conductas como las tipificadas en los artículos que recogen supuestos de participación expresamente tipificados. En efecto, existen unos tipos penales que han recogido expresamente la responsabi-

alidad del partícipe (*extraneus*) junto a la del funcionario público o Autoridad (*intraeus*), como sucede en los artículos 418 y 423. 2.º con una pena inferior a la impuesta para los funcionarios públicos y en los artículos 406, 423. 1.º y 429, donde se establece la misma pena. El problema que se plantea es precisar la relación que existe entre la acción de los particulares y el deber personalísimo del funcionario público²⁴.

La conclusión relativa a que el obligado especial es siempre autor también en los casos de aparente participación resulta muy cuestionable. *Sánchez-Vera* afirma que tanto la madre que ahoga con sus propias manos a su hijo como la madre que «únicamente ha prestado ayuda» a la muerte de su hijo, responderá como autora de un delito de homicidio o asesinato porque ha quebrantado la institución positiva patria potestad y esto es lo que fundamenta idénticas cargas desvalorativas. Sin embargo, esto es, precisamente, lo que hay que demostrar porque incluso desde el punto de vista del argumento del quebrantamiento de la institución positiva de la patria potestad, es difícil aceptar una similitud desvalorativa entre ambos comportamientos y ello es así porque si se indaga sobre la estructura material del hecho que debemos valorar, comprobaremos que tal similitud se desvirtúa y que carece de un fundamento objetivo. Como indica *Boldova Pasamar* estas construcciones pueden transgredir «el significado que tiene la participación dentro de un sistema restrictivo de autor como el nuestro, infringiendo abiertamente el principio de legalidad, por hacer autores a quienes la ley, en virtud de la índole de sus aportaciones no ha previsto como tales»²⁵. A lo que habría que añadir, incluso, que, cuando *Javier Sánchez-Vera* afirma que a la madre que pretenda ayudar al asesinato de su hijo, por ejemplo, facilitando a este ejecutor el arma homicida, habrá que castigarla como autora de una tentativa de homicidio aun cuando el hecho principal no haya entrado en la fase de comienzo de ejecución porque la infracción de deber es completa, se pone de relieve como ha manifestado *Robles Planas*, un rechazo del principio del hecho típico y, en realidad, en un supuesto como el planteado cuando no se ha iniciado la ejecución del hecho típico, no hay en un Derecho penal del hecho, nada que fundamente la responsabilidad²⁶. Además se podría afirmar que en esta clase de delitos objeto de este trabajo en los que se exigiera un resultado

²⁴ Véase RUEDA MARTÍN, M.^a A.: «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», RDPCr, n.º 8, 2001, pp. 152 y ss.

²⁵ Véase BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 280 y 281.

²⁶ Véase ROBLES PLANAS, R.: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 147 y nota 8, 232 y 233.

material, no habría razón alguna para distinguir entre el delito consumado y la tentativa en el ámbito de medición de la pena, porque la producción o no del resultado concreto, no depende de que el deber se haya infringido más o menos. Aunque el resultado concreto no se haya producido, el deber se habrá infringido de igual modo como se pone de relieve en el ejemplo comentado. Entonces, si lo injusto (la defraudación de expectativas) de los delitos de infracción de deber se define por la lesión de la institución positiva a la que sirve el deber, ¿por qué debe pensarse menos la tentativa que el delito consumado?²⁷.

Ya en concreto sobre las posibilidades de intervención delictiva en los delitos cometidos por obligados especiales, Capítulo X, estima Sánchez-Vera que «el comportamiento de un *extraneus* que contribuye a un delito de infracción de deber no es, desde luego, jurídicamente neutro, sino que también a él se ha de imputar el suceso, aun cuando se tenga en cuenta con efecto parcialmente exonerante el hecho de que el *extraneus* careciese de la obligación especial derivada de la institución positiva... La institución positiva únicamente puede ser dañada a través del obligado especial, pero, a través de él, pues, también incumben mediamente al *extraneus* las expectativas positivas» (p. 219), de manera que «el *extraneus* participa del delito de infracción de deber adhiriéndose a una lesión de deber ajena» (p. 221). A continuación y desde el punto de vista del *extraneus* refuerza algunas conclusiones tratadas anteriormente. Así, en primer lugar, se cuestiona si puede llegar a ser coautoría el aporte de un *extraneus* a un delito de infracción de deber. Concluye que un *extraneus* no puede ser coautor del mismo modo que no puede ser autor de un delito de infracción de deber. En su opinión un *extraneus* no puede ser autor de un delito de torturas para obtener una confesión porque no es funcionario. «El no funcionario siempre responderá como partícipe, en tanto que la circunstancia de que haya tenido o no el dominio del hecho será tenida en cuenta a la hora de determinar la pena» (p. 223). En segundo lugar, se plantea cómo han de ser tratados los casos en que un *extraneus* utiliza un *intraneus* impune como instrumento o «coejecuta» con él. La respuesta es que si el hombre de detrás no es de los cualificados, el suceso habrá de ser considerado como jurídico-penalmente irrelevante, desde el punto de vista de un delito de infracción de deber, puesto que una institución positiva no habrá resultado dañada. Finalmente en este capítulo (pp. 228 y ss.) plantea el análisis de los supuestos en que un tercero presta una contribu-

²⁷ Véase esta crítica sobre la insuficiencia del método de la infracción de deber para la interpretación de los delitos con elementos especiales de la autoría en GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, p. 334.

ción a un delito de infracción de deber (complicidad, cooperación necesaria e inducción). En tales casos, si el cómplice o cooperador necesario es un obligado positivamente, será considerado siempre autor (p. 228). Si por el contrario, quien presta tal contribución no es un obligado especial, estaremos ante una responsabilidad por participación y «el diferente *quantum* de su aporte para el resultado habrá de ser tenido en cuenta a la hora de determinar la pena» (p. 229).

La cuestión que se plantea y que se trata en el capítulo XI es si cabe la aplicación o no de una aminoración de la pena al partícipe que no se halla especialmente obligado con un deber positivo, tomando como contexto los delitos de funcionarios. Al respecto concluye *Sánchez-Vera* que tanto en los denominados delitos de infracción de deber propios como en los impropios, se trata del incumplimiento de los deberes que impone una institución positiva, de manera que la infracción de deber fundamenta siempre la responsabilidad del obligado especial, y no sólo la agrava (pp. 253 y 254). Una conclusión muy importante de la obra de *Sánchez-Vera* es que, a su juicio, si se aplica consecuentemente la teoría de los delitos de infracción de un deber no existe un campo para los delitos de infracción de un deber impropios. La clásica distinción entre delitos de infracción de deber (o especiales) propios e impropios es superflua, puesto que tanto en los delitos de infracción de un deber propios o impropios se trata de igual manera de la lesión de una institución positiva²⁸, opinión a la que se ha sumado JAKOBS, G.: *La omisión: estado de la cuestión*. Ed. Civitas, 2000, p. 150. Consecuencia de esta importante conclusión es que el artículo 65 del Código penal no afecta a la doctrina del delito de infracción de deber, «pues la Ley sólo describe cómo han de ser tratados los casos en los que una circunstancia agrava la pena, pero no establece cuáles son los casos en que se ha de considerar que una determinada circunstancia únicamente agrava la pena y no, antes bien, la fundamenta» (p. 259). El partícipe en tales delitos de infracción de deber debe gozar de una aminoración de la pena en virtud del art. 21, 6.º del Código penal (p. 260).

²⁸ Yo misma he llegado a la conclusión de que es cuestionable que se diferencie el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales propios e impropios, puesto que en relación con los delitos (especiales) contra la Administración pública, lo básico para la tipicidad es el dominio social típico que ostentan determinados sujetos y en el que se encuentran involucrados determinados bienes jurídicos de una manera esencial u ocasional para el cumplimiento de unas funciones sociales. Este elemento fundamenta lo injusto específico de estas figuras delictivas y, por ello, está sometido a la categoría dogmática del tipo. Véase mi trabajo RUEDA MARTÍN, M.^a A.: «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», RDPCr, n.º 8, 2001, pp. 156 y ss.

En el capítulo XII (pp. 261-273) se ocupa de las relaciones concursales y posibilidades de aminoración de la pena en los delitos de infracción de deber. Respecto de la primera cuestión concluye *Sánchez-Vera* que la conjunción en la persona del obligado especial de un delito común o de dominio (que lesiona la institución negativa) con uno de infracción de deber (que lesiona la institución positiva) fundamenta un concurso aparente de leyes a resolver por el criterio de la especialidad del art. 8, 1.º del Código penal. A juicio de *Sánchez-Vera* la lesión de la institución negativa, como *lex generalis* que es, retrocede ante la lesión de una institución positiva, como ley especial y ello es así porque la institución positiva correspondiente contiene todos los elementos de la institución negativa —el obligado positivamente no debe dañar—, y, además, al menos, un elemento nuevo: el obligado positivamente deberá edificar un mundo en común para fomento y ayuda del bien jurídico de que se trate (pp. 264, 265 y 266).

En relación con la segunda cuestión, acerca de las posibilidades de atenuación de la pena del partícipe extraño en los delitos de infracción de un deber distingue *Sánchez-Vera* si la contribución al hecho del *extraneus* realiza el *quantum* similar al de un autor, recibiría una sola atenuación de la pena porque no se encuentra obligado positivamente; y si el *extraneus* realiza sólo el *quantum* de una ayuda, recibiría una doble atenuación de la pena —una por ser cómplice y otra por no estar obligado positivamente—. *Sánchez Vera Gómez-Trelles* señala que «cierto es que la aminoración de la pena en virtud del art. 21, 6.ª del Código penal, que estamos proponiendo para el que no sea especialmente obligado, no es «de análoga significación que las anteriores», sino, simplemente, «de análoga significación». Pero esto no representa problema alguno. En efecto, como ha señalado parte de la doctrina, si es que se ha de aplicar la analogía, ésta no ha de ir referida expresamente a alguna de las circunstancias reflejadas en el propio art. 21 del Código penal, sino, en general, a su significado material». «Es obvio que las que se invoquen habrán de poseer un significado análogo al de las anteriores, lo que no es intercambiable por afinidad con una circunstancia en particular en su morfología propia» (p. 273).

Centrándonos en la aplicación de una circunstancia atenuante para el *extraneus* que no ostente la cualidad exigida en el tipo objetivo no es una cuestión ni mucho menos pacífica, y la aplicación de tal circunstancia atenuante ha sido muy criticada por la doctrina²⁹. Así *Gim-*

²⁹ Véanse, además de los autores citados a continuación, ALONSO ÁLAMO, M.: *Circunstancias del delito e inseguridad jurídica, Circunstancias modificativas de la res-*

bernat Ordeig señala «que el hecho de no estar vinculado por un deber especial podría considerarse una circunstancia atenuante en los delitos especiales de funcionarios es evidente. Pero, con razón o sin ella el Código Penal no lo ha recogido como tal circunstancia. Inventarla no me parece dogmáticamente posible»³⁰. González Cussac también ha apuntado que el artículo 21. 6.º se refiere sólo a las circunstancias atenuantes, y entre ellas no se encuentra la de *no ser funcionario público*³¹. Como afirma Cerezo Mir «para apreciar una atenuante por analogía no basta con que se trate de una circunstancia que suponga una menor gravedad de lo injusto o de la culpabilidad, pero tampoco es preciso que su sustrato fáctico sea análogo al de alguna de las circunstancias reguladas de un modo expreso en los números anteriores del art. 21. Basta con que ambas circunstancias obedezcan a una misma *ratio*, tengan el mismo fundamento. Esto puede suceder, sin duda, aunque no es preciso que así sea, en las circunstancias atenuantes incompletas, pero también en circunstancias con un sustrato fáctico completamente diferente. No es preciso, por otra parte, que tengan la misma entidad»³². Lo que deberíamos plantearnos, entonces, es si la *ratio* o el fundamento de una circunstancia que suponga una menor gravedad de lo injusto o de la culpabilidad, presenta una identidad de razón con el dato de la ausencia de la condición especial de funciona-

ponsabilidad criminal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 63 y 64; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1990, p. 231, nota 55.

³⁰ Véase GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, p. 292.

³¹ Véase GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.^a ed., 1997, p. 135.

³² Véase CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte General. III, Teoría jurídica del delito/2*, 2001, pp. 368 y 369. Mir Puig estima que debe existir analogía respecto al efecto de modificación de injusto, imputación personal o conveniencia de pena, pero también respecto a la específica razón que constituye el fundamento particular de cada atenuante, lo que no debe llevar hasta exigir la analogía de elementos; véase MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 6.^a ed., L 25/49. El TS considera en su sentencia de 29 de enero de 2002 (A. 4320) que ha de aplicarse el núm. 6.º del art. 21, «cuando, aun sin concurrir todos los requisitos exigidos para la aplicación de alguna otra específicamente recogida, existe una identidad del fundamento con el que movió al legislador a la regulación de esa otra respecto de la cual se aprecia la analogía; también cuando, concurriendo todos los requisitos de la atenuante específica no aparece la razón de atenuar con la necesaria intensidad para aplicar los efectos cualificados inherentes a la exigente incompleta (art. 21.1.^a) previstos en el art. 68, e incluso cuando no hay posible referencia a una atenuante concreta de las previstas expresamente por el legislador, sino una analogía basada en fundamentación genérica de todas las atenuantes (menor antijuridicidad o menor culpabilidad) como recientemente venimos considerando cuando aplicamos este art. 21.6.^a al apreciar lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE».

rio público o autoridad para que podemos apreciar una analogía jurídica o legal. La analogía, con carácter general y siguiendo la clasificación propuesta por *Engisch*, puede ser analogía jurídica o analogía legal. La analogía jurídica procede a la inducción de un principio general que habría hallado expresión en varias disposiciones jurídicas, y luego se aplica dicho principio a casos que no se encuentran ni en la letra ni en el espíritu de esas concretas disposiciones. La analogía legal, sin embargo, parte de una proposición jurídica singular y aplica ésta a casos semejantes³³.

A mi juicio no se puede deducir ningún principio general que abogue por la atenuación de la pena en el partícipe *extraneus*, porque el legislador cuando ha recogido expresamente la pena del partícipe (*extraneus*) junto a la del funcionario público o Autoridad (*intraneus*), unas veces ha impuesto una pena inferior a la impuesta para los funcionarios públicos, como sucede en los artículos 418 y 423. 2.º del Código penal, y otras veces ha establecido la misma pena como sucede en los artículos 406, 423. 1.º y 429 del Código penal³⁴. Además, es difícil fundamentar la aplicación de una atenuante de análoga significación, la ausencia de la condición especial de funcionario público o autoridad, con los argumentos que esgrime un sector doctrinal y la jurisprudencia, porque en ellos prevalece un punto de vista fijado únicamente en la ausencia del *status* formal de funcionario público o autoridad, y, por una parte, no existe ninguna identidad de razón con alguna circunstancia atenuante que suponga una menor gravedad de lo injusto. Por otra parte, el dato de la ausencia de la condición formal de funcionario público o autoridad no se corresponde con el *fundamento material* de la determinación del círculo de posibles sujetos activos en los delitos contra la Administración pública³⁵. No existe, por lo tanto, una identidad de razón, si bien es cierto que los efectos lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se derivan de las acciones de los partícipes *extranei*, no pueden tener para lo injusto el mismo significado que los derivados de las acciones de los partícipes *intranei*. El menor potencial lesivo de estas acciones degrada, sin duda, la medida

³³ Véase ENGISCH, K.: *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., Verlag W Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1977, p. 147. También GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, I, Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, pp. 248 y 249.

³⁴ Véase al respecto RUEDA MARTÍN, M.ª A.: «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», RDPCr, n.º 8, 2001, pp. 147 y ss.

³⁵ Véase mi trabajo RUEDA MARTÍN, M.ª A.: «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», RDPCr, n.º 8, 2001.

de su injusto y su contenido de injusto tiene un significado diferente que debe reflejarse en la medición de la pena³⁶. La aplicación de la circunstancia atenuante analógica del artículo 21, 6.º del Código penal derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario público o autoridad no puede ser tampoco una analogía legal, puesto que en ninguna proposición jurídico penal singular se establece una atenuación para aquel partícipe en quien no concurren las condiciones especiales exigidas en el tipo objetivo. Desde luego, la atenuación de la pena del partícipe que es cómplice ya está prevista de una forma expresa en el artículo 63 del Código penal.

M.^a Ángeles RUEDA MARTÍN
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

³⁶ Véanse GRACIA MARTÍN, L.: «Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *AP*, n.º 16, 1993, p. 230; RUEDA MARTÍN, M.^a A.: «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», *RDPCr*, n.º 8, 2001, pp. 162 y ss.