

LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN UN DELITO ESPECIAL

A propósito de la autoría y la participación en el tipo penal de “torturas”

MARIANO KIERSZENBAUM *

Resumen: Una gran cantidad de tipos penales enuncian al sujeto activo utilizando un término que alude a una especial cualidad (“el conductor”, “el funcionario público”, “el obligado”, etc.), en lugar de referirse simplemente “al que”. Esta característica ha llevado a la doctrina a reflexionar en busca del fundamento de la restricción de sujetos para resolver, principalmente, problemas de autoría y participación. Uno de esos delitos es el de “tortura”, que se refiere al sujeto activo como “el funcionario público”, para luego afirmar que es punible, también, “el particular”. Esta referencia ambivalente (primero al sujeto especial y luego al sujeto genérico) conduce a la jurisprudencia a respuestas verdaderamente extrañas. La salida más sencilla para explicar esa confusa referencia ambivalente conduce al intérprete a tachar de incorrecta la ley. Se tomará aquí un camino distinto.

Abstract: Many categories of criminal offenses name the active party making reference to a particular characteristic (“the driver,” “the public officer,” “the obligor,” etc.) instead of just referring to “any person who”. This has led scholars to study the justification for such restriction of subjects in order to solve, mainly, liability and participation related problems. One of such crimes is that of “torture”, which names the active party as “the public officer”, and then states that “private individuals” shall also be punished. This ambivalent reference (in the first place to the specific subject and then to the generic one) leads to strange courts’ decisions. The easiest way out to explain such confusing ambivalent ref-

* Abogado (UBA). Dedico este trabajo a mi buen amigo Nicolás Laino. Agradezco la atenta lectura y las atinadas sugerencias a Darío Rolón. Por último, agradezco a todos aquellos que me brindaron espacios de desarrollo en el mundo del derecho penal, en particular a Mary Beloff, Maximiliano Rusconi y a Norberto Spolansky y toda su cátedra, especialmente: Claudia Neira, Jonatan Firún, Noemí Rempel y Gustavo Recio Antón.

Este trabajo obtuvo el Primer Premio en el VII Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Penal.

erence is for the interpreter to state that the law is inaccurate. In this article, a different path is proposed.

Palabras clave: Delito especial - Infracción de deber - Delito de organización - Delito de institución - *Extraneus* - *Intraneus* - Torturas - Actuar en lugar de otro.

Keywords: Special crime - Duty infringement - Crimes of organization - Crimes of institution - *Extraneus* - *Intraneus* - Tortures - Act on someone's behalf

I. INTRODUCCIÓN

§ 1. Uno de los problemas que, sin lugar a dudas hoy día —y desde hace tiempo— ocupa buena parte de las agendas de la dogmática del derecho penal, es el de la autoría y la participación en los delitos especiales propios. En estos delitos, el tipo penal refiere al sujeto activo mediante un término que alude a una especial cualificación como, por ejemplo: “el funcionario público”¹, “el obligado”², “el conductor”³, entre otros; en lugar de referirse al tradicional “el que”⁴, que alude a cualquier persona. En razón de lo dicho, “(l)a doctrina dominante afirma que los delitos especiales son aquellos delitos cuya conducta a título de autor sólo es punible si es realizada por determinados sujetos. En los delitos especiales propios⁵,

¹ V. gr., art. 248, CPen.: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, *el funcionario público* que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

² V. gr., art. 1º, ley 24.769: “Será reprimido con prisión de dos a seis años *el obligado* que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiera total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, siempre que el monto evadido excediere la suma de cien mil pesos (\$ 100.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año”.

³ V. gr., art. 193 bis, primera parte, CPen.: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, *el conductor* que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente”.

⁴ V. gr., art. 83, CPen.: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, *el que* instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”.

⁵ Como subgrupo de los delitos especiales, la doctrina refiere a los propios, que son los que aquí interesan, y a los impropios, que son aquellos en los cuales la especial cualificación es constitutiva de una agravante, mas no de la punibilidad por la figura básica.

si quien realiza la conducta no ostenta la cualificación requerida no puede ser en ningún caso autor”⁶.

§ 2. Estos delitos plantean problemas en cuanto a cómo debe interpretarse la calidad del sujeto, pues si el injusto sólo puede ser realizado por ellos, algún fundamento ha de existir para realizar tamaña restricción en la órbita del sujeto activo. Como respuesta a esta problemática, podemos enunciar, al menos, dos posturas diferentes: (a) la especial calidad refiere a la existencia de un deber extrapenal, que el sujeto calificado infringe, y éste es el núcleo de la conducta típica (delitos de infracción de deber⁷); (b) la “restricción a ciertos sujetos activos obedece a que se hallan en una posición idónea para lesionar el bien jurídico” (delitos de posición)^{8 y 9}.

§ 3. La respuesta que a dicha pregunta se dé no tiene un impacto menor, pues influirá directamente en la decisión que se tome respecto de cómo debe tratarse (punitivamente hablando) (a) a quien no teniendo la especial calidad exigida por el tipo¹⁰ domina el hecho lesivo realizando la acción típica; (b) a quien sin dominar el hecho lesivo, tiene la especial cualidad¹¹; y (c) a quien sin dominar el hecho lesivo y sin tener la especial cualidad, participa de algún modo en el hecho.

§ 4. Seguramente el tópico no ha sido trabajado, al menos en nuestro medio, de manera exhaustiva. Pero el problema fundamental finca en la interpretación, ya no de la problemática en general, sino en su aplicación a

⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 225.

⁷ “El primero en plantear directamente un concepto material de los delitos especiales para solucionar cuestiones dogmáticas es Roxin. En su escrito de habilitación (...) califica (...) a los delitos especiales como delitos de infracción de un deber (Pflichtdelikte)...” (GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, p. 254).

⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, ps. 240/241.

⁹ En esta postura podríamos enrolar a Shünemann, para quien “(e)l delito especial, al establecer un especial elemento de autoría, lo que hace simplemente es presuponer en el autor un especial dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico [vid. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 93.]” (GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal...*, cit., p. 261).

¹⁰ Quienes no poseen la especial cualificación son denominados *extraneus*, ver: BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 46. Utilizando los términos: “cualificados o *intraanei*”, LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 84.

¹¹ Quienes poseen la especial cualificación son denominados *intraanei*, ver: BACIGALUPO, Silvina, *Autoría...*, cit., p. 46. Utilizando los términos “no cualificados o *extranei*”, LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen, *La complicidad...*, cit., p. 84.

los casos concretos, es decir, respecto de la interpretación de un tipo penal determinado en cuanto a la valoración de un hecho determinado.

§ 5. Uno de esos tipos penales, que aduna a la problemática de los delitos especiales una particular cláusula, es el contenido en el art. 144 *ter*, inc. 1º, CPen. argentino, el cual reza:

Artículo 144 *ter*.— 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

§ 6. Ya sea por una incorrecta técnica legislativa, esto es, por una mala redacción del artículo, —lo que violaría el mandato de ley cierta (derivado del principio de legalidad)—, ya sea por una incorrecta interpretación de la legislación penal vigente —es decir, por un deficiente manejo de las instituciones que nos proporciona la dogmática penal (como aquí se cree)—, o por ambos en forma concurrente (como lo sugiere recientemente Nicolás Laino¹²), lo cierto es que el tipo penal en cuestión ha generado no pocos problemas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

§ 7. Puntualmente, el inconveniente se genera en cuanto a la interpretación que debe dársele al último párrafo del inc. 1º del art. 144 *ter*, el cual reza: “...igual pena se impondrá a particulares que realicen los hechos descritos”.

Ello así en tanto que es sencillo apreciar que si el tipo penal contenido en el art. 144 *ter*, inc. 1º, se refiere a un “funcionario público”, estaremos, según la definición de la cual partimos, ante un delito especial propio, porque sólo quien sea funcionario público podrá cometer el delito; sin embargo, la cláusula con la que culmina el artículo extiende la punibilidad a los particulares. Las preguntas que debemos hacernos entonces serían las siguientes: ¿Es incorrecta esta cláusula? ¿Cómo debe ser interpretada?

§ 8. Para abordar la problemática, seguiremos un método que consistirá en exponer primero nuestro punto de partida respecto del fundamento de la especial calidad en los delitos especiales propios, así como los requisitos de la autoría. Como segundo paso reseñaremos los hechos de un reciente

¹² Conf. LAINO, Nicolás, “¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de ‘tortura’?” LLBA, año 15, nro. 5, junio 2008, p. 487.

fallo de un tribunal oral de Mar del Plata¹³ (sumamente polémico) y transcribiremos algún párrafo de un comentario crítico (muy reciente) respecto de él, que se adentra, someramente, en el tema bajo estudio adscribiendo a una posición “derogatoria de la ley” (afirmando que la norma penal violaría, en este punto, el mandato de *lex certa*), para luego, finalmente, brindar nuestra propia opinión crítica del precedente jurisprudencial, explicando, de acuerdo con los puntos de partida que serán explicitados previamente, cómo debería interpretarse racionalmente la figura en cuestión.

II. NUESTRO PUNTO DE PARTIDA

§ 9. Es necesario, en forma previa a adentrarnos en la interpretación de una cláusula en particular, aplicada a un caso particular, exponer nuestra idea de qué se entenderá aquí por delito especial propio y de cuáles son los requisitos de la autoría en esta clase de delitos.

§ 10. Como ya dijimos en la introducción, estos delitos sólo pueden ser realizados por el sujeto cualificado. Respecto de cuál es el sentido de la cualificación, si es una infracción de deber, si es una referencia a la posición preferente del sujeto activo respecto de la lesión del bien jurídico, o si dentro de la categoría delitos especiales hay de los unos y de los otros, creemos aquí que los delitos especiales son sólo aquellos que fundamentan la punibilidad del autor cualificado en un especial deber y negamos la existencia de los delitos de posición¹⁴. A esta afirmación arribamos sobre

¹³ Nos referimos a la sentencia dictada el 22 de abril del corriente año, por el Trib. Oral Crim. Mar del Plata n. 3, en el marco de la causa “V.O.V. s/robo con armas, tortura y tenencia ilegal de arma de fuego”.

¹⁴ Como se puede advertir, en este trabajo serán identificadas las nociones de delito de infracción de deber y delito especial. No obstante, no desconocemos que la doctrina tiende a diferenciar las nociones, pero ello se debe, según aquí se cree, a la separación entre sujetos que tienen una especial posición respecto del bien y sujetos que tienen un especial deber, la cual, como dijimos, rechazamos. En sentido diferenciador de las nociones de delito de infracción de deber y delito especial, CARO JOHN, José A., “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003, “Una cuestión a subrayar es que los delitos de infracción de deber se diferencian de las figuras delictivas conocidas como ‘delitos especiales’. Como ya se ha visto, mientras que los deberes positivos ocupan el centro de los delitos consistentes en la infracción de un deber, el núcleo de los delitos especiales lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor, o de la acción, o bien la forma en que un determinado objeto de bien jurídico puede ser lesionado. Por tanto, no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales porque ello sólo evidencia ‘una confusión de planos, pues mientras la dicotomía *delitos comunes/delitos especiales* se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía *delitos de dominio/de-*

la base de analizar detenidamente qué consecuencias traería creer que la referencia al sujeto tiene sentido respecto de su posición preferente en relación con la lesión del bien. Veamos: si pensáramos que la enunciación de sujetos cualificados responde a que ellos están en mejor posición para lesionar el bien con respecto al resto de los sujetos (es decir, una presunción de dominio), ante la comprobación fáctica de que otro sujeto, no enunciado en el catálogo, lesiona efectivamente el bien, no tendremos prurito en admitir su autoría, toda vez que él ha demostrado que también estaba en una posición idónea de lesionar el bien, pues así ha ocurrido. Y, *contrario sensu*, si quien ostenta la especial calidad (la cual hace presumir su dominio) demuestra que no estaba en efectivo dominio, entonces la autoría no podría configurarse, pues de lo contrario se trataría de una presunción *iure et de iure*, inadmisibles en Derecho penal¹⁵. En síntesis, pensar en posiciones especiales carece de total sentido, pues en el concreto análisis advertiremos que todo el que haya lesionado el bien ha estado en una posición que le permitió hacerlo, con lo cual la referencia a su calidad especial deviene en innecesaria.

litos de infracción de deber si recoge una diferenciación material' (García Cavero, 1999, p. 42). En el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, siendo irrelevante la forma de cómo ha de ejercitarse la acción. En cambio, en el ámbito de los delitos especiales la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico; como los elementos de configuración de la acción vienen dados por el tipo, entonces no hace falta que el autor sea portador de ningún deber. Además los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio, cuestión que se hace evidente cuando el tipo penal, al cerrar los contornos de sus fronteras mediante la descripción de las cualidades del autor y de la forma en que la acción ha de ser desarrollada, permite que el autor se mueva dentro del tipo como dueño y señor del hecho, siendo relevante para la configuración del injusto las lesiones en los bienes de terceros que se deriven de la incorrecta administración de su ámbito de organización".

¹⁵ Sostienen Zaffaroni, Alagia y Slokar, al analizar la presunción de legítima defensa establecida en el art. 34, inc. 6º, de la parte general del Código Penal argentino, que tal presunción no puede ser entendida sino como una presunción *iuris tantum*, ya que las presunciones *iuris et de iure* no son admisibles en derecho penal, puesto que presumir algo *iuris et de iure* no es otra cosa que aseverar una falsedad; dicen —textualmente— los nombrados juristas, acerca de la legítima defensa: "La doctrina dominante (Soler, Núñez, Fontán Balestra, Creus) entiende con razón que se trata de dos supuestos de presunción *iuris tantum* (...) no sólo es la interpretación acorde con todos los antecedentes legislativos, sino también la que no violenta la incompatibilidad de las presunciones *iuris et de iure* con los principios del derecho penal" (ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 602). No podemos menos que coincidir con la solución dada por los lúcidos juristas de la Universidad de Buenos Aires.

§ 11. Decimos entonces que la referencia al sujeto cualificado siempre tiene como trasfondo la infracción de un especial deber extrapenal¹⁶ que trasciende (y complementa) al mandato negativo genérico de no dañar a otro (*neminem laedere*) que fundamenta la punición de los delitos de dominio o de organización¹⁷. Con esto establecemos una diferencia entre dos tipos de *deberes*: uno, genérico (que recae en cabeza de todo ciudadano), que se limita a generar en el sujeto una obligación negativa: la de no dañar (el objeto de bien jurídico, si se quiere); y el otro, el *deber especial*, que no se conforma con el simple “no dañar”, sino que impone al sujeto hacia el cual está dirigido una obligación positiva: la obligación de hacer una institución. Son acertadas las palabras de Jakobs vertidas en el siguiente párrafo:

Siempre que el autor no actúa en el papel de “cualquiera”, que sólo tiene el contenido negativo de que no debe lesionar a otros, sino que actúa cumpliendo

¹⁶ Es Roxin quien utiliza el término “deber extrapenal” como fundamento de los delitos especiales, pues “para Roxin los delitos de infracción de deber son aquellos en los que el tipo penal requiere que el autor haya lesionado un deber extrapenal” (BACIGALUPO, Silvina, *Autoría...*, cit., p. 85).

¹⁷ En la obra de Jakobs aparecen diferenciados dos clases de roles que le competen al sujeto, los institucionales y los de organización. Respecto de estos últimos, dice Jakobs, que se trata de roles comunes, genéricos, sobre los cuales interesa su contenido negativo, “es decir, el deber de no lesionar a otros...”. “(A)l producirse el quebrantamiento de un rol común se trata de la infracción de aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robes, etc; el ‘no’ respectivo resalta el lado negativo del rol” (JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, p. 75). Más claro: se trata de delitos “en los que quien interviene tiene con la víctima (potencial) una relación exclusivamente negativa: Quien toma parte debe mantener su ámbito de organización en tal estado que no tenga *output* alguno en detrimento del ámbito de organización ajeno. Estos delitos se llaman delitos de dominio, porque la responsabilidad surge de un acto organizativo” (JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, p. 730, parág. 16). En palabras de Sánchez-Vera: “La institución negativa a la que me estoy refiriendo es conocida desde el derecho romano, y se resume en la sentencia ‘no dañar a nadie’ (*neminem laedere*). Que esta institución debe ser garantizada por el derecho penal es tan obvio como que ninguna sociedad puede renunciar a ella, al menos sin dejar de ser precisamente eso: sociedad, y no ‘estado natural’ en donde reina la guerra de todos contra todos. Y así, aunque con diferencias terminológicas, este principio aparece recogido en los sistemas iusfilosóficos más destacados: para Kant, se trata de no inmiscuirse en las ‘esferas de libertad’ ajenas; en la *Filosofía del derecho* de Hegel, la máxima se concreta en el conocido ‘respetar a los demás como personas’ (parág. 36), y para Schopenhauer ‘el deber jurídico ante los demás es: ¡no dañes!’; por citar solamente algunas de las formulaciones de este principio. El quebranto de esta institución negativa da lugar a los llamados delitos de organización o de dominio del hecho” (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Delito de infracción de deber”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 273).

un rol con contenido positivo, (...) tiene el cometido de realizar una institución, y por ello la denominación de lesión de un bien jurídico es completamente inadecuada para tales infracciones de deber.

Un policía que da una paliza a un ciudadano lesiona la salud de su víctima; esto se puede denominar, ciertamente, lesión de un bien jurídico. Pero la infracción de su rol específicamente como policía no queda designado de este modo, en todo caso, no de manera adecuada; materialmente se trata de una infracción del deber especial de participar en la realización de una policía íntegra¹⁸.

Por ejemplo cuando a un padre se le imponen deberes respecto de su hijo, *no sólo le incumbe el deber de no dañarlo o evitar que otros lo dañen* (obligación negativa)¹⁹, sino que también le incumben obligaciones positivas (brindarle las condiciones adecuadas para proporcionarle un buen desarrollo, etc.). En suma: el imperativo proveniente del deber negativo le dice al individuo: “No empeores el estado de cosas respecto de otro (de un objeto de bien jurídico)”; mientras que el imperativo emergente del deber positivo prescribe: “Mejora el estado de cosas respecto de otro (de un objeto de bien jurídico)”. La infracción a esta obligación positiva es la que funda, según lo que aquí se entenderá, el *mayor injusto* en los delitos especiales, pues el sujeto encargado de mejorar la situación del bien jurídico no sólo no lo hace, sino que además realiza una acción tendiente a su destrucción.

§ 12. Ahora bien, admitir la punición exclusivamente por la infracción a un deber extrapenal que impone una obligación positiva (la de hacer una institución) implicaría un riesgo evidente respecto de la delimitación de las

¹⁸ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en AA.VV, *Libro homenaje...*, cit., ps. 43 y 44.

¹⁹ A pesar de la total coincidencia que tenemos con Jakobs en el párrafo previamente citado, nuestra postura aquí es ostensiblemente diferente a la adoptada por el mismo Jakobs en *Derecho penal...*, cit., pues el autor, en aquella obra, a pesar de referirse a deberes positivos (deberes que surgen de institución), no lo hace con el mismo contenido que aquí quiere dársele (y que el propio Jakobs parece querer otorgarle en “¿Qué protege el Derecho penal..., cit.). Pues en la obra mencionada, Jakobs, si bien entiende que el deber especial le impone al sujeto una obligación *extra* respecto de no dañar, esa obligación se traduce en *evitar que otros lo dañen*; en definitiva, el deber, tanto positivo como negativo, tendría la función de “evitar daños” (ya sea infringidos por el propio autor o por un tercero), es decir, *mantener un estado de cosas*, y no la de generar algo extra, la de modificar el estado de cosas a favor del sujeto, como aquí se cree. Véase en este sentido el siguiente párrafo: “Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada de un bien” (*Derecho penal...*, cit., p. 791). De hecho, Jakobs, al ejemplificar, afirma, en sentido completamente contrario al ejemplo que nosotros utilizamos, que el deber institucional del padre, respecto del hijo, se refiere a la obligación del padre de evitar que terceros dañen al niño, es decir, a “mantener incólume el ámbito de organización ajeno”.

fronteras del poder punitivo en un Estado constitucional de Derecho, pues bastaría con la mera infracción a la norma para fundar la punibilidad. Por consiguiente, se entenderá aquí que la referencia al *bien jurídico* lesionado, o al *daño a otro* no pierde protagonismo, o mejor, no es reemplazada por la infracción de deber. El daño a otro siempre debe ser requisito de punibilidad en cualquier clase de ilícito.

§ 13. Con esto afirmamos que los delitos especiales propios contienen un disvalor integrado por el daño a otro (representado en el caso particular por la tendencia de la acción a lesionar el objeto de bien jurídico protegido) y a este disvalor se le suma la infracción a un especial deber positivo que recae en cabeza del sujeto activo. Cuando un agente de las fuerzas de seguridad tortura a un ciudadano no lesiona simplemente el deber negativo *neminem laedere* (esto sería mediante la tendencia de su acción a lesionar los bienes jurídicos libertad, integridad física y/o dignidad de las personas), sino que también infringe el deber positivo de hacer una institución (el deber que fundamenta la punibilidad más gravosa de los delitos de infracción de deber). En suma, ambos requisitos deben estar presentes en el caso.

§ 14. De lo expuesto, para determinar la autoría de un sujeto respecto de un delito especial propio, necesitaremos comprobar que ha violado el mandato genérico *neminem laedere*, que fundamenta la punibilidad en los llamados “delitos de dominio” o “de organización”, que exigen el dominio del hecho por parte del sujeto activo y, adicionalmente, *debe ser el portador del deber positivo infringido*. Es decir, en los delitos especiales propios, el dominio del hecho, desde nuestro punto de vista, no se desplaza por la mera infracción, sino que ambos requisitos confluyen, siendo necesaria la presencia de uno y otro para imputar a título de autor.

§ 15. A partir de lo afirmado, y para dar cumplimiento al objetivo propuesto en la introducción, comenzaremos el análisis de la forma en que se ha interpretado la cláusula extensiva de punibilidad en el caso del delito de torturas en un precedente jurisprudencial, para luego de reseñar una reciente opinión, dar nuestro punto de vista.

II. BIS. EXCURSO: EL DEBER DE INSTITUCIÓN, ¿FACTOR AGRAVANTE DE LA RESPONSABILIDAD O FACTOR DE IMPUTACIÓN?

§ 16. En este excurso nos referiremos a un punto que estimamos de suma importancia. Como lo hemos visto, al hablar de delitos de infracción de deber, este trabajo se refiere a un componente que fundamenta una punición más gravosa; sin embargo, cuando la doctrina habla de los “delitos de

institución” o de los “delitos de infracción de un deber”, se menciona como una de sus características centrales el hecho de que las reglas de imputación se modifican, “relajándose”. En efecto, en el ya mencionado caso del padre respecto del hijo, los autores afirman que el padre responderá como autor de homicidio aun cuando no realice ninguna acción con capacidad objetiva de pretender el resultado, no domine el hecho ni nada que se le parezca; pues simplemente responde por la infracción al deber institucional (tanto por acción como por omisión).

Desde este punto de vista, estos deberes se nos presentan como instrumentos que influyen pura y exclusivamente como factores de disminución de las reglas generales de la imputación de autoría: teniendo la calidad, para imputar autoría se requieren menos elementos o exigencias.

Sin embargo, *esa definición no puede explicar el porqué de la mayor pena para esta clase de delitos.*

§ 17. A poco que se observe la descripción de conductas relativas a “delitos especiales”, se advertirá que la pena con la cual se reprimen esa clase de conductas es notoriamente superior a la pena con la cual se reprime la comisión de delitos “comunes”. Así, por ejemplo, la tortura (delito de funcionario público) tiene una pena que va de los 8 a 25 años (misma pena que el homicidio simple) y el homicidio cometido por un agente de las fuerzas de seguridad o el parricidio tienen una pena de prisión o reclusión perpetua.

Este notable agravamiento en la situación punitiva del autor tiene que tener una explicación que, según el desarrollo por nosotros efectuado, es, estimamos, clara: *la mayor pena se debe a la infracción del deber positivo sumada al deber negativo.*

§ 18. Ahora bien, si lo que decimos es cierto, quienes sostengan que en los delitos de infracción de deber o de institución el dominio del hecho es un elemento totalmente ajeno, porque lo que determina la autoría es la mera infracción al deber, no podrán brindar una explicación para el aumento de pena que ostenta esta clase de delitos, ¡porque el elemento “violación al deber” ya ha sido valorado para “relajar” las reglas de imputación!

Véase en este sentido la postura de Politoff respecto de admitir el instituto del delito impropio de omisión para imputar parricidio:

La cuestión a resolver es si puede existir parricidio por omisión. Como se sabe, para que pueda darse el homicidio por omisión, que es sin duda impropia, deberá darse en el autor el papel de garante con respecto al bien jurídico. Como una de las fuentes de la posición de garante es el parentesco, luego la posibilidad del parricidio por omisión es cierta y posible. Sin embargo, Politoff ha advertido sobre este punto al afirmar que, si el parentesco es la fuente de la posición de

garantía y por ende de la atribución del resultado, no puede operar a la vez como fuente de agravación, ya que se quebrantaría el *non bis in idem*²⁰.

Creemos que la opinión de Politoff es sumamente atinada y, en consecuencia, creemos que el elemento infracción de deber es complementario a la hora de determinar la autoría, y no exclusivo. En suma: la infracción al deber se aduna al dominio, no lo desplaza. Asimismo, los conceptos de acción y de omisión no tienen por qué confundirse en los delitos de infracción de deber, pues ello no surge de la ley. Como lo dijimos, el único dato concreto y comprobable que surge de la ley respecto de este grupo de delitos es que su pena es ostensiblemente mayor en proporción con los delitos comunes. Y eso es lo que aquí se explica. Pues es cierto que “(l)os juristas se ocupan de sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas. De este modo se logra una mayor economía del sistema, presentándolo como un conjunto de pocos principios, cuyas consecuencias lógicas es más fácil determinar. Esta actividad no implica una modificación del sistema jurídico, siempre que se limite a formular enunciados con un alcance equivalente a los sancionados originariamente por el legislador”. Es decir, podemos sostener válidamente que el concepto delito especial o delito de infracción de deber nos ha de servir para generalizar un grupo de casos que responden a ciertas características comunes, y será válida esta utilización de la dogmática siempre que no extienda el alcance de la norma (imperativa de prohibición o mandato), pero en ocasiones es común que “...los juristas dogmáticos traspongan ese límite, proponiendo principios generales en reemplazo de varias normas del sistema, pero que a la vez tienen un campo de referencia mayor que el del conjunto de normas reemplazadas, permitiendo derivar de aquéllos nuevas normas no incluidas en el sistema originario y cubriendo, de este modo, posibles lagunas de dicho sistema. Las nuevas normas se introducen prácticamente en forma imperceptible, inclusive para los mismos juristas que las proponen, pues aparecen como meras consecuencias lógicas de las normas reemplazadas por un principio aparentemente equivalente a ellas”²¹. Creemos que eso ocurre cuando se pretende hacer decir a la ley que los delitos especiales (de infracción de deber o de institución) pueden “relajar” las reglas de imputación, equiparando acción y omisión, o prescindiendo del dominio del hecho. Nada de eso puede ser extraído de la ley positiva, al menos no

²⁰ DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 31.

²¹ NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 333.

de la argentina. Y posturas del estilo deben ser, al menos en el campo de la dogmática penal, rechazadas.

III. LA REFERENCIA A UN CASO PARTICULAR: UN FALLO POLÉMICO

§ 19. El fallo al cual nos referimos tuvo lugar respecto del juzgamiento de hechos que “consistieron en el ingreso de dos individuos a una vivienda, obligando a sus moradores, con la exhibición de armas y con violencia física, a entregarles diversos objetos de valor. Durante los treinta minutos que se prolongó el atraco, los asaltantes sometieron al padre de familia a reiteradas amenazas, golpes contundentes, puntazos con cuchillo en la zona dorsal, simulacros de fusilamiento, encañonamientos y pasaje de corriente eléctrica por el cuerpo”²².

§ 20. El tribunal condenó a los imputados, calificando los hechos como robo agravado por el uso de armas en concurso real con torturas.

§ 21. Entendió el tribunal que la cláusula extensiva de punibilidad permitía calificar como tortura al hecho de los particulares, sin que medie ninguna participación, ni aun en cuanto a la privación de la libertad, de un funcionario público.

1. La reciente opinión crítica

§ 22. Con motivo de tan controvertido pronunciamiento, las críticas no se hicieron esperar.

Nicolás Laino, en su comentario crítico a la sentencia dictada el 22 de abril de 2009, por el Tribunal Oral en lo Criminal n. 3 de Mar del Plata, en el marco de la causa “V.O.V. s/robo con armas, tortura y tenencia ilegal de arma de fuego”, considera sumamente incorrecta la solución del tribunal, pues no comparte la idea de que un particular sea penado como autor de torturas cuando un hecho es cometido con total ausencia de un funcionario público; pero claro, esta objeción de Laino debe sortear, lógicamente, el escollo de la cláusula extensiva de punibilidad. Luego de hacer un interesante análisis de la temática referida al delito de torturas y de los pactos internacionales que informan al tipo penal, aprovecha, además de cuestionar con mucho tino la decisión y el modo de interpretar la norma por parte de los magistrados, a deslizar críticas respecto de la redacción del art. 144 *ter*,

²² Relato de los hechos extraído del artículo de LAINO, Nicolás, “¿Los particulares...?”, cit., p. 487.

inc. 1º, aduciendo la existencia de un problema relativo al principio de *lex certa*, derivado del principio de legalidad.

Así se pronuncia Laino:

(L)a norma del art. 144 tercero, inc. 1º, *in fine*, cuando hace a los particulares acreedores de la misma sanción que la prevista para los funcionarios, no cumple con el recaudo de certeza de la ley penal (*nullun crimen, nulla poena sine lege certa*), uno de los cuatro pilares del principio constitucional de legalidad, lo cual se pone en evidencia en el hecho que el alcance del tipo haya dado lugar a opiniones divergentes al respecto. De haberse cumplido acabadamente con el principio de certeza de la ley penal, estas divergencias interpretativas tan marcadas no se hubieran siquiera generado.

§ 23. Como se aprecia, Laino le achaca a la propia ley parte de la *culpa* en cuanto al problema que acerca de su interpretación se genera; es decir, toma una decisión “derogatoria de la ley”. No obstante, si se analiza detalladamente el asunto, advertiremos que nada malo hay en la ley, sino que el problema finca pura y exclusivamente en su errónea interpretación. Ello será explicado a continuación.

2. Nuestro punto de vista

§ 24. En lo que nos importa a los efectos de exponer nuestro punto de vista respecto de la cuestión en debate, el fallo del Tribunal Oral de Mar del Plata dice lo siguiente:

No advierto en la literalidad del art. 144 ter, CPen., que para que un particular pueda ser sancionado por tortura sea menester que la privación de libertad de la víctima esté relacionada con la actuación de un funcionario público y menos aún que la víctima esté a cargo de la autoridad, los cuales constituyen requisitos típicos que la ley no prevé (...) se trataría incluso de una exigencia innecesaria por redundante toda vez que los particulares que de cualquier modo participaren en los actos de tortura “impuestos” por funcionarios ya resultaban punibles conforme las reglas generales de participación de los arts. 45, 46, CPen.²³.

§ 25. El párrafo transcrito merece varias consideraciones, las cuales trataremos de desarrollar con la mayor claridad posible, veamos:

a) El tribunal interpreta que la disposición que extiende la punibilidad a los particulares sólo puede ser entendida de modo tal que tenga

²³ Del voto en mayoría del juez Alemanno, al cual adhiere el juez Trogu. Vota en disidencia el juez Sueyro.

incidencia en aquellos supuestos en los que no intervenga, de ningún modo (ni siquiera en cuanto a la privación de la libertad), una autoridad pública.

b) A esa conclusión llega sobre el entendimiento de que si un particular tomara intervención, cuando en el hecho participa una autoridad pública, quedaría atrapado por las reglas de accesoriedad del partícipe contenidas en los arts. 45 y 46, CPen. Lo cual tornaría en innecesaria la disposición última del inciso.

§ 26. Veremos que la conclusión a la cual llega el Tribunal es, según nuestro punto de partida, errada. Ello así en virtud de que parte de premisas falsas, por interpretar erróneamente las reglas de accesoriedad de la participación.

§ 27. Los defectos que podemos advertir en ese planteo son, fundamentalmente, dos. El primero vinculado con *qué se entiende por participar* “en los actos de tortura ‘impuestos’ por funcionarios” públicos; y el segundo, que debe analizarse una vez que se haya estudiado el primero, relacionado con la *posibilidad (o la ausencia de ella) de que un particular pueda efectivamente ser partícipe en el hecho de un funcionario público*.

2.1. El tipo del partícipe

§ 28. Cuando el Tribunal afirma que el particular quedaría siempre atrapado por las reglas de accesoriedad al intervenir en el hecho un funcionario público, lo que permitiría interpretar a la cláusula última del inciso como extensiva de punibilidad a hechos en los que no intervenga de ningún modo un funcionario —ni siquiera en la privación de la libertad—, está desconociendo cómo se construye el tipo del partícipe (o al menos no queda claro cómo los jueces construyen el tipo del partícipe). En esta comprensión, debemos decir que la tipicidad del partícipe se construye, en su tipo objetivo, con a) “toda la tipicidad (tipo objetivo y subjetivo) del autor”²⁴, lo cual *implica que el hecho principal del autor se encuentre completo*, respecto de su tipicidad objetiva y de su tipicidad subjetiva, esto quiere decir, en nuestro caso, que el funcionario haya sido *autor de tortura*; y b) por su propio “favorecimiento objetivo”²⁵ al hecho principal, esto es, que el particular haya brindado algún aporte (necesario o no) a la tortura realizada por el funcionario. Con ello tenemos como saldo que *para establecer que alguien es partícipe, debemos primero establecer que alguien es autor*. Así las cosas, el planteo del Tribunal da por supuesto que el particular participa

²⁴ SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1986, 3ª reimpr., 2003, p. 118.

²⁵ SANCINETTI, Marcelo A., *Casos...*, cit., p. 119.

en un hecho en el cual *el funcionario público ha sido autor de torturas* y así, estando completo el tipo del funcionario, el particular realiza un aporte.

§ 29. Ahora bien, tal interpretación, que en principio parece muy sencilla, deja sin explicar un grupo de casos complejos que merecen tener algún espacio de imputación razonable en cualquier teoría de la autoría y de la participación. Por ejemplo, *¿qué ocurriría en el caso en que el funcionario privara de la libertad a una persona e indujera a un particular para que realice sobre la víctima los tormentos?* En este caso, según nuestro punto de partida, el funcionario público habría cometido solamente el delito de privación ilegítima de la libertad (si es que la privación de la libertad no fue legítima), pues *él jamás habría sido autor de las torturas*, en tanto los apremios *habrían sido realizados íntegramente por el particular; quien teniendo el dominio del hecho (infringiendo el deber negativo neminem laedere), no es sujeto calificado para realizar el tipo penal de torturas (no puede infringir el deber positivo)* y, si consideramos que el delito especial propio se conforma con la infracción al deber y también con el dominio del hecho en forma concurrente, jamás sería autor el funcionario; a esto alguien podría responder que al inducir al particular para que “torture”, el funcionario sería instigador de torturas, pero mal puede ser instigador quien induce a alguien que no puede por sí mismo ser autor, pues *la instigación es una forma de participación y no de autoría*²⁶ (al menos en nuestro Código Penal), con lo cual el funcionario sólo sería instigador de lesiones.

En suma, para el caso en el cual el funcionario público privara de la libertad a un sujeto e indujera a un particular para realizar la tortura, existiría una verdadera laguna de punibilidad (respecto del delito de torturas, claro está, pues siempre subsiste la punibilidad por otros delitos: privación de la libertad, lesiones, privación de la libertad en concurso real con instigación a lesiones, etc.), pues *ni el particular ni el sujeto calificado podrían ser partícipes de un hecho sin autor*; laguna que viene a suplir el último párrafo del inciso y es éste el primer sentido que, entendemos aquí, debe dársele. Es decir, *la cláusula extensiva de punibilidad opera, en primer lugar, en aquellos casos en los cuales un funcionario priva de la libertad*

²⁶ Solución similar a la que damos aquí puede leerse en STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, “El hecho punible”, 4ª ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 382: “...en los delitos especiales sólo puede ser autor quien tiene el correspondiente deber especial. Si un no cualificado (*extraneus*) ejecuta la acción típica inducido por el destinatario del deber especial (*intraneus*), si bien tendrá aquél, bajo ciertas circunstancias, el dominio sobre el acontecer del hecho, no será autor, justamente en razón de que le falta la cualificación requerida. Según los principios generales, el portador del deber especial ni siquiera podría ser responsable por instigación; la instigación presupone la autoría de otro”.

a alguien y un particular ejerza los tormentos, permitiendo penar como autor de torturas al particular²⁷. En definitiva, la mentada cláusula no se trata más que de la ya famosa figura “del actuar en lugar del otro”, la cual es utilizada en supuestos en los cuales un delito especial es realizado por una persona que no es aquella que posee la especial característica exigida por el tipo, pero que actúa en lugar de ella. En estos casos, los elementos del tipo no se verifican plenamente en un único sujeto de imputación, sino que se reparten entre quien tiene la especial característica y quien realiza la conducta típica²⁸. Como observamos, los dos elementos que la autoría requiere en los delitos especiales, esto es a) tener la especial característica y b) dominar el hecho, se presentan escindidos y, para solucionar esta laguna, los distintos ordenamientos jurídicos introducen la figura del *actuar en lugar de otro* que permite imputar el hecho a quien realiza la acción aunque no posea la característica especial exigida en el tipo. Y éste es uno de aquellos casos²⁹.

²⁷ Vale aclarar que nos referimos siempre a supuestos de instigación, que presuponen un autor particular que obra libremente, que no es fungible y que tiene el dominio del hecho. Pues si el particular obrara en condición de no punibilidad (por error, coacción, etc.) y el funcionario tuviera el dominio del hecho, estaríamos ante un caso de autoría mediata clásica en cabeza del funcionario y, si el particular fuera fungible, estaríamos hablando de un supuesto de autoría mediata por dominio subjetivo de un aparato de poder en cabeza del funcionario, supuestos ambos en los cuales no se necesitaría ninguna cláusula especial extensiva de la punibilidad.

²⁸ Véase GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal...*, cit., p. 234.

²⁹ La cláusula del “obrar en lugar de otro” es utilizada, comúnmente, para los casos en los cuales el sujeto portador de la calidad especial es una persona jurídica, pues aquella jamás podría ser penada. Así, podemos mencionar como ejemplo las siguientes normas del derecho argentino: la ley 23.737 de Represión y Lucha contra el Tráfico de Estupefacientes, dice en su art. 27: “En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y la característica requerida para el autor no la presente éste sino la persona jurídica, será reprimido como si el autor presentare esa característica”; la ley 24.769 sobre Derecho Penal Tributario dice en su art. 14: “Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz”.

Sin embargo, la cláusula del obrar en lugar del otro no es de uso exclusivo para aquellos casos en los cuales el sujeto cualificado sea una persona jurídica, sino que la ley lo reconoce en otros casos cuando el sujeto cualificado es una persona física, como, por ejemplo, el siguiente: la ley 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la que se sancionó el Código Contravencional, dice en su art. 27: “El que actúe en representación de otro/a responde

2.2. *La participación del extraneus*

§ 30. Con la exposición que hicimos precedentemente, tenemos en claro que el autor sólo sería aquel que detentara la calidad especial y que, a su vez, dominara el hecho. Y la cláusula que se agrega en el último párrafo del inciso adquiere lógica, en el contexto expuesto, para extender la punibilidad a los particulares que ejercen los tormentos sobre un sujeto privado de la libertad por un funcionario público. Ahora bien, a nuestro planteo se podría responder con una muy sencilla afirmación: los delitos especiales de infracción de deber no requieren ningún dominio en el autor, con lo cual, aun en el caso de que el funcionario indujera a un particular para que éste realizara los tormentos, el funcionario de todos modos infringiría el deber positivo que recae en cabeza suya, constituyéndose en autor del injusto. Así, la solución que ofrece Robles Planas:

...el funcionario que induce a un *extraneus* a realizar un delito especial (propio) debe responder como autor, esto es, como si él mismo hubiera cometido de propia mano ese delito. (...) resulta claro que lo injusto del hecho queda fundamentado por la organización defectuosa de la esfera de libertad del *intraneus* concurriendo un deber especial³⁰.

Amén de que dicha solución, como expondremos luego, no resulta compatible con la redacción del artículo referenciado, creemos que puede afirmarse en este punto que sea como sea, quien adopte la postura relativa a que en los delitos de infracción de deber la idea de dominio del hecho es un concepto totalmente ajeno, debería admitir también que la punibilidad del partícipe que no posee la especial calidad, en esa clase de delitos, es de una muy endeble fundamentación (por no decir imposible) por la sencilla razón

personalmente por la contravención, aunque no concurran en él y si en el representado/a las calidades exigidas por la figura para poder ser sujeto activo de la contravención”.

La solución tiene compañía en la doctrina, como es el caso de Gracia Martín, quien dice lo siguiente: “La opinión mayoritaria en la doctrina española ha estimado que el problema de las actuaciones en lugar de otro se plantea de igual modo en el caso de que el sujeto en lugar del cual se actúa sea una persona física. Según la construcción que proponga, sin embargo, creo que lo correcto es prescindir de toda referencia a la clase de sujeto (persona jurídica, física o ente sin personalidad jurídica) que aparezca como cualificado por el tipo que realiza el sujeto actuante. Lo decisivo, a mi juicio, es únicamente la comprobación de que un sujeto que carece de la cualidad formal de la autoría de un determinado delito, haya accedido al ejercicio del dominio social implícito en aquella cualificación típica y, en tal circunstancia, haya realizado la acción típica” (GRACIA MARTÍN, Luis, *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, 1996, p. 4.

³⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, cit., p. 246.

de que los *extraneus* no tienen ese especial deber. Y así, coherentemente, lo sostiene Robles Planas:

...la presencia de un *extraneus* no es irrelevante, pues pese a que su conducta es atípica en el sentido del delito especial de deber, es tácticamente necesaria para transportar la infracción de la norma del *intraneus*. Este último será siempre autor del delito. La secretaria que destruye los documentos por encargo del funcionario queda al margen de la imputación del tipo de infidelidad en la custodia de documentos, pues su conducta es tácticamente necesaria para el delito pero inocua para la norma aisladamente considerada³¹.

§ 31. En este sentido, siguiendo lo afirmado en el párrafo anterior, podemos destacar una vertiente de la más lúcida doctrina española que suscribe a la carencia de sentido de la noción de dominio en los delitos especiales de infracción de deber, dentro de la cual se generan dos posturas claramente definidas respecto a qué debe hacerse con los *extraneus* cooperadores, a saber: quienes consideran que debe mediar una atenuación de pena para el partícipe *extraneus* y quienes consideran que el partícipe *extraneus* no puede ser punible.

Podemos identificar a estas dos posiciones de la doctrina española en dos renombrados juristas. La primera, defendida por Jesús María Silva Sánchez; y la segunda, como ya lo adelantamos, por su discípulo Robles Planas. Veamos algunos párrafos de Silva Sánchez al respecto:

En estos casos [en los delitos especiales de infracción de un deber] si está justificada, a mi entender, la atenuación de la responsabilidad del *extraneus* cooperador. En efecto, las condiciones de dominio son absolutamente ajenas a la lógica específica de los delitos especiales de infracción de un deber (...). Tanto el cuasicoautor o “coautor material” del delito especial de infracción de deber como el autor mediato “material”, el cooperador o inductor a aquél sólo infringen el deber general (un deber negativo) de no determinar o contribuir a la comisión del delito especial de infracción de deber por un tercero *intraneus*, pero no pueden infringir el deber (positivo) que vincula personalmente a este último. (...) Son estas razones dogmáticas las que impiden una asimilación (en cuanto al marco penal) entre la autoría del delito especial de infracción de deber y las formas de coautoría material, autoría mediata material, cooperación necesaria o inducción.

La cuestión es, entonces, si lo procedente es la impunidad de los *extranei* en estos casos o simplemente la atenuación cualificada de su responsabilidad. Como se ha indicado, Robles Planas entiende que procede la impunidad, pues el *extraneus* que favorece la lesión del deber institucional por parte del *intraneus*

³¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, cit., p. 246.

no “participa” en dicha infracción sino que está infringiendo un deber distinto a aquél. En concreto un deber general de no perturbar, desde afuera, el buen funcionamiento de las instituciones. Este deber general habría de ser necesariamente tipificado de modo expreso por el legislador, no siendo admisible su construcción dogmática³².

§ 32. Aclarado este punto, debemos decir que los jueces del tribunal oral —aun en el caso de que pensarán que un delito de infracción de deber se fundamenta sólo por esa infracción, y no por el dominio del hecho— no pueden decir tan livianamente que ante una hipotética ausencia del párrafo que extiende la punibilidad al particular se podría, de todos modos, penar al partícipe *extraneus* de conformidad con las reglas generales de la participación, porque justamente esto es lo que está puesto en crisis.

§ 33. De no ser por la inclusión de la cláusula extensiva de punibilidad, por nuestra parte estamos convencidos de que no sería posible penar a un particular partícipe por el hecho de tortura de un funcionario, pudiendo penarlo, solamente, por la figura residual que abarque su conducta, quizá lesiones, quizá privación de la libertad con violencias, o, en el peor de los casos, penarlo como partícipe con una pena disminuida, porque sólo ha podido contribuir a la infracción del deber negativo genérico de no dañar a otro, pero jamás al deber positivo. Todo ello por varias razones. Veamos:

a) En primer lugar, y como así lo anota Robles Planas, el especial deber que infringe el funcionario público no lo infringe (ni puede infringirlo) el sujeto que actúa “desde afuera”. Y ello es un obstáculo insalvable a la hora de extender la punibilidad, pues ese deber especial, justamente, es el que fundamenta el mayor disvalor del injusto. Veamos lo que dice Robles Planas:

...en mi opinión, en los delitos especiales de deber lo que se pretende castigar es la infracción de normas muy específicas. El ejemplo paradigmático de esas normas (...) es el de las que establecen deberes especiales de lealtad frente a la Administración Pública (delitos de funcionarios)³³.

...la imputación en los delitos especiales de deber es más restrictiva que en los delitos comunes o de posición. A diferencia de éstos, sólo el obligado por aque-

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Autoría y participación del *extraneus* en el delito de defraudación tributaria”, en *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, ps. 67 y 68.

³³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, cit., p. 242.

llos deberes (*intraneus*) será el que se halle en una posición típicamente idónea para lesionar el deber”³⁴.

b) Una vez establecido que el delito en cuestión es indudablemente un delito de infracción de deber³⁵ (véase que, justamente, es el caso al cual hace referencia Robles Planas: el delito del funcionario público), que en estos delitos la punibilidad se funda en esa infracción y que el *extraneus* no posee esa especial calidad, la solución que se impone es la de la impunidad del *extraneus* respecto de ese delito (siempre quedarán los tipos residuales). Véase nuevamente a Robles Planas:

En efecto, en la medida en que se trate de auténticos delitos especiales de deber, la responsabilidad de quien, interviniendo en ellos, no ostenta la cualificación específica no puede construirse en virtud de su contribución al hecho típico, pues ésta presupone la concurrencia de la situación de la obligación especial en cada uno de los intervinientes. [lo cual] supone afirmar la impunidad de todo *extraneus* en un delito especial de deber³⁶.

c) De esta forma advertimos que el *extraneus* debería permanecer impune o, en todo caso, debería ser penado por otro delito (p. ej., lesiones, privación de la libertad con violencias), pero jamás por tortura (o nunca como autor, o partícipe con igual pena que el autor), por no poseer la especial calidad exigida por el tipo. Así las cosas, como afirma Robles Planas, “es necesaria una previsión expresa del legislador de esa delicada forma de

³⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 134. Cabe aclarar que en su obra anterior (*La participación en el delito...*, cit.), Robles Planas incluía un párrafo idéntico al aquí citado; sin embargo, tomamos la cita de su obra posterior porque en aquella, evidentemente por un error involuntario, el autor culminaba el párrafo refiriéndose a una “posición típicamente idónea para lesionar *el bien*”, lo cual, el lector podrá advertir, sonaba como una contradicción, pues qué importancia tendría el bien si de lo que se trata es de la lesión de un deber. La aclaración viene sólo a título de prevenir al lector atento que al revisar la cita en *La participación en el delito...*, cit., se topará con ese confuso párrafo.

³⁵ En igual sentido en cuanto a la consideración del delito de torturas como un delito de infracción de deber, puede leerse a Roxin: “...en el ejemplo de partida [torturas § 343 stgb] se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría” (ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 384).

³⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, cit., p. 242.

imputación”³⁷, lo cual ha sido introducido en nuestro Código Penal, en el párrafo que extiende la punibilidad a los particulares.

2.3. *La cláusula extensiva de punibilidad y la necesidad de dar sentido a las palabras de la ley*

§ 34. Como lo dejamos pendiente en el punto anterior, nos referiremos aquí al problema que conlleva el hecho de admitir como válida la idea de que en los delitos especiales la idea de dominio es totalmente ajena y que, adicionalmente, el *extraneus* cooperador puede ser penado como partícipe, todo ello a la luz del tipo penal bajo estudio.

§ 35. Si se admitiera, ya en el plano teórico, que en los delitos especiales el sujeto cualificado que induce (o tiene algún tipo de injerencia en el suceso, v. gr., priva de la libertad a alguien) a un no cualificado a la realización del tipo es autor y, adicionalmente, se admite también que el no cualificado es partícipe necesario, la cláusula extensiva de punibilidad resultaría completamente innecesaria a los fines que aquí proponemos, y se pensaría entonces, para dar sentido a las palabras de la ley, en la posibilidad de admitir como válida, finalmente, la solución propuesta por el Tribunal de Mar del Plata en el resolutorio que cuestionamos. Pues si los particulares, de todos modos, ya eran punibles en aquellos casos, entonces resultaría, en principio, admisible dar una interpretación más amplia, en la cual se prescindiera, en un todo, de la actuación de un funcionario público. Sin embargo, si se aceptara esta postura con el fin de salvar el sentido de la ley (lo cual parece intentarse en el fallo mencionado), deberíamos entender que la enunciación de “el funcionario público”, contenida en la descripción típica, podría haber sido reemplazada por la enunciación “el que”. Esto nos llevaría, nuevamente, a presumir “que la ley se ha equivocado”, es decir que ha existido un error en la redacción y transformaríamos en “letra muerta” al término “el funcionario público” contenido en la ley. Esto es sencillamente inadmisibile, pues coincidimos con Soler en que

Cuando la ley ha dicho algo, debe entenderse que ha querido algo y que por regla general, ha querido precisamente lo que dice. A esta conclusión solamente le cabe la reserva resultante de la contradicción con otros preceptos, lo cual obliga a una interpretación gramaticalmente distinta, por prevalencia del principio de unidad sistemática. Por eso, entre dos interpretaciones del mismo complejo de

³⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito...*, cit., p. 242.

preceptos, es mejor la que da valor al contenido dispositivo de las palabras de la ley que la que se ve forzada a negárselo³⁸.

Ante este problema, entendemos que la interpretación aquí propuesta salva el sentido de la ley, por lo que debe ser la que prime.

IV. CONCLUSIÓN

§ 36. A modo de cierre de este ensayo, podemos afirmar en que la cláusula extensiva de punibilidad responde a lo que la doctrina ha denominado “obrar en lugar de otro”, y opera, según nuestra consideración, en dos grupos de casos: a) para penar como autor al particular que ejerce tormentos sobre un sujeto detenido por autoridad pública y b) para penar como partícipe al particular que realiza un aporte en la tortura realizada por un funcionario público, pero jamás para penar a un particular en un hecho en el cual no ha tenido ninguna intervención un funcionario público.

§ 37. Así las cosas, esa cláusula extensiva de la punibilidad, muy por el contrario de lo que recientemente afirmara Nicolás Laino, se presenta, según aquí se cree, como correcta, pues viene a zanjar problemas de imputación que pueden presentarse en los grupos de casos reseñados. La contrariedad no finca en la ley, no hay violación al mandato de *lex certa*, sino que el defecto radica *solamente* en la interpretación que algunos jueces hacen de los tipos penales, esto es, una violación al mandato de *lex stricta*.

§ 38. Finalizando, creemos que es de suma importancia dejar en claro que *la ley no siempre es la culpable de nuestros males, y no siempre es conveniente endilgarle culpas acerca de la interpretación que los jueces hacen del derecho*, sino que es más propicio encontrar su correcta interpretación.

Usualmente se olvida la importancia que la ley tiene como objeto de estudio de la ciencia del derecho. En este sentido, pensamos que, *mutatis mutandis*, se aplican actualmente las mismas palabras que Soler profiriera respecto de los embates destructivos que nuestro Código Penal sufriera provenientes de la pluma de los autores del positivismo criminológico.

Las reiteradas críticas de la ley penal determinan cierta actitud de indiferencia, según lo hemos visto entre jóvenes alumnos. La ley aparece con frecuencia como una opinión más, dentro de un conjunto de teorías, y esa opinión, por añadidura, es generalmente tenida por poco sensata. De este modo, en vez de fomentarse el esfuerzo por presentar la ley en su mejor sentido, fructifica cierta

³⁸ SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 168.

*inclinación demoleadora, olvidando que entre el más gran tratado y la más modesta ley penal existe una diferencia cualitativamente insalvable*³⁹.

Pues no deben olvidarse nunca las palabras del maestro Soler:

El derecho puede ser examinado dogmática, crítica, histórica, filosóficamente, etc.; los puntos de vista son infinitos. Lo que nos importa afirmar es que la construcción dogmática no debe ser barrocamente confundida con apreciaciones extranormativas, con opiniones personales, con teorías derogatorias de la ley. Una cosa es la ley y otra es nuestra opinión; cuando éstas no coincidan nadie nos privará de decir lo que pensemos; pero debemos saber distinguir lo que es la ley de lo que sólo es nuestro deseo⁴⁰.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- CARO JOHN, José A., "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", en *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003.
- DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996.
- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997 (2ª ed. alemana, 1991).
- "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- LAINO, Nicolás, "¿Los particulares como sujetos activos del tipo penal de 'tortura'?" LLBA, año 15, nro. 5, junio 2008.

³⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1945, prólogo de la 1ª ed. de la Parte General.

⁴⁰ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., t. I, prólogo de la 1ª ed. de la Parte General.

- LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, 1980.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
— *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Delito de infracción de deber”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- SANCINETTI, Marcelo, *Casos de derecho penal*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
— *Casos de derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1986, 3ª reimpr., 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Autoría y participación del *extraneus* en el delito de defraudación tributaria”, en *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.
- SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962.
— *Derecho penal argentino*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1945.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, “El hecho punible”, 4ª ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.