



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRIA

Responsabilidad penal de autoridades penitenciarias bajo la óptica de la comisión por omisión y las incumbencias (Obliegenheiten)

NICOLÁS E. AYESTARÁN

Tesista

MATEO G.BERMEJO

Director

Mendoza, 2020



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

Responsabilidad penal de autoridades penitenciarias bajo la óptica
de la comisión por omisión y las incumbencias (*Obliegenheiten*)

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Nicolas E. AYESTARÁN

Mateo G. BERMEJO

Mendoza, 2020

Dedicado a:

Juan Ignacio, milagro de amor y motor de mi existencia

Mari, compañera de vida y aventuras y, sobre todo, el amor de mi vida

Mis viejos, Adriana y Víctor, por su constante ejemplo y apoyo

Mis amigos, quienes me honran todos los días con su amistad

Mateo, por su confianza, consejos y, particularmente, por su indeclinable paciencia

ÍNDICE:

| | |
|--|-----------------|
| Prefacio..... | Pág. 8 |
| Primer capítulo: | |
| Sistema Penitenciario: Institución Total y Relaciones de sujeción..... | Pág. 10 |
| Segundo capítulo: | |
| Sobre la naturaleza de los deberes a cargo de las autoridades penitenciarias..... | Pág. 25 |
| Tercer capítulo | |
| Funcionarios penitenciarios como garantes (primera parte)..... | Pág. 45 |
| Cuarto capítulo | |
| Funcionarios penitenciarios como garantes (continuación)..... | Pág. 69 |
| Quinto Capítulo | |
| ¿Qué tipo de riesgos se encuentran abarcados por los deberes del funcionario penitenciario? una posible respuesta a partir de la aceptación de incumbencias en Derecho penal... | Pág. 89 |
| Sexto capítulo | |
| Análisis aplicado..... | Pág. 109 |
| Conclusiones | Pág. 121 |
| Bibliografía | Pág. 125 |

PREFACIO:

A lo largo de esta investigación se realizará un pormenorizado estudio de la responsabilidad de autoridades penitenciarias respecto de daños sufridos en bienes jurídicos de los que son titulares los internos a su cargo, o producidos por éstos, dentro del especial contexto que ofrece la realidad penitenciaria. En este sentido, se desarrollará un breve análisis genotípico de la comisión por omisión y de las incumbencias (*Obliegenheiten*) en el marco del particular fenotipo de los sistemas penitenciarios. De esta manera, el autor considera que estos institutos propios de la dogmática jurídico penal pueden contribuir a solucionar conflictos que periódicamente se suscitan en el ámbito carcelario, donde las condiciones de sujeto activo y pasivo tienen elementos particulares, muy distintos a los que se observan en cualquier otro entorno. Esto se debe a que el sistema penitenciario se enmarca dentro de lo que puede considerarse una “institución total” y las relaciones de sujeción que de ello derivan. Para abordar esta investigación, y analizar la constelación de casos que pueden suscitarse, es preciso realizar un breve repaso de la existencia de deberes positivos y negativos en derecho penal, y cómo operan los mismos en el marco de una institución penitenciaria.

Si bien ya existen trabajos doctrinarios que se abocan a la responsabilidad de los funcionarios penitenciarios, aquí se propone un análisis desde una nueva óptica, adecuando las figuras dogmáticas señaladas a la realidad penitenciaria, permitiendo resolver problemas de imputación que resultan disvaliosos y merecedores de reproche, pero que generalmente culminan dentro del campo de la impunidad. De esta manera, las proposiciones teóricas que aquí se desarrollarán tienen por objeto contribuir al establecimiento de reglas que permitan brindar soluciones a casos complejos que pueden presentarse dentro del fenotipo constituido por la institución penitenciaria.

Por consiguiente, esta investigación se estructurará de la siguiente manera: en el **primer capítulo**, se analizarán las particularidades que se suscitan entre los internos y los funcionarios penitenciarios, siempre bajo la premisa de que cuando los primeros ingresan a un sistema penitenciario se enmarcan dentro del contexto de una institución total, con todas las particularidades que aquí subyacen.

A continuación, en el **segundo capítulo**, se abordará un estudio sobre la diferenciación entre deberes positivos y negativos en Derecho penal, para luego determinar qué clase de deberes infringen los funcionarios penitenciarios cuando omiten realizar un acto propio de su haz de actividades, y de ello derivan daños a los bienes jurídicos de titularidad de los internos.

En el **tercer capítulo** se comenzará con un breve abordaje sobre la diferenciación entre *acción* y *omisión*, para luego explicar los orígenes teóricos de esta última como modo de realización típica. Sin solución de continuidad, en el **cuarto capítulo** se explicarán las diferentes modalidades de la omisión, con especial énfasis en la comisión por omisión. Ulteriormente, se buscará brindar una respuesta a cómo se aplicaría dicho dispositivo dogmático en el especial fenotipo de las instituciones penitenciarias, indagando sobre la función de garante que ostentan los funcionarios que allí se desempeñan, y los límites de la misma.

Luego, en el **quinto capítulo** se buscará determinar qué clase de riesgos se encuentran comprendidos dentro de la función de garante de los agentes penitenciarios, recurriendo a la noción de incumbencias (*Obliegenheiten*) para fundamentar por qué aquellos deben responder aún en casos de procesos lesivos culposos, posibilitando restablecer eventualmente juicios de imputación.

Por último, en el **sexto capítulo** se realizará un análisis aplicado de los institutos teóricos desarrollados a lo largo de esta investigación, lo que permitirá demostrar la utilidad práctica de los mismos para resolución de casos complejos.

PRIMER CAPÍTULO:

SISTEMA PENITENCIARIO: INSTITUCIÓN TOTAL Y RELACIONES DE SUJECCIÓN

A.- SOBRE LAS PARTICULARIDADES QUE SE SUSCITAN ENTRE INTERNOS Y AUTORIDADES PENITENCIARIAS EN LA REALIDAD CARCELARIA.

A.1.- Abordaje de las penitenciarías como “instituciones totales”.

Si bien la presente investigación se estructura bajo un formato de dogmática penal aplicada a un particular fenotipo en el cual puede apreciarse diáfananamente su capacidad operativa para resolver una constelación de casos que, a priori, pueden considerarse dificultosos ya que se encuentran entreverados numerosos institutos dogmáticos, no puede prescindirse de un análisis de la realidad carcelaria. Por tanto, el primer tramo de esta investigación oscilará también entre análisis de tipo criminológicos y sociológicos, de los cuales la ciencia jurídica, y especialmente el Derecho penal, se nutren permanentemente.

En este orden de ideas, deben efectuarse algunas consideraciones sobre la institución penitenciaria, y como es que se interrelacionan en estos ámbitos los funcionarios o autoridades penitenciarias con los internos que se encuentran a su cargo. A diferencia de lo que sucede en otro tipo de instituciones, aquí se presenta una gran asimetría en las relaciones que vinculan a estos sujetos, donde los internos se encuentran inmersos en una lógica de dependencia absoluta frente a los penitenciaros, o dicho de otra manera, vinculados por una sujeción especial.

Para comenzar este análisis, es preciso realizar un abordaje del sistema penitenciario como una “institución total”, donde todos de los aspectos de la vida de un interno se encontrarán sometidos a una regulación fija y predeterminada. Este concepto, acuñado por el sociólogo Erwin Goffman¹, se refiere a establecimientos u organismos donde todos los aspectos de la vida de una persona sujeta a determinado régimen se encuentran a merced de

¹ GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, pág. 19-20 (El original en inglés es *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*).

una única autoridad, sumado a la circunstancia de que cada actividad se realiza con la compañía inmediata de otras personas. En el mismo sentido, esta clase de instituciones (entre las que ubican, además de la prisión, los hospitales, conventos, barcos mercantes, establecimientos educativos, entre otros) se caracterizan por someter a los individuos a una “omnidisciplina” en la que el Estado dispone de manera total(izante) del tiempo (y del cuerpo) de una persona. A su vez, el Estado puede regular estas cuestiones a voluntad, establecer ritmos, marcar espacios, fijar prácticas y repeticiones. Este régimen de vida se basa en una serie de principios, entre los que se destacan el aislamiento y la comunicación unidireccional (es decir, la no-comunicación)².

Más precisamente, el propio Goffman ha definido a la “institución total” como un *“lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente”*³. Entonces, como primer rasgo tipificante de estas instituciones encontramos el aspecto físico o geográfico. Se trata de lugares generalmente cerrados, donde el ingreso o egreso del mismo -para quienes se hayan sometidos a estos regímenes- normalmente no es voluntario. Además, desde este estado de cautiverio el contacto con el mundo exterior es esporádico, limitado y sometido a una serie de reglas y condicionamientos. Como destaca Nick Perry, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos, dentro de las instituciones totales (las cuales se caracterizan por sus características totalitarias), no es posible pertenecer simultáneamente a varios grupos u organizaciones con miembros, espíritu y normas de comportamiento propios⁴. Sin hesitación, puede afirmarse que en las instituciones penitenciarias se verifica la concurrencia de este recaudo, ya que los internos se encuentran situados en un mismo espacio físico, a merced de una misma autoridad, sin contar con la posibilidad de utilizar sus naturales capacidades de locomoción libremente, sino que muchas veces deben contar con una autorización formal para hacerlo.

Otra característica típica de las instituciones totales, e íntimamente vinculada al aspecto físico, es el “encierro”. En este sentido, Ricardo Rodríguez-Martos Dauer, en su

² URRACO-SOLANILLA y NOGALES-BERMEJO, “*Michael Foucault: El Funcionamiento de Institución Escolar propio de la Modernidad*”, Revista Andaluza de Ciencias Sociales (ANDUCI) N° 12, (2013), pág. 153-167.

³ GOFFMAN (Ídem nota 1ª), pág. 20.

⁴ PERRY, Nick, “Conflict on board ship: an interpretation”, EN *The Sociological Review*. University of Strathclyde, Reino Unido, 1974.

tesis doctoral titulada “El buque mercante como institución total”⁵, ha desarrollado con claridad que este encierro debe tener una duración considerable para que el interno pueda apreciar como este tipo de instituciones ejerce una poderosa presión sobre él. Este requisito va indisolublemente unido al “aislamiento”, lo que da origen a un nuevo orden de vida y convivencia dentro de la institución, dentro de las cuales podrían llegar a existir subgrupos de poder, pero siempre subordinados al poder central ejercido por las autoridades penitenciarias. Así, los internos se convierten en piezas de un complejo engranaje, al cual debe de alguna manera adaptarse como mecanismo de supervivencia. En este contexto, los individuos se comportan conforme a una rutina prefijada, la que se repite constantemente, con esporádicas variaciones, hasta el momento en que se produzca el cese de la sujeción a la institución total. Ello trae aparejado una despersonificación o una importante merma de su individualidad frente a un colectivo de personas que se comporta de manera uniforme conforme a las reglas de comportamiento que vienen impuestas desde otros estamentos. Consecuentemente, la prisión hace evidente su hermeticidad para los que la habitan, convirtiéndose en un objeto difícil comprensión para aquellos que de alguna manera la observan desde afuera.

Lo manifestado en el párrafo precedente sirve como prelude para abordar el rasgo tipificante por antonomasia de las instituciones totales: la “administración formal”. Como se adelantara ut supra, en estas instituciones todos los aspectos de la vida del interno se encuentran a merced de una única autoridad que los somete a una “omnidisciplina” en la que el Estado dispone de manera total(izante) del tiempo (y del cuerpo) de una persona. Esta Administración establece las pautas de acuerdo a las cuales deberán comportarse los internos, sin consideraciones de su voluntad individual. Es esta autoridad quien define la rutina uniforme a la que se hacía referencia precedentemente, la cual se desarrolla con la compañía inmediata de muchas otras personas que se encuentran en la misma situación. Ciñéndonos al análisis propuesto, es la Administración Penitenciaria, por medio de sus agentes, quien diagrama cada aspecto de la vida de los internos (horarios de comida, autorizaciones de salida, lugares por los cuales se encuentran autorizados a moverse, compañeros de espacio, etc.) y controla que dicha rutina o conducta uniforme se cumpla conforme a lo previsto, arrogándose la facultad de impartir sanciones en caso de considerar

⁵ RODRÍGUEZ-MARTOS DAUER, Ricardo “El buque mercante como institución total”, tesis doctoral presentada en la Universitat Politècnica de Catalunya”. Consultada por internet el día 30/07/2018 en www.upcommons.upc.edu/handle/2117/94316.

que existió una infracción. Las actividades que integran esta rutina se encuentran diagramadas en torno a la consecución de los fines de la institución.

De esta manera, puede afirmarse que existe una absorción, por parte de la Administración Penitenciaria, de aspectos fundamentales de la vida de los internos. En este sentido, el propio Goffman ha resaltado que si bien todo tipo de instituciones absorben parte del tiempo e interés de sus miembros, aquellas que son susceptibles de ser consideradas como instituciones totales presentan una tendencia absorbente que *“está simbolizada por los obstáculos que se oponen a la interacción social con el exterior y a éxodo de sus miembros, y que suelen adquirir forma material: puertas cerradas, altos muros, acantilados, etc.”*⁶. Como puede diáfamanamente advertirse, en estos ámbitos la libertad de quienes se encuentran a merced de estas instituciones se encuentra seriamente restringida, y las pocas manifestaciones de la misma que puedan eventualmente existir, se encuentran generalmente limitadas y condicionadas a la previa autorización de quienes ejercen prerrogativas de autoridad, y bajo su estricta vigilancia. De esta manera, la institución siempre se encuentra sobre los internos.

Se hizo mención ya a la particularidad que presentan estas instituciones en relación al aspecto físico (lugares cerrados donde el éxodo no forma parte de las facultades de los internos), donde todas las actividades se desarrollan con la compañía inmediata de otras personas que se encuentran en la misma situación, y a merced de una única autoridad. También se aludió al hecho de la rutina que los internos deben inexorablemente observar, la cual se encuentra prefijada de acuerdo a un plan racional, que responde a las necesidades y objetivos de la institución. Ahora bien, debe agregarse que esta sistematicidad totalizante absorbe también los diferentes roles que puede desempeñar el interno. Las personas que generalmente participan de instituciones que no responden a estas características pueden desempeñar varios roles, incluso durante una misma jornada. A modo de ejemplo, quien asiste a una universidad puede revestir la calidad de estudiante, pero también puede desempeñarse como jugador de fútbol en una institución deportiva (que tiene reglas, fines y roles completamente diferentes a la institución educativa), o incluso puede ser dirigente de la misma. No sucede lo mismo en el ámbito de las instituciones totales. Rodríguez-Martos Dauer ejemplifica esto citando el caso de las personas sometidas a la institución

⁶ GOFFMAN (Ídem nota 1ª), pág. 17.

penitenciara⁷. Aunque el interno practique un deporte o estudie durante su cautiverio, destaca el autor, nunca deja de ser un preso, no puede emanciparse de este rol.

Siguiendo la obra de Araujo Paullada, las instituciones totales “*se alimentan de los sujetos, se los tragan, los despojan de los signos producidos en condiciones de libertad, dándoles a cambio una marca nueva, un estigma, un sello imborrable que los señalará para siempre como un EX (presidiario, loco, monja, etcétera), estigma que el sujeto asumirá y negará, significará y resignificará para darle sentido a su vida, al tiempo que sirve a los propósitos de la institución que lo construye como sujeto*”⁸. Huelga señalar que la prisión es, probablemente, la institución que marca indeleblemente a sus internos de la forma más estigmatizante posible, al punto tal que el sujeto, por más que eventualmente consiga salir de la prisión, jamás será realmente libre de la misma.

A.2.- Sobre las funciones de las autoridades penitenciarias.

Luego de desarrollar una categorización detallada de la prisión como una institución total, corresponde ahora efectuar un breve análisis de las funciones que deben llevar a cabo cotidianamente las autoridades penitenciarias, y cómo las mismas pueden impactar en los ámbitos de organización de los internos.

En términos generales, puede afirmarse que las autoridades penitenciarias tienen la función primordial de velar por la seguridad y custodia de los internos⁹. Generalmente, estas funciones se cumplen dentro de un ámbito laboral realmente complejo y convulsionado. No debe soslayarse que las autoridades penitenciarias ejercen las tareas que se les asignó -y voluntariamente asumieron- sobre un colectivo de personas que se encuentran en el ámbito carcelario a modo de castigo (e incluso cautelarmente), y por ende, contra su voluntad, resultando su permanencia en estos contextos de encierro una demostración de, quizás, la herramienta más poderosa del poder estatal: la posibilidad de privar a alguien de su libertad. Todas estas circunstancias confluyen en el ánimo de los internos, quienes ven en la persona de los penitenciaros a verdaderos “contrincantes”¹⁰. Idéntica situación podría predicarse

⁷ RODRÍGUEZ-MARTOS DAUER (Ídem nota 5^ª), capítulo II.

⁸ ARAUJO PAULLADA, Gabriel “*La cárcel como pedagogía totalizante*” consultada en forma online en fecha 03/08/2018 en el siguiente link: <http://132.248.9.34/hevila/TramasMexicoDF/1993/no5/3.pdf>

⁹ Así también lo establece el art. 5 inc. a) de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal.

¹⁰ KALINSKY, Beatriz, “El agente penitenciario: La cárcel como ámbito laboral”, EN *RUNA, Archivo Para Las Ciencias Del Hombre*, 28(1), 43-57 (consultado online en <https://doi.org/10.34096/runa.v28i1.1209>. Última consulta: 24/12/2018).

respecto de las autoridades penitenciarias en relación a los internos, quizás como consecuencia de la mala remuneración de sus labores, la presión mediática y el contexto hostil y cerrado en que se realiza este trabajo.

Es común que las instituciones penitenciarias se organicen bajo un formato de reparto de competencias, toda vez que en el marco de las mismas interactúa una pluralidad de personas con funciones y responsabilidades diversas. A modo de ejemplo, mediante Norma N° 261, el Servicio Penitenciario Federal, que se erige en formato de Reglamento, se estructura de forma tal que funciones como las de seguridad, traslados, higiene, sanidad, etcétera, queden bajo la órbita de divisiones especialmente abocadas para ello. Estas funciones forman parte de la existencia cotidiana del sistema penitenciario, y coexisten con las meta-finalidades de adaptación y reinserción social.

Esta variedad en las funciones que pueden desarrollarse en el marco de la actividad penitenciaria responden, a criterio del autor, a la concepción totalizante de estas instituciones, tal como fuera desarrollado anteriormente. En efecto, por medio de esta prolífera distribución de tareas se persigue abarcar todos los aspectos de la existencia de los internos sometidos a su régimen. En otras palabras, se pretende que la institución penitenciaria se encuentre presente en todos los ámbitos de la vida del interno, decidiendo sobre la alimentación, horarios, compañeros de convivencia, etcétera. Como se analizará más adelante, el sistema penitenciario incluso se arroga la protección personal de los internos, limitando considerablemente las posibilidades de autoprotección de los mismos, circunstancia que genera un fuerte vínculo de sujeción de éstos respecto de los funcionarios penitenciarios.

En párrafos anteriores se señaló que las funciones de los penitenciarios se estructuraban, esencialmente, en torno a la seguridad y custodia de los internos. A estas particulares lides hay que agregar aquellas vinculadas a la asistencia de los mismos. Esta categoría de tareas tiene por objeto auxiliar o amparar a los internos ante cualquier contingencia que puedan afrontar durante su encierro, principalmente aquellas que atañen a su salud física y psíquica. Ahora bien, usualmente el contenido y la manera en la que se desarrollarán estas tareas están descritas en instrumentos normativos, como reglamentaciones, leyes orgánicas, normativas especiales, entre otras. A través de estas normas extrapenales se configura cómo se realizarán tareas que hacen al desarrollo cotidiano de la función penitenciaria, como las requisas, traslados, mantenimiento de

pabellones, solución de conflictos internos, entre otros menesteres de insoslayable observancia. Esta configuración normativa de las funciones penitenciarias crea, en la persona de los internos, una expectativa válida de conducta por parte de los primeros. En efecto, quienes se encuentran sometidos al régimen penitenciario pueden confiar -y, por tanto, exigir- que las autoridades de esta institución cumplan con las funciones formal y materialmente asumidas. Como se explicitará *infra*, estas circunstancias revisten especial importancia en orden a la elaboración de los juicios de imputación originados a raíz de las lesiones a bienes jurídicos atinentes a los internos.

Sin perjuicio de lo manifestado en el párrafo anterior, las tareas o funciones penitenciarias no sólo encuentran asidero en instrumentos normativos, sino también en los requerimientos efectuados por los propios internos. De esta manera, por medio de quejas, reclamos y peticiones se pueden imponer también nuevos contenidos a las funciones penitenciarias, o bien resignificar su sentido y alcance (v.gr. condiciones de desarrollo de requisas, cambios en las dietas alimenticias, mejoras sanitarias, condiciones de traslado, provisión de elementos de limpieza, etcétera).

A.3.- Relación de sujeción de los internos respecto de quienes ejercen el poder penitenciario.

La relación estructural por antonomasia que existe en el ámbito penitenciario es aquella que se estructura entre los internos (ya sea que se trate de personas detenidas circunstancialmente, procesados o condenados) y los funcionarios penitenciarios, la cual evidentemente se encuentra atravesada transversalmente por el especial contexto en el cual se desarrolla, donde los primeros sin lugar a dudas son la parte más débil y desprotegida de esas vinculaciones.

La situación en la que se encuentra en general un interno (detenido, preso o penado) con respecto a la Administración Penitenciaria debe calificarse como relación jurídica, compuesta por un conglomerado de derechos y deberes recíprocos entre los dos sujetos de esta relación jurídica: la Administración Penitenciaria y el interno¹¹. Esta relación jurídica surge en el preciso instante en el que el sujeto traspasa los umbrales del Establecimiento penitenciario, pudiendo desencadenarse tal situación jurídica por diversos títulos jurídicos:

¹¹ MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, "La relación jurídica-penitenciaria. Especial referencia a la protección de la vida de los reclusos" EN *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, núm. 19-30, pág. 3.

prisión preventiva (con o sin auto de mérito de por medio), penado, y muchas veces no existe una categoría jurídica para identificar la razón por la cual una persona se encuentra detenida, pudiendo obedecer a diversas razones¹².

Esta particular especie de relación se analizará bajo la noción de “sujeción”, concepto que ha sido escasamente abordado en la literatura jurídica, encontrando su desarrollo más prolífero dentro del derecho administrativo. Es importante destacar que no existe un concepto unívoco de lo que implica o refiere una relación especial de sujeción, ya que esta noción es aplicable a situaciones sumamente heterogéneas y disímiles entre sí, existiendo consenso en afirmar que una de las partes de este tipo de relaciones será siempre la Administración Pública. En este sentido, Gallego predicaba que “no existe una relación especial de sujeción, sino relaciones especiales de sujeción”¹³, imponiéndose en consecuencia un análisis *ad casum*, dentro del cual corresponde englobar, por supuesto, la relación Administración Penitenciaria-interno.

Sin embargo, algunos autores avezados en esta materia se han esforzado en brindar un concepto de relación especial de sujeción, señalando que las mismas deben ser entendidas como un mecanismo que dota a la administración de poderes extraordinarios para ejercer potestades, y como toda sujeción, supone la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico, pero que una vez la potestad es ejercida surgirán ya otras figuras jurídicas subjetivas, derechos, deberes, obligaciones, distintas de la indicada sujeción¹⁴.

En cuanto a la génesis de esta singular especie de relaciones, Tomás Prieto Álvarez, profesor de Derecho administrativo de la Universidad de Burgos, manifiesta que es un lugar común situarlo en Alemania, cuya doctrina acuñó el término “relación especial de sujeción” a mediados del siglo XIX. Vigente ya la Ley Fundamental de Bonn, la doctrina y la jurisprudencia germanas admitían mayoritariamente que en la esfera de estas relaciones especiales la Administración podía actuar discrecionalmente para conseguir los fines

¹² Como, por ejemplo, una detención policial a la espera de que el juez o magistrado interviniente se pronuncie por su situación. Incluso, en épocas anteriores, cuando las autoridades policiales efectuaban *razzias* en eventos juveniles, muchas personas que no podían justificar su identidad terminaban alojados en centros de detención.

¹³ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribuciones a la teoría del Estado de Derecho”, EN *Revista de Administración Pública* N° 34, Madrid, Año 1961, pág. 24.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid. Reimpresión 2001. Tomo II, pág. 23

públicos correspondientes, como si imperase aún el principio monárquico¹⁵. La situación en Alemania cambia radicalmente a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en fecha 14 de marzo de 1972, precisamente dictada en relación al colectivo de personas privadas de su libertad. Este Tribunal reconoció que en el ámbito de la ordenación del régimen penitenciario habrá de aplicarse estrictamente el principio de legalidad. En segundo lugar, que los derechos y libertades fundamentales de los internos sólo podrán ser limitados cuando se persiga la consecución de una finalidad necesaria para el bien común, y siempre que dichos límites se hayan establecido constitucionalmente y, además, se hayan realizado por medio de una ley. En caso de no existir un instrumento normativo que dé sustento a estas circunstancias, o por medio de las cuales se regulen los derechos y libertades de las personas privadas de su libertad, las reglamentaciones que eventualmente elabore la Administración Penitenciaria no podrán, de acuerdo a los lineamientos de la sentencia indicada, restringir por sí solas los derechos fundamentales de este colectivo. Esta consideración luego se extrapolaría todo tipo de relación de administración-administrado, pero, como se señaló, esta delimitación de las potestades exorbitantes de la Administración Pública encuentran su origen en, quizás, la manifestación más fuerte de la misma: la Administración Penitenciaria.

A este respecto, puede mencionarse una sentencia del Tribunal Constitucional español, en la cual refirió que "El internamiento de un ciudadano en un Centro Penitenciario vincula al interno con la Administración estableciendo una relación de sujeción especial, que le somete a un poder administrativo autónomo y más intenso que el que se proyecta sobre el común de los ciudadanos. Aunque ciertamente el ejercicio de dicho poder está sujeto a normas legales de estricta observancia y, además se encuentra limitado tanto por la finalidad propia de dicha relación [...] como por el valor preferente de los derechos fundamentales del recluso, que el artículo 25.2¹⁶ de la Constitución expresamente reconoce". Conforme reconoce este Tribunal, de esta especial categoría de relación deriva, por un lado, la "obligación de la Administración Penitenciaria 'de velar por el buen orden y la seguridad regimental del centro' y el correlativo deber del interno 'de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento' (sentencia del Tribunal Constitucional 57/94). A cuyo fin la legislación penitenciaria atribuye a dicha

¹⁵ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción", EN *Revista de Administración Pública* N° 178, Madrid, 2009, pág. 219.

¹⁶ El cual se puede equiparar, *mutatis mutandi*, al art. 18 de nuestra Carta Magna".

Administración Pública específicos poderes para adoptar medidas encaminadas no sólo a prevenir y eliminar alteraciones del régimen disciplinario, sino también a sancionar administrativamente las infracciones de dicho régimen que puedan cometer los internos” (sentencias del Tribunal Constitucional 74/1984, 2/1987, 190/1987, 161/1993, 229/1993 y 297/1993)¹⁷.

Siempre que se alude al ingreso de una persona a un centro penitenciario, se hace referencia a los pretendidos fines de reeducación, y principalmente, de resocialización, tal como lo prescribe el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina. Básicamente, se trata de “normalizar” al sujeto conforme a las reglas y estereotipos predefinidos por las relaciones de poder existentes. Señala el profesor Reviriego Picón que es en la consecución de estos fines que este colectivo puede ser objeto de limitaciones en sus derechos constitucionales, las cuales no serían de aplicación a ciudadanos que no se encuentran en la misma situación. Sin embargo, estas limitaciones deben ser justificadas y necesarias, velándose por la seguridad y buen orden regimental del centro penitenciario, al corresponder a la Administración Penitenciaria la retención y custodia de los reclusos. Claro está que estas restricciones, idealmente, no deben ser la norma, sino la excepción¹⁸.

En este orden de ideas, y en línea con lo sostenido por el profesor Martínez Ruiz, debe resaltarse nuevamente que los derechos de los internos no pueden quedarse por fuera de los límites impuestos por los muros, y por más que exista una fuerte relación de sujeción, es necesario, a fin de conseguir un equilibrio óptimo, proceder a: i) reconocer plenamente la validez del principio de legalidad; ii) garantizar el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; iii) articular un sistema de protección jurisdiccional de los derechos de los internos¹⁹.

La relación de sujeción especial existente entre Administración Penitenciaria-interno ha llamado la atención también de los operadores jurídicos que interactúan ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En efecto, la Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante Corte IDH) se pronunció al respecto en el marco del caso

¹⁷ PRIETO ÁLVAREZ (ídem nota 15^o), pág. 234.

¹⁸ REVIRIEGO PICÓN, Fernando “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios” EN *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* / coord. por Manuel Carrasco Durán, Francisco Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra, Vol. 1, 2006, págs. 1595-1612

¹⁹ MARTÍNEZ RUIZ (ídem nota 11^o), pág. 5

Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay, manifestando que “*Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna*”²⁰. No corresponde analizar ahora la posición de garante sobre los internos, ello será objeto de un análisis más pormenorizado *infra*. Baste por ahora recalcar enfáticamente que el tribunal supranacional destaca la intensidad con la que el Estado recae sobre el interno y regula sus derechos y obligaciones en un contexto intramuros, todo siempre como una lógica consecuencia de las vicisitudes que trae aparejado estar sometido a una “institución total”.

Pero también la Corte IDH señala una característica propia de estas instituciones, y que será de fundamental importancia para realizar un análisis dogmático de la responsabilidad penal de las autoridades penitenciarias. De esta manera, el citado tribunal refiere, con razón, que “*al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas*”. En efecto, y tal como se viene señalando enfáticamente, el interno se encuentra absolutamente imposibilitado para procurarse cualquier tipo de elemento o servicio susceptible de satisfacer una necesidad o exigencia determinada, debiendo confiar en que la institución penitenciaria, que lo absorbe de forma totalizante, se avoque a esas lides. Estas consideraciones, es importante señalarlo, pueden ser aplicadas también a otra categoría de supuestos: el interno no sólo se ve impedido de satisfacer, por sí mismo, sus necesidades, sino que también se encuentra imposibilitado de procurarse una adecuada autoprotección, debiendo confiar en que las autoridades penitenciarias garantizarán la indemnidad de todos los bienes jurídicos que a él atañen frente a cualquier tipo de injerencia o embate, ya sea que esta provenga de otros internos, o incluso, de funcionarios penitenciarios. De esta manera, se confía a la Administración Penitenciaria, en su carácter de institución total, la gestión del desamparo del interno, gestionando los riesgos a los que se encuentra sometido.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas", sentencia del 02/09/2004, Serie C nº 112, párr. 152.

Retomando con los aportes realizados por la Corte IDH, en el párrafo 153 del fallo citado este Tribunal expresó que *“ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible”*²¹. De esta manera, se cristaliza en la jurisprudencia de la Corte IDH la obligación que debe asumir la Administración Penitenciaria en cuanto a la protección de los internos, desarrollando todas las medidas y acciones que resulten conducentes en orden a que éstos puedan ver satisfechas sus necesidades básicas, y como dijimos, también su integridad y seguridad personal, y la de sus bienes jurídicos. Esto, resulta una lógica consecuencia de las especiales características que reviste la relación de sujeción que existe entre el Estado (representado aquí por la Administración Penitenciaria) y los internos.

Es importante destacar que esta perspectiva de abordaje de la relación de sujeción especial no sólo emana de resoluciones de la Corte IDH, sino que también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)²² se ha pronunciado al respecto. En este sentido, en el conocido documento titulado "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", la CIDH dejó establecido que *"tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad"*²³.

²¹ Además de este criterio, sentado en el precedente "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", la Corte IDH ha señalado también que *"...el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna..."* ("Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela", Sentencia del 5 de julio de 2006).

²² Junto con la Corte IDH, son los dos órganos creados por la Convención Americana de Derechos Humanos para el desarrollo del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

²³ Principio I.

Ahora bien, estas valoraciones no encontraron vallas dentro de los límites de la Corte IDH, sino que producto del Control de Convencionalidad²⁴ que deben desarrollar todos los órganos de los Estados que han aceptado la competencia contenciosa de este tribunal, los criterios descritos en los párrafos precedentes encontraron asidero en la jurisprudencia de nuestros tribunales domésticos. Particularmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) recurrió a la noción de relación especial de sujeción en oportunidad de resolver un caso vinculado al derecho al peculio del interno y su contrapartida, la obligación del estado de proveer a su manutención²⁵.

Además de citar el caso de la Corte IDH analizado *ut supra*, la CSJN refiere también que desde el precedente "Dessy" se enfatiza en que el ingreso a una prisión, no despoja al hombre de la protección de la Constitución Nacional y de las leyes, y que mantienen la titularidad de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan los requerimientos del debido proceso²⁶. Además de esta cita, la Corte agregó que “*así como el Estado pone a su cargo la prevención, investigación y represión legal del delito, así también debe importar una consecuencia inexorable la circunstancia de que sea el mismo Estado quien se encargue de la retención, custodia y ofrecimiento de un tratamiento interdisciplinario dirigido a neutralizar el nivel de vulnerabilidad penal respecto de las personas privadas de su libertad a su cargo, sea cual fuere la calidad procesal que le corresponda*”.

El solo hecho de ingresar a una prisión significa, para el interno, colocarse en una verdadera situación de vulnerabilidad, debido a la insoslayable circunstancia de que se anulan casi de manera completa sus posibilidades de autoprotección, las cuales son

²⁴ *Nomen iuris* utilizado por primera vez por la Corte IDH en el emblemático caso “Almonacid Arellano Vs. Chile” para referir al mecanismo según el cual todos los órganos de derecho interno deben velar por que cada uno de sus actos sean compatibles no solo con las normas que emergen de la Convención Americana de Derechos Humanos (y en general de todo instrumento convencional que integre el *corpus iuris* latinoamericano y que justifique la competencia contenciosa de la Corte IDH), sino también con la interpretación que la propia Corte IDH les ha asignado, garantizando de esta manera una aplicación armónica del derecho positivo de un Estado, atendiendo a sus fuentes internas e internacionales. El concepto de Control de Convencionalidad continuó completándose con otros fallos contenciosos de la Corte IDH, que lo fueron dotando de significado. Entre ellos, pueden destacarse los siguientes: Tibi vs. Ecuador, Trabajadores cesanteados del Congreso vs. Perú, Barrios Altos vs. Perú, Gelman vs. Uruguay, entre muchos otros.

²⁵ CSJN, M. 821. XLIII. “Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación” del 01/11/2011. Para un abordaje más exhaustivo del mismo, véase LLERA, Carlos Enrique, “El concepto de “relación especial de sujeción” y los delitos de infracción de deber en el ámbito penitenciario” EN *DPyC*, 2012 (febrero).

²⁶ Fallos: 318: 1894.

materialmente asumidas por la Administración Penitenciaria. Como bien señala Llera²⁷, estas características llevan a dotar de un nuevo significado la relación de sujeción existente entre la Administración Penitenciaria y el interno, no limitándose exclusivamente a las prerrogativas de la primera para limitar los derechos y garantías de quienes ingresan en su zona de actuación, sino, y de forma prioritaria, la impostergable obligación de velar por la seguridad y bienestar de los internos, garantizando en todo momento su indemnidad.

B. CONCLUSIONES PROVISIONALES:

De las consideraciones efectuadas hasta el momento pueden extraerse algunas conclusiones provisionales, que resultarán de suma utilidad en orden a continuar con el desarrollo del presente trabajo.

Sin ánimo de resultar reiterativo, y previo a ingresar en el análisis de las cuestiones dogmáticas de este trabajo, es preciso señalar nuevamente que cuando un individuo ingresa, en calidad de interno, a un sistema penitenciario se somete a lo que se denomina “institución total”. Esto trae aparejado, necesariamente, una despersonalización del interno, quien paulatinamente comienza a perder su individualidad, a la vez que esta institución lo va, de alguna manera, absorbiendo. Todos sus aspectos (horarios, gente con quien interactúa, elementos personales con los que puede contar, actividades de recreación, alimentación, etcétera) comienzan a ser digitados por esta institución, que ejerce un control intenso sobre los mismos. Todas estas circunstancias que de alguna manera caracterizan a las “instituciones totales” son gestionadas por la Administración Penitenciaria, quien en definitiva es la expresión del Estado por medio del cual se decide y organiza cómo será la vida de los internos mientras se encuentren reclusos en estas instituciones.

Este modelo de relación entre Administración Penitenciaria e interno trae aparejado un importante corolario: no sólo los aspectos de la vida cotidiana del interno caen bajo dominio de las autoridades penitenciarias, sino también su desamparo y sus posibilidades de autoprotección ante injerencias extrañas respecto de su persona y de sus bienes. El origen de estos riesgos puede provenir de otros internos como así también de los propios integrantes de la institución penitenciaria. Por consiguiente, la Administración Penitenciaria debe procurar, por medio de todos los recursos disponibles, mantener la indemnidad de los

²⁷ LLERA (ídem nota 25º).

internos a su cargo, ya que ellos carecen de los medios necesarios para hacerlo por sí mismos.

En efecto, la Administración Penitenciaria debe implementar acciones positivas que redunden en una disminución de los riesgos a los cuales los internos se encuentran sometidos al estar reclusos en estas instituciones, velando por su seguridad, integridad y el goce pleno de los derechos que no se han visto restringidos por su ingreso al sistema penitenciario. Este es el correlato necesario de las potestades que ejerce la Administración Penitenciaria en virtud de esa relación de sujeción especial que la vincula con los internos.

En lo sucesivo, y desde un abordaje dogmático-penal, se analizará qué sucede cuando las autoridades penitenciarias no ejercen (o no lo hacen adecuadamente) los mecanismos de control de los riesgos a los cuales se encuentran sometidos los internos.

SEGUNDO CAPÍTULO:

SOBRE LA NATURALEZA DE LOS DEBERES A CARGO DE LAS AUTORIDADES PENITENCIARIAS:

Como bien señala Sánchez-Vera Gómez Trelles, el Derecho penal trata de garantizar las condiciones mínimas de la vida en sociedad²⁸. Dependiendo del rol que desempeñe un sujeto determinado en un ámbito social circunscripto, se generaran un haz de expectativas en torno a esferas jurídicas titularizadas por terceros. Esta circunstancia resultará determinante, como veremos, para evaluar si un suceso típico puede ser atribuido penalmente a un sujeto determinado, y en su caso, valorar el verdadero sentido y alcance del aporte delictivo desplegado por este.

Por supuesto, no todos los sujetos que interactúan en distintos planos sociales tendrán idénticos roles, y esta circunstancia incide también, como veremos, en cuestiones vinculadas a la imputación objetiva de distintas conductas. De igual manera, es preciso recordar que la sociedad no se encuentra integrada únicamente por distintos individuos aislados, sino que éstos convergen en puntos comunes, interactuando muchas veces en el contexto de instituciones de la más variada índole. Cada una de estas instituciones tiene finalidades y reglas propias, que las distinguen de las demás, y que, como lógica consecuencia de ello, serán distintas las expectativas de actuación de los individuos que se encuentran insertas en ella. En algunas instituciones, las reglas de comportamiento son laxas, mientras que en otras se exigen que las conductas se adecuen a pautas de conducta más estrictas, máxime si los roles desempeñados en el marco de una institución conllevan el compromiso de contención de determinados riesgos susceptibles de lesionar bienes jurídicos. Claro está que en estos casos los ámbitos de riesgo permitido serán bastante más acotados que en otras instituciones con pautas de actuación menos rigurosas.

Como se señaló en líneas anteriores, el Derecho penal tiene como misión preponderante garantizar las condiciones mínimas de vida en sociedad, destacándose que muchas veces esta se desenvuelve en torno a la existencia de instituciones sociales que la promueven. Como veremos a continuación, estas instituciones son caracterizadas como

²⁸ SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, "Delito de infracción de deber", en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Estudios y Debates en Derecho Penal*, t. VIII, Buenos Aires, B de F, 2014, p. 288.

“positivas”, toda vez que tienen por objeto el fomento de determinadas esferas de derecho. Sin embargo, existen también instituciones “negativas”, todo lo cual será objeto de un desarrollo pormenorizado en lo sucesivo.

Previo a desarrollar los postulados dogmáticos vinculados a esta temática, es preciso recordar que estas concepciones nacen como producto de un devenir de reacciones a las teorías subjetivas de la autoría, criterio que dominó en la jurisprudencia alemana desde la segunda mitad del siglo XIX. Estas maneras de analizar la autoría implicaban una extrema subjetivación de sus criterios tipificantes, circunstancia que motivó numerosas objeciones. Particularmente, la delimitación entre autor y partícipe se supeditaba, según las teorías subjetivas, a un examen del mundo interior de los intervinientes en el hecho, indagando infructuosamente en su voluntad, intención y motivos²⁹. En este sentido, se reputaba autor a quien obra considerando el hecho como algo conforme a su voluntad, y partícipe a quien actúa con una voluntad dependiente, subordinada a la voluntad del autor.

Los temas que se analizarán a continuación son reacciones dogmáticas formuladas desde el ámbito académico alemán a estas concepciones extremas.

A. APROXIMACIÓN A LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

A.1. ROXIN Y SU ESCUELA:

-La realización típica y el dominio del hecho:

Previo adentrarnos en la diferenciación entre deberes negativos y positivos en Derecho penal, resulta necesario efectuar una precisa referencia a los denominados delitos de infracción de deber³⁰. Esta noción probablemente encuentra sus raíces más profundas en la obra de Roxin, quien propone diferenciar entre dos tipos de delitos. En primer lugar, se encuentran aquellos delitos en los cuales el legislador ha formulado una completa descripción de los comportamientos o conductas típicas. En esta clase de delitos, el autor -o en palabras de Roxin, la figura central del suceso acaecido- es quien domina el desarrollo de

²⁹ CARO JOHN, José Antonio, "Sobre la autoría en el delito de infracción de deber", EN *Revista de Derecho Penal y Criminología* n^o 89, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 94.

³⁰ Probablemente quien mejor ha nucleado con especial sentido crítico las importantes aportaciones que sobre este punto han formulado tanto Roxin como Jakobs es el profesor español Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Particularmente, su trabajo titulado "DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA" ha sido objeto de consulta permanente en la elaboración de esta tesis, existiendo numerosas referencias al mismo.

la conducta descrita en el tipo. En términos más simples, es autor quien controla la manera en la que acontece el hecho típico, quien cuenta con verdaderas posibilidades de dirigir el curso del mismo³¹.

Como bien señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles, el eje central sobre el cual Roxin formula su desarrollo sobre esta categoría de delitos está constituido por “dominio del hecho”, es decir, sobre la premisa de que debe ser considerado autor quien orienta conscientemente un curso causal hacia la realización de un resultado típico³². En términos generales, quienes adscriben a los lineamientos teóricos delineados por Roxin aceptan, junto con el profesor alemán, que pueden verificarse tres modalidades diferentes en las cuales un sujeto -la figura central del suceso- puede dirigir el curso del hecho típico.

En primer lugar, encontramos al dominio del hecho a través del *dominio de la acción*, donde el sujeto es la figura central y excluyente del desarrollo del hecho típico, ostentando en todo momento el control del comportamiento exigido en el tipo. En pocas palabras, en esta modalidad de dominio del hecho, la figura central del proyecto delictivo realiza el tipo de propia mano.

En segundo lugar, se encuentra el *dominio funcional del hecho*, que a su vez presenta algunas particularidades propias. Esta modalidad es característica de la autoría en relaciones horizontales, y según la doctrina dominante, supone que la totalidad de los intervinientes son cotitulares de la resolución delictiva conjunta. Pero, además, cada uno de ellos también debe realizar una aportación significativa al hecho típico. Sin embargo, a través de una división de roles que resulte más adecuada a la finalidad perseguida puede derivarse para la coautoría que una aportación al delito que formalmente puede no entrar dentro del marco de la acción típica, sea susceptible de ser considerada como comportamiento de autor. Tan solo debe tratarse de una parte necesaria de la ejecución del plan delictivo conjunto en el marco de una división del trabajo llevada a cabo racionalmente³³.

Además de la cotitularidad criminal conjunta, es preciso que se verifique la concurrencia de algunos recaudos. Roxin, en este sentido, entiende que coautor es “*todo*

³¹ ROXIN, Claus, “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. TOMO II”, Thompson Reuters, 2014, pág. 69. En igual sentido: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, pág. 584.

³² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 27.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Comares, 2003, pág. 703

interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquél con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido...” agregando “mucho menos se requiere que ponga “manos a la obra” en sentido externo o ni siquiera que esté presente en el lugar del hecho”³⁴.

En este orden de ideas, y continuando con el desarrollo de los postulados dogmáticos formulados por Roxin, el dominio funcional del hecho requiere, a su vez, la concurrencia de requisitos propios. Más precisamente, se requiere que exista, en primer lugar, una *decisión común*, es decir, un plan acordado y aceptado por cada uno de los intervinientes, permitiendo establecer una conexión del hecho que realiza cada uno. Consecuentemente, esto permite luego fundamentar juicios de imputación por medio de los cuales se atribuye a cada coautor también el aporte desplegado por los otros.

En segundo término, es preciso que se verifique una *división del trabajo*, lo que implica que cada coautor debe realizar un aporte útil y necesario para la empresa delictiva. Para que esto resulte posible, es necesario que la realización típica del delito de que se trate sea divisible en compartimentos aislables que se traduzcan en acciones ejecutivas, las cuales se pueden presentar de forma concomitante o sucesiva. Como lógica consecuencia de ello, se requiere también que exista *codominio del hecho*, lo que equivale a decir que de las características particulares en que se presenta la materialización del hecho típico, todos los intervinientes comparten el dominio del mismo, es decir, cada coautor tiene el señorío -y consecuente poder de decisión- sobre la porción o tramo de la empresa delictiva que se le haya asignado.

Por último, el dominio funcional del hecho requiere que, para ser considerado coautor, el aporte se haya prestado dentro de la etapa ejecutiva del hecho típico. Un aporte prestado en otra etapa podría dar lugar, en todo caso, a una intervención en calidad de partícipe. Recordemos que Roxin niega que baste la intervención en una fase o etapa preparatoria para fundamentar la coautoría, argumentando que “*el que se limita a cooperar*

³⁴ ROXIN, Claus, “*Autoría y Dominio del hecho en derecho penal*”, 7ª edición traducida por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 310 y siguientes.

*en la fase preparatoria, cede la auténtica realización del tipo a la decisión autónoma de los demás*³⁵.

Retomando con las diferentes modalidades que puede revestir el dominio del hecho, encontramos que el autor también puede erigirse en figura central del suceso típico dominando la voluntad de otras personas, ya sea que esto sea posible por falta de libertad de quien ejecuta la acción, por desconocimiento del sentido objetivo de su accionar, o bien porque se imparte una orden en el marco de un aparato de poder organizado. Estos son los clásicos supuestos de autoría mediata³⁶. En la edición actualizada de su Tratado, Roxin apunta que se puede realizar también un tipo sirviéndose de otro (de “alguien que actúa como medio [en el hecho]”) y empleando la persona de este para los fines propios de modo que, mediante su instrumentalización (su utilización como “instrumento”), se domina mediatamente (como “sujeto de atrás”) el acontecer típico³⁷. En estos casos, asegura el profesor alemán, la “figura central” del suceso típico interviene dominando la voluntad del sujeto al cual instrumentaliza.

Esta autoría mediata se presenta, de acuerdo a los lineamientos definidos en la obra de Roxin, en tres casos prototípicos: En primer lugar, se puede dominar un hecho como sujeto de atrás forzando al ejecutor a la realización del tipo (dominio de la voluntad en virtud de coacción). Asimismo, puede dirigirse el acontecer típico “desde la retaguardia engañando al ejecutor y convirtiéndolo así en ejecutante de su plan delictivo (dominio de la voluntad en virtud de error)³⁸. Por último, se puede dominar la voluntad de otro, controlando de esta manera el modo en el cual se desarrolla la realización típica, emitiendo órdenes en el marco de un aparato organizado de poder, donde los órganos de ejecución son intercambiables y fungibles, no dependiendo de la disposición de un autor individual a ejecutar el hecho (dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder). Esta última modalidad se ha erigido como la construcción dogmática utilizada por tribunales federales argentinos para fundamentar la responsabilidad penal de funcionarios militares y policiales respecto de delitos de lesa humanidad cometidos en el país durante el terrorismo de Estado.

³⁵ ROXIN (Ídem nota 34º), pág. 734.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 734.

³⁷ ROXIN (Ídem nota 31º), pág. 84.

³⁸ ROXIN (Ídem nota 34º), pág. 85

-La revolucionaria “aparición” de los delitos de infracción de deber.

En su clásico trabajo *Autoría y dominio del hecho*, Roxin puso de manifiesto que era plenamente consciente de que la noción de *dominio del hecho* era insuficiente para explicar todas las constelaciones de realización típica que podían verificarse, y cómo lógico corolario de ello, para determinar quién debía responder en calidad de autor o artífice principal del suceso delictivo. Por tal motivo, concluyó que existen criterios distintos al dominio del hecho, y para ello propuso un ejemplo: N, quien no reviste la calidad de funcionario público, obliga a otra persona que sí lo es, F, para que éste coaccione a una víctima a fin de que realice una confesión determinada³⁹. En el caso propuesto por el profesor alemán, N posee el dominio del hecho sobre el devenir del suceso delictivo, utilizando a F -quien actúa coaccionado- como su instrumento. Si nos ciñéramos estrictamente a la teoría del dominio del hecho, sólo podría concluirse que N es autor, ya que es él quien ostenta el señorío sobre el curso delictivo. Sin embargo, N no puede responder en calidad de autor, ya que en el delito analizado (que podría encontrar correlato en nuestro ordenamiento jurídico interno en las distintas previsiones que emergen del artículo 144 ter del Código Penal⁴⁰) sólo puede ser autor quien ostente las cualidades específicas exigidas en el tipo. En este caso, sólo podría ser considerado autor el funcionario que coacciona a una víctima determinada para que esta efectúe una confesión cualquiera, aunque este funcionario carezca -como en el ejemplo propuesto- de dominio del hecho.

A partir de la aceptación de que existen casos donde la teoría del “dominio del hecho” no ofrecía respuestas satisfactorias, Roxin comenzó a formular una construcción dogmática a fin de explicar cómo se determina la autoría en estas constelaciones de casos. Así nace la categoría de delitos de “infracción de deber”. Más precisamente, esta primera acepción sobre esta categoría de delitos fue primeramente desarrollada por el profesor

³⁹ Este ejemplo también puede leerse en la obra de Sánchez-Vera Gómez-Trelles (nota 32^o), pág. 28.

⁴⁰ ARTICULO 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. 2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años. 3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente”.

alemán en 1963⁴¹, encontrando su estructura en los tipos penales existentes en la Parte especial. De esta manera, si el tipo penal se desarrolla sobre la infracción de un deber *extrapenal*, estaremos en presencia de un delito de infracción de deber.

Roxin expone su teoría, convencido de que la misma encuentra asidero en un grupo de tipos penales a los cuales considera como el prototipo de los delitos de infracción de deber⁴². Entre éstos, refiere a la administración desleal, las lesiones cometidas por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y la extorsión del funcionario para obtener una declaración. Como puede diáfamanamente advertirse, en estos tipos penales el autor ostenta un deber más intenso que la obligación general de respetar la norma que recae sobre todas las persona, debiéndose puntualizar que esta clase de deberes provienen de una rama jurídica distinta al Derecho penal. En la vulneración de estos deberes radica el disvalor o reproche de su conducta.

Este planteamiento se torna más claro luego de la tercera edición de la investigación de Roxin sobre autoría, donde corrigió formulación originaria según la cual los delitos imprudentes también debían considerarse como delitos de infracción de deber. Posteriormente, advirtió en que el deber en los delitos imprudentes -se refiere, lógicamente, al deber general de cuidado- se refería a un mandato general que alcanza a todas las personas y no sólo a un grupo limitado de personas conocidas en el uso del lenguaje jurídico-penal como obligados especiales. Por esta razón, el profesor alemán afirma, en su formulación actual al respecto, que no resulta pertinente distinguir entre distintos niveles de intervención delictiva en el marco de delitos imprudentes.

Continuando con el desarrollo de la concepción de Roxin en relación a los delitos de infracción de deber y situándonos dentro del terreno de la participación delictiva, resta puntualizar que esta especie de delitos se caracteriza también por presentar una *accesoriedad* de tipo *cualitativa*. Como bien señala Bacigalupo en la obra citada, esta es una de las principales consecuencias de la tesis de Roxin. La accesoriedad de tipo cualitativa refiere que, si la autoría se identifica o caracteriza con la infracción de un deber determinado, la acción del partícipe es accesoria de esa infracción, y no del dominio del hecho que ostenta otro. En este sentido, resulta irrelevante para este análisis si quien

⁴¹ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín/Nueva York, de Gruyter, 2000, pp. 352 ss., citado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (ídem nota 32ª), pág. 28.

⁴² BACIGALUPO, Silvina, "Infracción De DEBER Y PARTICIPACIÓN", EN *ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. Homenaje al profesor SANTIAGO MIR PUIG*, Madrid, B de F, 2017, p. 434.

infringe el deber extrapenal obró (o no) con dolo, porque este es, de acuerdo a la tesis comentada, un elemento del dominio del hecho⁴³. Esto deviene como lógica consecuencia de considerar que en los delitos de infracción de deber lo verdaderamente relevante para la descripción típica del suceso delictivo no es la naturaleza externa del comportamiento, sino la lesión de un deber extrapenal preexistente. Quien quebranta este deber cumple con la previsión típica, y por ende siempre se lo reputará, en la tesis de Roxin, como autor.

Con todo ello, Roxin arriba a la siguiente conclusión: los delitos de infracción de deber son los tipos penales, en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a la formulación del tipo⁴⁴.

Además del plano de la intervención delictiva, esta concepción también tiene importantes consecuencias al momento de analizar la *comisión por omisión* como modalidad de realización típica. Partiendo de la premisa que la piedra angular de la responsabilidad penal estriba en la lesión de un deber definido, resulta irrelevante si la lesión se produce por acción u omisión. Roxin ilustra esta conclusión con un ejemplo: un funcionario penitenciario encargado de la custodia de un preso puede colaborar con su evasión con la acción de abrir la celda u omitiendo cerrarla.

Como bien señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Roxin arriba aquí a una conclusión que merece algunas consideraciones. Para el profesor alemán, todos los delitos de comisión por omisión serían delitos de infracción de deber⁴⁵. Roxin también pone en manos del legislador la decisión valorativa de estipular si un comportamiento determinado se configura como un delito caracterizado por el dominio del hecho, o por el contrario, de infracción de deber, dependiendo de la significación que el legislador otorgue a la posición de deber en relación a la lesión de bienes jurídicos⁴⁶. Por ende, la existencia o no de un delito de infracción de deber se infiere de la interpretación del correspondiente tipo penal de la parte especial.

Sin embargo, la tesis formulada por Roxin carece de vocación de exhaustividad ya que existen aspectos fundamentales no abarcados por ella. De esta manera, Sánchez-Vera Gómez-Trelles plantea conciso interrogantes al respecto, como por ejemplo: ¿qué se

⁴³ BACIGALUPO (ídem nota 42º).

⁴⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (ídem nota 32º, pág. 30).

⁴⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (ídem nota 32º), pág. 34.

⁴⁶ ROXIN (ídem nota 34º), pág. 411.

entiende por posición de deber? ¿Es siempre determinante la formulación del tipo penal para definir si nos encontramos ante un delito de infracción de deber o de dominio del hecho? ¿En los delitos de infracción de deber siempre debe reputarse al obligado especial como autor?⁴⁷

Ciñéndonos al objeto de estudio y análisis de esta investigación, la conclusión que mayor atención y abocamiento crítico requiere es aquella que afirma que todos los delitos de omisión se erigen o configuran como delitos de infracción de deber. Al desarrollar la tesis de Jakobs al respecto se buscará brindar una respuesta eficaz a este predicamento.

A.2. LA CONCEPCIÓN DE JAKOBS.

Una vez analizada sucintamente la tesis de Roxin con relación a los delitos de infracción de deber, corresponde ahora desarrollar los lineamientos teóricos formulados por Jakobs al respecto, los cuales reflejan su concepción normativista del Derecho penal.

A diferencia de Roxin, Jakobs estructura su distinción entre delitos de dominio e infracción de deber desde una óptica muy definida: el ámbito de competencia del interviniente, esto es, el rol que desempeña en el entorno social circunscripto en el que interactúa. En efecto, para construir su concepción teórica vinculada a este punto, parte de la premisa de que las personas viven e interactúan en ámbitos regidos por normas donde deben satisfacer una diversidad de deberes y expectativas que van, de alguna forma, delineando una competencia personal. De esta manera, la infracción de estos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal se erige en el fundamento sobre el cual reposa su responsabilidad jurídico-penal.

Jakobs predica que los individuos pueden defraudar una expectativa ya sea por acción como así también por omisión. Retomando el hilo de lo señalado en el párrafo anterior, en la sociedad moderna pueden identificarse, básicamente, dos fundamentos, los cuales resultan operativos tanto para delitos de comisión como así también de omisión. En primer lugar, refiere el autor citado, las personas, en ejercicio de su libre albedrío, son capaces de configurar su mundo externo. Pero esta prerrogativa no puede ejercitarse de manera arbitraria. Si los seres humanos no reconocieran ningún tipo de limitación en ocasión de organizar sus respectivos ámbitos de competencia, es factible que de ello

⁴⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (ídem nota 32^o), pág. 35.

devenga la defraudación a expectativas estables, circunstancia que inexorablemente contrasta con un funcionamiento social óptimo. Entonces, en estos casos el fundamento de la responsabilidad radica en la lesión de estos límites *generales* de la libertad⁴⁸.

Por su parte, el segundo fundamento se estructura en torno al no acatamiento u observancia de deberes *especiales*. En estas constelaciones de casos, existen roles que derivan de una determinada institución a la cual el individuo se encuentra vinculado. A esta categoría pertenecerían los delitos de infracción de deber. A diferencia de lo manifestado anteriormente, la violación de estos deberes no guarda relación con la transgresión de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites definidos por un estatus especial. Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, siempre en procura del fomento de un bien jurídico determinado, pues en el fondo existe un deber de neto corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial⁴⁹.

Los delitos que se originan a partir de la transgresión de deberes *generales* de actuación se conocen, en la terminología acuñada por JAKOBS, como delitos de organización. También podemos referir a los mismos como delitos que lesionan deberes negativos (*infra* se detallará por qué). De igual manera, a los deberes *especiales* que también operan como fundamento de atribución de responsabilidad penal se los denomina también, señala Jakobs, como deberes positivos, y la lesión de los mismos da lugar a delitos de infracción de deber⁵⁰.

En un brillante artículo, Robles Planas afirma que la distinción entre deberes negativos y positivos ya se encontraba claramente formulada en la obra de Tomás de Aquino⁵¹. En este sentido, en la célebre Suma Teológica, el citado escolástico refirió que los hombres podían alcanzar gradualmente la virtud por medio de preceptos negativos, esto es,

⁴⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Buenos Aires, AD-HOC, 1997, pág. 25 y siguientes; EL MISMO “La competencia por organización en el delito omisivo”, EN *CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS* N° 1, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, pág. 10.

⁴⁹ CARO JOHN (ídem nota 29º), pág. 98.

⁵⁰ Es importante recordar que Jakobs menciona, como un tercer grupo específico, los “delitos propios de omisión”. En ellos, el fundamento de la responsabilidad encuentra asidero en la lesión de una *solidaridad mínima*. Estos delitos (entre los cuales se encuadrarían la omisión de socorro, de denunciar determinados delitos, etc.) se basan en el quebrantamiento de la solidaridad exigida a todo ciudadano SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, (ídem nota 32º), pág. 38 -comentario a pie de página-. Sin embargo, esta tercera categoría excede los fines de esta investigación, y no será objeto de desarrollo ulterior.

⁵¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Deberes negativos y positivos en Derecho Penal”, EN *InDret*, 4/2013, pág. 3.

por abstención del mal; pero también mediante preceptos positivos, es decir, haciendo el bien⁵². Sin embargo, es a partir de la tesis postulada por Jakobs donde esta distinción se formula más claramente, y obtiene un mayor impulso dentro de la dogmática jurídico-penal, quien refiere, en definitiva, que los límites de la libertad de configuración -cuya transgresión puede dar origen a la existencia de responsabilidad penal- son un producto social, y es en ese ámbito de interacción donde cobran sentido.

A continuación, se analizará con detalle cada uno de estos fundamentos de responsabilidad penal, y las consecuencias que de ello derivan.

-Delitos de organización (lesión de Deberes Negativos):

Como se señalara precedentemente, cuando un sujeto se desenvuelve en planos sociales genera, respecto de terceros, expectativas de comportamientos determinados, según las cuales las posibilidades de autodeterminación, o mejor dicho, de organización del propio ámbito de libertad, encuentran como límite los derechos del resto de los ciudadanos. Esto es lo que hace posible la coexistencia en una sociedad moderna⁵³. Así, la relación entre el obligado y la víctima potencial se agota en algo puramente negativo, es decir, en no dañar a otros a través de la configuración del propio ámbito de organización.

De esta manera, el fundamento de esta categoría está estructurada en torno a la lesión de deberes generales de actuación. El respeto a estos límites generales es lo que dota de sentido y fundamento a la competencia por organización, y es aquí donde cobra verdadera importancia y entidad el célebre sinalagma de la libertad acuñado por Jakobs: libertad de acción, responsabilidad por las consecuencias. En virtud de esto, a todos compete, en virtud de su estatus general, es decir, como consecuencia de contar con suficiente libertad para organizarse, garantizar que, en el contacto con una organización ajena, la propia tenga una

⁵² THOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae, en: Corpus Thomisticum* – p. Thomae de Aquino Opera Omnia (<http://www.corpusthomicum.org/iopera.html>): «in lege Dei proponi diversa precepta affirmativa et negativa, ut gradatim homines introducerentur ad virtutem, prius quidem abstinendo a malo, ad quod inducimur per precepta negativa; et postmodum faciendo bonum, ad quod inducimur per precepta affirmativa» (I-II, 72, 6); «per precepta affirmativa imperantur actus virtutum, per precepta vero negativa prohibentur actus vitiorum» (I-II, 100, 6); «sicut peccatum transgressionis opponitur praeceptis negativis, quae pertinente ad declinandum a malo, ita peccatum omissionis opponitur praeceptis affirmativis, quae pertinente ad faciendum bonum» (II-II, 79, 3).

⁵³ JAKOBS (Ídem nota 48º).

configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido⁵⁴. En idéntico sentido, Lesch ha sostenido que quien goza de un campo libre para poder autoadministrarse, asume con ello siempre, también la propia responsabilidad de las consecuencias de una administración deficiente⁵⁵.

Estos deberes negativos se basan en el deber intersubjetivo por antonomasia, que generalmente se expresa con el famoso proverbio jurídico *neminem laedere*, es decir, el deber de no causar daño a nadie. Feuerbach reducía todo a una mera obligación de abstención⁵⁶, pero en la obra de Jakobs esto cobra un sentido más determinante: no basta con abstenerse de dañar a otros, sino que los individuos deben, al momento de configurar libremente su ámbito de organización, procurar que de este ejercicio no devengan riesgos para terceros.

A diferencia de lo que sucede en una perspectiva *naturalista* de la dogmática jurídico-penal⁵⁷, el enfoque *normativista* encuentra asidero en las concepciones más vinculadas a Hegel y Rousseau. En efecto, según esta perspectiva “el individuo se constituye en ‘persona real’ mediante la relación con otras personas, esto es, mediante el contacto social con el alter ego; por medio de la comunicación con sus semejantes, la existencia humana supera el subjetivo ser-para-sí característico del animal, en tanto tal existencia llega a una individualidad reflectora. *Comunicación* es pues el proceso social elemental de la constitución de sentido en el trato entre seres humanos, sin el cual no son pensables ni una individualidad personal ni un sistema social”⁵⁸. En pocas (y más sencillas) palabras, la existencia de una sociedad sólo es posible mediante la interacción de los individuos que la componen. En este sentido, sin el compromiso de cada individuo consistente en organizar su ámbito de libertad de forma tal que de dicha configuración no surjan efectos nocivos para esferas de organización ajenas (y en caso de que así suceda,

⁵⁴ JAKOBS, Günther, “La competencia por organización en el delito omisivo”, EN *CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS* N° 1, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y filosofía del Derecho, pág. 11.

⁵⁵ LESCH, Heiko, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, EN *ANUARIO DE DERECHO PENAL*, T.XLVIII, Fasc.III, Septiembre-Diciembre 1995, pp. 911-972.

⁵⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, (Ídem nota 32ª), pág. 83.

⁵⁷ Donde al individuo se lo aborda desde la perspectiva de Hobbes, es decir, como un sujeto soberano, libre y no ligado a un orden preestablecido; el individuo, en su origen asocial, cuyas relaciones sociales sólo se definen mediante lo externo. Todos los intervinientes se encuentran en un estricto vínculo externo respecto de esas relaciones sociales, las cuales se tienen en cuenta sólo en la medida en que son útiles para los intereses egocéntricos del individuo (conf. LESCH, op cit, pág. 912).

⁵⁸ LESCH (Ídem nota 55ª), pág. 913.

responsabilizarse por las consecuencias de esa organización defectuosa), sería imposible imaginar una sociedad estable. Por ello, Jakobs resume que cada uno es garante de la inocuidad de su conducta⁵⁹.

Esta configuración del mundo externo puede realizarse, indistintamente, mediante acciones positivas que impliquen un *hacer*, o bien mediante comportamientos que se estructuren de una manera omisiva. El Derecho penal no se ocupa de la manera en la que se amplía la propia organización en detrimento de derechos de terceros. En efecto, *lo que verdaderamente debe merecer especial interés es si, de la manera en que el sujeto organizó su propio ámbito de libertad, devino la creación de un riesgo no permitido para esferas de organización ajenas*. En definitiva, se trata de distinguir no sobre la base de la apariencia externa de la conducta, sino con base en la razón normativa de la responsabilidad penal⁶⁰.

En estos casos, señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles, puede hablarse del quebrantamiento de una expectativa negativa, la cual consiste -como dijimos- en no dañar a otro, pudiendo esta expectativa ser defraudada tanto por acción como por omisión⁶¹. En este último caso, dice el profesor español, no habrá infracción o incumplimiento de un mandato, sino que en todos los casos habrá una transgresión a una prohibición, y ello como consecuencia de los principios generales del Estado de Derecho: *“quien organiza, a quien se otorga libertad de organizar, responde de las consecuencias de su organización. Libertad de organizar sin contraer responsabilidad no es libertad, sino libertinaje”*⁶².

Ahora bien, en materia de deberes negativos se advierte una clara diferencia en la doctrina española moderna, particularmente en lo que refiere a un punto definido. En este sentido, el profesor citado en el párrafo precedente estima que los deberes negativos se agotan en “no dañar” a otro, es decir, en organizar su ámbito de libertad de forma tal que no resulten lesionados bienes jurídicos ajenos. Pero no es exigible, en el marco de la institución

⁵⁹ JAKOBS, Gunther *“Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal”*, Universidad del Externado, 2001, pág. 16.

⁶⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en el *Estudio preliminar* que realizan al libro de Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), Madrid, 1996, p. 87

⁶¹ Generalmente, para explicar el funcionamiento de estos deberes, se recurre al clásico ejemplo propuesto en 1883 por ROTERING: se puede vulnerar la regla contenida en el proverbio *neminem laedere* conduciendo un carruaje contra un peatón, o no tomando las riendas que se sueltan. Entonces, quien organizó defectuosamente la conducción del carruaje deberá responder por lo organizado, ya sea actuando (tomando las riendas) u, en su caso, omitiendo (no conduciendo contra los peatones), cfr. ROTERING, *“Über die Verbindlichkeit des Handelden zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolgs aus seiner selbst schuldlos erzeugten Gefahr”*, GS 34 (1883), pp. 207.

⁶² SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (Ídem nota 28ª), pág. 290.

negativa, hacer algo que implique un mejoramiento de estos bienes jurídicos, ya que estos aspectos son inherentes a los deberes positivos o institucionales⁶³.

Por el contrario, Robles Planas tiene una concepción distinta a la enunciada *ut supra*, asegurando que la no realización de una prestación positiva en favor de un bien jurídico puede erigirse como una infracción a un deber negativo⁶⁴. Propone el siguiente ejemplo: el encargado de cuidar un jardín, debe regar las plantas y abonarlas; el administrador de un fondo de inversión debe lograr que el patrimonio se incremente conforme a las reglas del mercado. En estos casos, la no mejora de esferas de organización ajena implicarían, sin más, la vulneración de deberes negativos.

Considero que en este punto le asiste razón al profesor Robles Planas, ya que identificar la realización de prestaciones de fomento con deberes positivos implicaría reducir, en aplicación de criterios naturalísticos ortodoxos, las distintas maneras en que puede configurarse el propio ámbito de organización, el cual no siempre se estructura de manera lineal, sino que la modalidad de realización de determinadas conductas, y las expectativas en pugna, juegan un rol preponderante en estas configuraciones.

-Deberes positivos. Sobre Instituciones:

Como adelantara *ut supra*, no sólo puede fundamentarse la atribución de responsabilidad penal en la transgresión de deberes generales, sino también otros denominados *especiales*. Mientras los primeros se estructuran en torno al proverbio jurídico *neminem laedere*, que consagra la obligación de abstenerse de dañar a los demás, o como formulara Hegel en su conocida máxima: "sé persona y respeta a los demás como personas", los deberes especiales son propios de quien se encuentra en ejercicio de un "rol especial", el cual se traduce en la necesidad de preocuparse "*de la existencia no disminuida o incluso el fomento de un círculo de organización y en ese sentido conformar un mundo en común con la persona favorecida*"⁶⁵. Tales deberes derivarían de la existencia de instituciones diferentes a la libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias (propio de

⁶³ SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (Ídem nota 28º), pág. 296

⁶⁴ ROBLES PLANAS (Ídem nota 51º), pág. 4

⁶⁵ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort, Klostermann 2012, p. 83., citado por ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2015, pág. 104.

los deberes negativos), pero con la misma trascendencia que aquellas, dado que la infracción de estos deberes permite la imputación del resultado por comisión por omisión⁶⁶.

Debe destacarse que lo relevante no es, aunque exista, dominio sobre un suceso, sino que lo verdaderamente trascendente es que se verifique la infracción de un deber especial que solo le compete al autor, es decir, que sea impuesto por una institución positiva⁶⁷. En algunas ocasiones, el legislador no ha establecido tales deberes de fomento expresamente legislados, mientras que en otras oportunidades sí. Este sería el caso de los delitos cometidos por funcionarios en general, de muchas de las figuras típicas cometidas en perjuicio de la administración pública. Entonces, respecto de algunos tipos penales, el legislador no ha atendido a la naturaleza externa del comportamiento desplegado por el autor, sino que el fundamento de la sanción reside en el incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial o deber positivo.

La noción de “institución” es definida por Jakobs como “la forma de relación permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta”⁶⁸. Sin embargo, limita el alcance de este concepto a “instituciones fuertes” jurídicamente reconocidas, como la relación paterno-filial, el matrimonio y a los “deberes genuinamente estatales”. Sólo a estas instituciones se les otorga un importante efecto, determinante para esta investigación: en un sentido jurídico-penal, la infracción de estos deberes positivos posee las mismas consecuencias que la infracción de un deber negativo, permitiendo imputar al autor la producción de un resultado lesivo.

⁶⁶ Sin embargo, este particular efecto no es monopolio de las instituciones positivas, ya que la infracción de deberes negativos también da origen a esta clase de imputaciones. Por ello, es necesario emanciparse de aquellas tendencias que asimilan la distinción entre deberes positivos y negativos con la de acción y omisión, según las cuales las conductas omisivas infringirían deberes positivos, mientras que las activas infringirían deberes negativos. Actualmente, gran parte de la doctrina jurídico-penal está de acuerdo en que ambas categorías de deberes pueden transgredirse tanto por acción como por omisión. Tampoco debe sostenerse que la no realización de prestaciones positivas a favor de un bien jurídico determinado se traduzca en infracción de deberes positivos, ya que también pueden constituir una vulneración a deberes negativos. Dicho de otra manera, el cumplimiento de deberes negativos también incluye la realización de prestaciones positivas y, a su vez, la no mejora de esferas de organización ajenas puede constituir, bajo determinadas circunstancias, una forma de menoscabarla.

⁶⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (Ídem nota 28^o), pág. 293.

⁶⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión* [trad. SÁNCHEZ-VERA], Bogotá, Universidad del Externado, 1996, pp. 53 ss.; EL MISMO *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación* [trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO], 2.a ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991]

Lo decisivo en estos casos es que el hombre no sólo configura el mundo externo, sino que producto de relaciones sociales y de producción se encuentra inmerso en un mundo configurado *ex ante*. En este mundo, ostenta un “status especial” que obliga a edificar un mundo en común con el bien jurídico protegido. Así, los deberes de los padres para con sus hijos, o los típicos deberes estatales (v.gr. el Estado debe proveer servicio de justicia gratuito a quien no puede afrontar las erogaciones que ello implica). Cuando un sujeto obligado en virtud de un deber positivado actúa (u omite) en detrimento de la institución en la cual se enmarca este deber, se establece para él una responsabilidad por las consecuencias a raíz de la incorrecta administración de su ámbito de competencia institucional. Esto quiere decir que la responsabilidad jurídico-penal en este grupo de delitos se fundamenta sólo en la lesión de un deber asegurado institucionalmente.

Para determinar si corresponde atribuir a la lesión de estas instituciones una consecuencia idéntica a la vulneración de deberes negativos, deberá atenderse, entonces, a la naturaleza de la institución, a los derechos y obligaciones que emergen, como así también a los compromisos asumidos. Sin perjuicio de ello, y sin ánimo de desarrollar el debate existente en este punto, estimo que existen instituciones -por fuera del listado taxativo propuesto por Jakobs- con un fuerte grado de influencia e impacto en los individuos que la integran, dado que generan complejos entramados de derechos y obligaciones, y crean expectativas de comportamiento. En este punto, es decir, *para verificar si en el marco de relaciones institucionales es posible imputar penalmente un resultado al infractor de un deber, lo relevante para la teoría de la imputación penal no es la lesión de la institución en sí, sino el haz de derechos y deberes previamente determinados*. Esto permitirá determinar, en el marco de la teoría de la imputación objetiva, qué riesgos serán prohibidos y cuales, permitidos, todo ello de acuerdo a normas extrapenales.

Esta visión sobre las instituciones positivas guarda relación, en algún punto, con la percepción de Müssig, sobre la base del modelo inicial sugerido por su maestro Jakobs, y partiendo de una perspectiva que toma en cuenta “las condiciones sociales de la institucionalización del Derecho”, propone sistematizar el estudio de las instituciones tomando en cuenta dos clases de condiciones⁶⁹.

⁶⁹ Citado en CARO JOHN, José Antonio, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, EN *Anuario de Derecho penal*, EN *Asociación Peruana de Derecho penal*, 2003, pág. 7.

En primer lugar, se encuentran las condiciones para una vigencia organizada del Derecho, que condicionarían a cada ordenamiento jurídico, y que vienen a ser la “garantía organizada de la seguridad 'exterior' e 'interior'”. Esta garantía no se limita únicamente a una monopolización (estatal) del ejercicio de poder, sino que debe ser entendida, en un sentido amplio, como la garantía de la vigencia organizada del Derecho. Estas condiciones fijarían al mismo tiempo el mecanismo y la organización para la consolidación del Derecho; de manera que el portador de estas condiciones actúa con ello en el marco de una relación institucional de garantía. Müssig propone los siguientes ejemplos: la policía como garante para la protección frente a los delitos, el juez y las personas puestas al servicio de la administración de justicia o los fiscales como garantes de la persecución penal. A estos ejemplos se podría agregar, por supuesto, los penitenciarios como garantes de los bienes jurídicos de los internos.

Por otro lado, se encuentran las condiciones de la existencia personal en Derecho, las cuales deben ser contempladas, a su vez, en dos perspectivas: en primer lugar, bajo el criterio generalizado de la “seguridad elemental”; y, según el alcance especial de una “relación diferenciada de cuidado” entre personas. Ambas perspectivas convergen posibilitando la persona no sea vista como una muestra abstracta de imputación de competencias de organización, sino que ella sea reconocida en el contexto de su personalidad jurídica: *“jurídico-penalmente se muestran las condiciones materiales de la existencia personal en Derecho como las condiciones cognitivas de la imputación normativa, las que pueden ser presupuestas de un modo general, siempre que ellas estén garantizadas institucionalmente”*⁷⁰.

De la lectura (o varias de ellas) de estas reflexiones, puede colegirse que las personas interactúan socialmente, de forma general y previa a todo, en su rol de ciudadanos sin más obligaciones o deberes que evitar organizar sus esferas de libertad de forma tal que de ellos surjan o devengan daños a esferas ajenas. Estas personas también pueden desenvolverse socialmente mediante el desempeño de roles estereotipados, como por ejemplo jardinero, mozo, vendedor de artículos de cocina, abogados, contadores, etcétera.

En el marco del ejercicio de estos roles puede desarrollarse una conducta que favorezca la realización típica de un hecho delictivo (v.gr. el dueño de un negocio de

⁷⁰ Ídem nota anterior

artículos de fumigación vende un poderoso insecticida a un tercero, quien utiliza este elemento para asesinar al dueño de una finca vecina). Pero mientras estas conductas se mantengan dentro de los aspectos estandarizados que la caracterizan, sin superar los límites de riesgo permitido, dichos comportamientos estarán alcanzados por el famoso instituto dogmático conocido como “prohibición de regreso”, que opera como valla infranqueable al progreso de la imputación objetiva de conductas ilícitas. En este sentido, la consecuencia inmediata de la prohibición de regreso es afirmar la neutralidad de la conducta cotidiana, estandarizada o adecuada a una profesión, impidiendo que la misma sea imputada a su artífice como un aporte delictivo⁷¹. Por supuesto, esto podría ser puesto en tela de juicio a partir de una valoración crítica realizada desde la óptica de deberes genéricos de solidaridad, pero dicho análisis excede los límites y objetivos de este trabajo.

Continuando con la valoración de las reflexiones expuestas en los párrafos precedentes, es conveniente señalar que en las sociedades modernas no sólo existen estos contactos -mayormente anónimos- entre personas en su calidad de tales o en ejercicio de roles estereotipados, sino que también es preciso, para que los primeros sean posibles, la existencia de instituciones que permitan contener todos estos contactos sociales. Dicho de otra manera, para que la persona puede desenvolverse como tal en los roles que eventualmente le toque desarrollar, requiere de un sistema de aseguramiento o prevención generalizada que contenga una serie de riesgos (v.gr. los vinculados al tránsito de automotores a través de señalizaciones claras; o relacionados al acceso a un ambiente sano, o a la protección de la propiedad privada mediante los poderes de policía, entre otros)⁷², posibilitando a los “ciudadanos comunes” conducirse sin detenerse en este tipo de cuestiones, debiendo sólo preocuparse por administrar sus ámbitos de competencia general de forma tal que no lesionen bienes jurídicos ajenos.

Regularmente -entiendo que a esto apunta Müssig-, estos deberes de aseguramiento general recaen dentro de las funciones estatales, que estructura institucionalmente la prestación de los mismos. Como lógico corolario de ello, quienes desarrollan los cometidos de estas instituciones serán individuos que se encontrarán, en su caso, en ejercicio de deberes especiales que traen aparejado la obligación de fomento de bienes jurídicos y esferas de organización ajenas. Entonces, cuando el individuo infringe el deber positivo

⁷¹ Para mayor información respecto de la noción de “conductas neutrales, véase ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

⁷² En un sentido similar, CARO JOHN (ídem nota 69º).

vinculado a la institución en la que se encuentra inmerso, lesiona la garantía de expectativas que se le confiaron en torno al mantenimiento de bienes jurídicos determinados.

Por ello, concluye Sánchez-Vera Gómez-Trelles, que el “*el quantum con el que determinado sujeto participa en los delitos de infracción de deber es irrelevante. Se trata de garantizar la existencia de un bien jurídico ante cualquier peligro o, en su caso, ante algunos determinados, por lo que no será necesario tener en cuenta ese quantum*”⁷³.

B. SOBRE LOS DEBERES A CARGO DE LOS FUNCIONARIOS PENITENCIARIOS.

La pregunta que surge, entonces, es la de qué tipo de deber se infringe cuándo un agente penitenciario no realiza un acto propio de su haz de actividades, y de ello se deriva un daño para un bien jurídico de titularidad de un interno. *Prima facie*⁷⁴, sería fácil caer en la tentación de afirmar que nos encontramos ante la lesión de un deber positivo, toda vez que el agente vulneraría la misión de mejorar ese mundo común que existe entre el bien jurídico y él. Sin embargo, en el marco de comportamientos omisivos, la respuesta no es tan clara ni contundente. Sin ánimos de desarrollar aspectos que serán objeto de un análisis más pormenorizado en los capítulos siguientes, considero oportuno resaltar que dicha afirmación no es suficiente para fundamentar una responsabilidad penal derivada de la lesión a un bien jurídico, donde el reproche penal radica, precisamente, en la omisión de un individuo determinado.

En este orden de ideas, como señala Robles Planas, existe una diferencia entre las violaciones a los deberes positivos y negativos al momento de fundamentar una responsabilidad por omisión⁷⁵. En el caso de responsabilidad por omisión a través violaciones a deberes negativos, existe un acto de autonomía que permite fundamentar una responsabilidad penal equivalente a la causación activa del resultado. Sin embargo, ese ejercicio de autonomía no está presente, en principio, en las meras relaciones institucionales en las que no medió una asunción específica de cierta protección de un bien jurídico o de control de un riesgo.

⁷³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (Ídem nota 32º), 2002, pág. 41.

⁷⁴ Se utiliza esta construcción porque en supuestos particulares también podría surgir una responsabilidad, por omisión, en virtud de una violación a un deber negativo (por ejemplo, por injerencia).

⁷⁵ ROBLES PLANAS (nota 51º), pág. 13 y ss

De ello se colige que estos funcionarios públicos, al violar sus deberes positivos, en principio no realizan una acción equivalente a la causación activa del resultado (a diferencia de los supuestos de violaciones a sus deberes negativos) y, por tanto, su quebrantamiento solo dará lugar a un delito de omisión propia (por ejemplo, un incumplimiento de deberes de funcionario público, en los términos del art. 248, CP, o una omisión de auxilio en los términos del art. 108, CP), si existiese⁷⁶. En consecuencia, considero que solo si el funcionario penitenciario ha asumido un compromiso *específico* de control de riesgos respecto de bienes jurídicos que atañen a los internos, su quebrantamiento al deber positivo dará lugar a la posibilidad de imputar el resultado lesivo por comisión por omisión⁷⁷.

⁷⁶ También críticos de la conclusión general de que los funcionarios públicos son responsables por omisión respecto de todo lo que sucede en el marco de sus funciones, sin requisitos adicionales, SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 412.

⁷⁷ Recuérdese que en los delitos que infringen deberes negativos, el propio ámbito de organización no se limita al cuerpo del autor como unidad psicofísica, sino que también abarca la administración de derechos que se le atribuyen con exclusión de los demás (conf. NAVAS, “Acción y omisión en infracción de deberes negativos en derecho penal”, en *Política Criminal*, vol. 10, n.º 20, 2015. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A8.pdf [enlace verificado el 18 de diciembre de 2017]).

TERCER CAPÍTULO:

FUNCIONARIOS PENITENCIARIOS COMO GARANTES (PRIMERA PARTE).

En el primer capítulo se realizó un abordaje integral de las prisiones como “instituciones totales” y la incidencia que ello traía aparejado respecto de los internos y quienes ostentan el poder penitenciario a través de las llamadas “relaciones especiales de sujeción”. También se efectuó una sucinta descripción de las funciones que recaen en los funcionarios penitenciarios, las cuales deben ser formal y materialmente asumidas para luego, si se dan todos los requisitos exigibles, formular juicios de imputación con respecto a ellos.

Luego, en el segundo capítulo se analizó qué tipo de deberes recaen en las autoridades penitenciarias, distinguiendo entre deberes negativos (o de organización general) y positivos, también conocidos como institucionales, tomando una postura al respecto.

Ahora bien, corresponde preguntarse cuándo y bajo qué condiciones es posible atribuir a un funcionario penitenciario una determinada lesión a un bien jurídico de titularidad de los internos, aunque aquellos no los hayan ocasionado activamente. En pocas palabras, se trata de determinar cuando los funcionarios penitenciarios se encuentran en posición de garante respecto de los internos a su cargo.

Previo a introducirnos de lleno en esta temática, es necesario partir del siempre vigente problema del fundamento de la *punibilidad de las omisiones* (particularmente de aquellas denominadas *impropias*). También, deberemos preguntarnos, tal como pone de relieve Silva Sánchez, sobre la posibilidad de equiparar algunas de estas omisiones con las comisiones activas de delitos⁷⁸.

Entonces, a lo largo de este capítulo se efectuará un análisis sobre aspectos dogmáticos vinculados al delito de omisión, para luego abordar exegéticamente el instituto dogmático de la posición de garante. En este sentido, se indagará sobre algunos aspectos históricos vinculados al mismo, preguntándonos si debe existir en materia de delitos de

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2015, pág. 3.

omisión impropia una relación de causalidad, como así también, si es necesario exigir que el autor ostente una determinada posición de garante para poder formular juicios de atribución de responsabilidad penal en relación a la comisión de un determinado delito. Por último, se hará una breve mención de cómo aplican estas reflexiones respecto de los funcionarios penitenciarios.

A. DELITO DE OMISIÓN. CONCEPTO. EVOLUCIÓN Y SISTEMA.

La posibilidad de responsabilizar penalmente a alguien a raíz de no haber emprendido un comportamiento determinado (es decir, por omitir una conducta esperada) ha suscitado encendidos debates en la literatura jurídico-penal. En efecto, el tipo del delito de omisión, al igual que el delito imprudente, son modalidades de realización típica que ha cautivado la atención y análisis de juristas, y son áreas del Derecho penal donde permanentemente aparecen nuevas formulaciones que coadyuvan a mantener su vigencia.

Sin embargo, la abundante bibliografía existente, las diferentes posturas y opiniones (muchas veces contradictorias entre sí) han contribuido a que no haya resultado posible estructurar un criterio uniforme y generalmente aceptado que otorgue fundamento a la punición de las omisiones. Como lógico correlato de ello, tampoco ha podido formularse un concepto de omisión que contenga todos sus requisitos y, a la vez, que se encuentre exento de críticas u objeciones.

Por lo tanto, y sin vocación de solucionar de manera definitiva los predicamentos mencionados en el párrafo precedente, este trabajo aspira -mediante un análisis de dogmática aplicada- a erigirse en un aporte que permita comprender de qué modo funciona esta figura dogmática en ámbitos particulares, como las instituciones penitenciarias.

A.1. SOBRE LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN Y OMISIÓN. Breve repaso sobre las fases de elaboración dogmática del Derecho penal.

En este abordaje, es preciso tener presente los postulados derivados de las corrientes o escuelas de pensamiento originadas en Alemania que, en distintas épocas, buscaron construir una teoría que ordenase de forma sistémica todos los elementos que caracterizan la dogmática jurídico-penal. A partir de allí, se analizará cómo estas corrientes teóricas buscaron brindar conceptos que explicasen de forma categórica la noción “acción”, para luego comprender o desentrañar el sentido de la “omisión”. Asimismo, estas corrientes de

pensamiento buscaban determinar si resultaba posible esbozar un concepto que englobara ambas nociones. Todas estas circunstancias definieron o marcaron el inicio de la teorización científica de los delitos de omisión.

A.1.I. Naturalismo.

Encontramos en primer lugar al sistema *clásico* o *causalista*, cuyos principales exponentes fueron Von Liszt y Beling. Esta corriente, producto del positivismo, predominó a finales del siglo XIX, buscaba reproducir en el Derecho penal los elementos “naturales” del delito⁷⁹. En este sentido, la determinación de la producción de un delito se desarrollaba como un “juicio existencial relativo a la concurrencia de hechos perceptibles por los sentidos y describibles en un sistema de conceptos físicos o biológicos”⁸⁰. De esta manera, dentro del sistema clásico el delito fue definido como acción típica, antijurídica y culpable. Como puede diáfananamente apreciarse, se esbozó un concepto que aún hoy continúa vigente.

En este esquema, se sostuvo que acción es “la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación del mundo exterior”⁸¹. El núcleo de este concepto estribaba en la “causalidad”, importando solo la conducta externa, sin atender al contenido o dirección de la voluntad del agente. Posteriormente, modificó su concepto⁸² sosteniendo que para que exista “acción” resultaba necesaria la existencia de una conducta voluntaria destinada a la causación o no de una modificación del mundo exterior⁸³.

Asimismo, en el sistema de Von Liszt y Beling la *tipicidad* pertenecía exclusivamente al suceso externo relatado por el legislador en cada uno de los tipos penales de la Parte Especial. Al ser concebido de esta manera, es decir, como descripción de un

⁷⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, “Razonamiento sistemático en Derecho penal” EN *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Schünemann, Bernd (comp.), Madrid, Tecnos, 1991, pág. 43.

⁸⁰ Ídem, pág. 44.

⁸¹ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte General, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2016, pág. 189/190.

⁸² ROXIN, Claus, “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. TOMO I”, Thompson Reuters, 2014, pág. 237.

⁸³ A esta corriente se le criticó, entre otras cosas, que su concepto de “acción” no explica eficazmente a la omisión, donde en términos generales no existe un movimiento corporal (voluntario o no) que cause una modificación en el mundo exterior. El mismo Radbruch sostenía que aquella trilogía: voluntad, hecho y causalidad se presentaba sólo en los delitos de acción, y que en los delitos de omisión era la negación radical de todos estos elementos por una ausencia de positividad ontológica. Por otra parte, como señala Zaffaroni, “una conducta es algo distinto de un movimiento con voluntad de hacer el movimiento, por que la “voluntad de hacer el movimiento” no existe por sí, sino que se integra – en forma inseparable- con la finalidad del movimiento. Así cuando muevo un dedo, no tengo una “voluntad de mover un dedo”, sino una voluntad de jugar, tocar, sentir, matar, rascar, etc. La voluntad sin contenido (finalidad) no es voluntad y la acción humana sin voluntad queda reducida a un simple proceso causal” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 2001, pág. 346).

suceso externo, no había resquicio para ningún tipo de valoración. Esto constituía el aspecto objetivo del tipo.

El aspecto subjetivo del tipo, en el sistema clásico, estaba dado por la *culpabilidad*, la cual consistía en la relación psíquica del autor con su hecho. Este elemento se manifestaba de dos formas: dolo e imprudencia. Schönemann destaca que la acción -como comportamiento dominado por la voluntad-, la tipicidad -como acontecimiento exterior descrito típicamente por el legislador- y la culpabilidad -como relación psíquica del autor con su hecho- podían ser constatados por un juez sin necesidad de efectuar ninguna tarea valorativa⁸⁴.

Dentro del esquema causalista, sólo escapaba a esta lógica la *antijuricidad*, único bastión de naturaleza normativa dentro del sistema naturalista. Como consecuencia del positivismo jurídico que imperó en esa época, el Derecho se identificaba con el conjunto de leyes que promulgaba el legislador. Por tanto, la antijuricidad no era otra cosa que su incompatibilidad con el Derecho positivo⁸⁵. Así las cosas, en la concepción inicialmente delineada por Von Liszt, todos los problemas de valoración estaban ya resueltos por el legislador y volcados en un código de fondo.

En este esquema, corresponde preguntarse como la lógica naturalista abordó el fenómeno de la *omisión*. En este punto, se adoptó una concepción “negativa” de la misma⁸⁶. En efecto, Beling identifica a la omisión propiamente dicha como una “contención de los nervios motores dominada por la voluntad”⁸⁷. El elemento central de la dogmática de la omisión propuesta por Beling se construye en torno a la “omisión de algo”, cuyo lugar sistemático es el tipo. Esta reflexión puede predicarse tanto de la ausencia de movimiento corporal voluntario como así también de movimientos corporales voluntarios, ya que la acción también puede ser considerada como la omisión de algo, y ser merecedor de algún tipo de reproche⁸⁸.

⁸⁴ SCHÜNNEMANN (Ídem nota 79º).

⁸⁵ SCHÜNNEMANN (Ídem nota 79º).

⁸⁶ En líneas generales, para el naturalismo, como hecho externo, es la nada, el no-ser.

⁸⁷ BELING, *Lehre vom Verbrechen*, pág. 9 citado por SILVA SÁNCHEZ, nota 78º, pág. 25.

⁸⁸ Este concepto así de omisión resultaba claramente estéril, por cuanto no precisa en que consiste la omisión para un caso particular. Tampoco es correcto exigir una inactividad corporal del sujeto (contención de los nervios motores), ya que cuando se omite un comportamiento, puede estar realizándose otra conducta.

En un sentido similar, Baumann incluye a la omisión en una forma de conducta que se incluye en el concepto de acción, entendida esta como “comportamiento humano regido por la voluntad”⁸⁹. La omisión, esto es, “no hacer nada”, se englobaría en este concepto de acuerdo a lo sostenido por el autor citado.

Un amplio sector doctrinal afín al naturalismo atribuyó a la omisión las características de la *negatividad* y la *transitividad*. La primera de estas características refiere que la omisión se agota en la no-realización, sin presentar elementos positivos. La *transitividad*, en cambio, alude que ese no-hacer-algo no es indefinido, sino que refiere a una acción determinada. Conforme puede leerse en la obra de Silva Sánchez, el primer autor que define la omisión como no hacer algo determinado -es decir, en referir al término *transitivo*- fue Von Liszt, en la primera edición de su Tratado de Derecho Penal. Así, señaló que “solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto *posible* de parte de una persona”⁹⁰.

De esta manera, cobró relevancia para esta corriente de pensamiento un nuevo requisito: la “posibilidad”. Así, para quienes adscriben a esta postura la omisión no se limita en la noción de “no hacer algo”, sino que ese “algo” debe ser de posible realización. Conforme puede leerse en la obra de Silva Sánchez, el primer autor que define la omisión como no hacer algo determinado fue Von Liszt, en la primera edición de su Tratado de Derecho Penal. Así, señaló que “solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto *posible* de parte de una persona”⁹¹. El alcance de esta noción, a su vez, dio lugar a dos criterios muy disímiles. En primer lugar, encontramos un criterio general según el cual “que si el hombre medio en la situación del autor habría podido realizar la acción, el sujeto que no la realiza omite, aunque personalmente no pudiera llevarla a término”. Por el contrario, el criterio individual toma en consideración los conocimientos y capacidades personales del sujeto en cuestión y de si éste en la situación puntual de que se trate habría podido cumplir con la acción exigida⁹².

⁸⁹ BAUMANN, *Strafrecht*, 8ª edición, pág. 202, citado por SILVA SÁNCHEZ, nota 78º, pág. 27.

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 28.

⁹¹ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 28.

⁹² También existen discrepancias entre los partidarios de este criterio individual en cuanto al significado o alcance que corresponde atribuírsele a la noción de “posibilidad”. Algunos refieren a una posibilidad físico-objetiva, aludiendo a la existencia de condiciones externas, situacionales, así como la posesión por parte del sujeto de las capacidades corporales e intelectuales, conocimientos técnicos y medios materiales para desarrollar la acción debida. En este sentido se pronunciaba Radbruch, para quien la omisión se agota en la

A.1.I.bis. El impacto del neokantismo en la sistemática del Derecho penal.

A comienzos del siglo XX, el Derecho penal acusó recibo del influjo de una nueva fase de pensamiento: el *neokantismo*. Esto significó un verdadero empuje para comenzar a superar la lógica teórica del causalismo de que no resultaba posible encontrarse baremos normativos para valorar un acontecimiento por medio de un análisis empírico del mismo. Esta corriente de pensamiento tuvo la virtud de señalar enfáticamente que del hecho de la causalidad no puede extraerse juicio de valor respecto a la imputación jurídico-penal de la imputación⁹³. Dicho de otra manera, para el neokantismo es un error construir un sistema de Derecho penal sólo en base a conceptos empíricos, desprovisto de toda tarea valorativa.

El neokantismo no prescinde de las nociones vinculadas a la *causalidad*, pero pone de relieve la necesidad de valorar las connotaciones de un comportamiento voluntario determinado. Veamos como esta percepción influyó en los elementos del injusto⁹⁴.

En párrafos anteriores, se refirió que para el causalismo la *antijuricidad* era una categoría formal, cuyo contenido estaba conferido por el legislador. Con el advenimiento del neokantismo se introdujo la doctrina de la “antijuricidad material”. Así, se definió al hecho materialmente antijurídico como “comportamiento socialmente dañoso”, desarrollándose fórmulas regulativas de exclusión en torno al “medio adecuado para un fin justo”, todo lo cual permitió, por primera vez, contar con soluciones elaboradas sistemáticamente para resolver casos concretos⁹⁵.

La *culpabilidad* también registró importantes avances teóricos a raíz de los influjos del neokantismo. En efecto, se sustituyó el concepto psicológico de culpabilidad, por otro de tinte normativo. En este sentido, se acogió la propuesta de Frank en torno a la

no-realización de una acción determinada, la cual además debe ser posible para el autor. Es decir, refiere, a la posibilidad física de actuar en un sentido concreto (RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, pág 180, citado por SILVA SÁNCHEZ (ídem nota 78º), pág. 37).

⁹³ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78), pág. 48.

⁹⁴ “El neokantismo, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre Ciencias de la Naturaleza y Ciencias del Espíritu. Tanto unas como otras, decían los neokantianos, son auténticas ciencias porque tienen un objeto determinado y un método para investigarlo que les es propio y es precisamente por esto por lo que difieren entre sí. Las ciencias de la naturaleza estudian su objeto desde un punto de vista causal o explicativo y las ciencias del espíritu estudian el suyo empleando un método comprensivo referido al valor. La Ciencia del Derecho se incluye entre estas últimas porque en sus esfuerzos por conocer el Derecho positivo, objeto de su investigación, tiene que acudir a una valoración” (MÚÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 188).

⁹⁵ SCHÜNEMANN (Ídem nota 79º), pág. 50.

“reprochabilidad” como esencia de la culpabilidad⁹⁶. Se estableció un sistema común para las figuras de imputabilidad, dolo, imprudencia y casusas de exclusión de culpabilidad. Aquí también jugó un papel preponderante la tarea de “valorar”, permitiendo una proximidad axiológica dentro de conceptos tan disímiles en el plano ontológico.

Entre los impactos que el neokantismo produjo en el ámbito del *tipo*, conviene destacar la conducción hacia una *elaboración teleológica de los conceptos*. Así, en el ámbito de la tipicidad se estableció como “valor rector”, principalmente a propuesta de Schwinge, el bien jurídico en el tipo respectivo. Por consiguiente, toda interpretación debe partir del bien jurídico protegido⁹⁷.

Como puede diáfamanamente apreciarse, para el neokantismo la idea de *causalidad* aún continuaba siendo relevante, ya que lo esencial de la acción radica en la voluntad que precede a la causación de un resultado, pero se pone de relieve la necesidad de valorar esa acción. Entonces, el comportamiento de un sujeto, y la voluntad de este, estarían unidos por un nexo de causalidad⁹⁸.

A.1.II. Finalismo.

Luego, cobró relevancia la denominada escuela *finalista*, cuyo máximo exponente fue Welzel, quien elaboró una crítica al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento neokantiano, buscando probar que en las “estructuras lógico-objetivas del mundo marcado por la convivencia humana y dotado así de sentido se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas”⁹⁹. En estas estructuras hay constantes antropológicas -es decir, que se presentan como verdaderas manifestaciones sociales- que existen de forma previa al Derecho y, por consiguiente, no pueden ser modificadas por éste. Por ende, estas circunstancias deben ser observadas por el legislador.

La “estructura lógico-objetiva” fundamental para el Derecho penal, según Welzel, era la acción humana, donde el jurista alemán ubicó la característica decisiva -en su criterio- de esta escuela de pensamiento: la capacidad específica del ser humano de prever en determinada medida, y sobre la base de su saber causal, las posibles consecuencias de su actividad, pudiendo por ello trazar objetivos diversos y dirigir sus acciones de la

⁹⁶ SCHÜNEMANN (Ídem nota 79^o), pág. 51.

⁹⁷ SCHÜNEMANN (Ídem nota 79^o), pág. 51.

⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Vol. I*, 2000, Bosch, pág. 225.

⁹⁹ SCHÜNEMANN (Ídem nota 79^o), pág. 54.

consecución de dichos fines¹⁰⁰. Así, concluye que el fin del Derecho penal de proteger bienes jurídicos se alcanza a través de prohibiciones y mandatos, los que se encuentran acompañados por sanciones ante su inobservancia, la capacidad del ser humano de causar o evitar resultados por medio de una actividad final se convierte en sustrato directo de esta rama del Derecho y la finalidad en su estructura lógico-objetiva fundamental¹⁰¹.

Welzel expuso que la *acción* era, básicamente, “el ejercicio de una voluntad final”¹⁰². De esta manera, para esta corriente la *finalidad* es la piedra angular de su construcción teórica, donde la acción desarrollada voluntariamente por un sujeto se encuentra dirigida a la consecución de una meta u objetivo. Si el elemento final no se encuentra presente, no podría hablarse –conforme sostienen los defensores de esta línea de pensamiento- de una acción *stricto sensu*, sino sólo de un mero proceso causal. Según Jescheck, la dirección final de la acción reconoce tres fases diferentes: primero, una representación mental de la meta buscada; luego, la elección de los medios adecuados para alcanzarla; por último, la realización de la acción en el mundo exterior¹⁰³.

Los lineamientos recién descriptos impactaron también en el *tipo*, el cual ya no podía ser reducido a la mera descripción de un proceso objetivo acaecido en el mundo exterior. En este orden de ideas, para el *finalismo* este elemento debe aprehender la estructura final de la acción humana, erigiéndose en un elemento específico de la tipicidad. De esta manera, al incluir la “finalidad” dentro del concepto de acción, Welzel habilitó la introducción del dolo como elemento del tipo¹⁰⁴.

Se reconocía, entonces, la existencia de un *tipo subjetivo*. Como lógico corolario de esto, se distinguían en el plano de tipicidad los delitos dolosos de los imprudentes. Entonces, en los delitos dolosos, el dolo típico pasaba a constituir el elemento central del tipo subjetivo, completándose en algunos casos por los elementos subjetivos del injusto¹⁰⁵. Reflexiones similares caben efectuar respecto al delito imprudente, ya que Welzel encuentra también un espacio para incluir a la finalidad. Lo que caracteriza a la acción culposa es que

¹⁰⁰ WELZEL, Hans, *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1975, págs. 108 y ss, citado por SCHÜNEMANN (Ídem nota 79^o), pág. 55.

¹⁰¹ SCHÜNEMANN (Ídem nota 79^o), pág. 55.

¹⁰² WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte general*, 11^a edición, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág. 53.

¹⁰³ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, 4^o edición, Granada, Editorial COMARES, pág. 199.

¹⁰⁴ Es preciso recordar que, para los causalistas, el contenido de la voluntad estaba reservado a la culpabilidad, y no a la acción.

¹⁰⁵ SCHÜNEMANN (Ídem nota 79^o), pág. 55, *in fine*.

la dirección final real de los medios de acción no corresponde a la dirección final requerida, que el sujeto debió aplicar en su actuar y que le es exigida en su actuar para evitar la lesión de bienes jurídicos.

Asimismo, el reconocimiento de la existencia de un tipo subjetivo habilitó una depuración del concepto normativo de culpabilidad, emancipándolo de los elementos del concepto psicológico, permitiendo establecer en términos más claros los presupuestos de la reprochabilidad¹⁰⁶, circunstancia que no había conseguido el neokantismo. Al trasladar la voluntad de realización al tipo, para verificar la concurrencia de la culpabilidad bastaría con un conocimiento potencial de la prohibición. Pueden distinguirse, en consecuencia, dentro de la culpabilidad, los elementos de la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

Párrafo aparte merece el trato que los *finalistas* dispensan a la omisión, enrolándose también en una concepción negativa en relación a la misma. En este punto, el finalismo adopta un punto de vista ontológico; es decir, pretende aprehender la estructura lógico-objetiva del ser del hombre, del actuar y del omitir, que determina el juicio subyacente a la norma y al injusto¹⁰⁷. Resulta tan determinante para esta corriente la estructura ontológica del obrar humano, que lleva a poner de relieve los elementos objetivo-cognoscitivos de la posibilidad (que, como dice Silva Sánchez, nada tienen que ver con los aspectos motivacionales). En este entendimiento, también encontramos un concepto *negativo-transitivo* de la omisión, pero con un alcance diferente al asignado por los naturalistas: en la perspectiva finalista que se comenta, omite el que no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción¹⁰⁸.

Sin embargo, dentro de la propia corriente finalista se ha criticado esta referencia a la capacidad de acción, ya que el elenco de acciones posibles puede ser indeterminado. Por eso, autores como Welzel exigen que debe partirse de la existencia de un *interés*¹⁰⁹, que constituiría una alusión directa a un punto de vista externo a la realidad observada,

¹⁰⁶ SCHÜNEMANN (Ídem nota 79ª), pág. 55, *in fine*.

¹⁰⁷ KAUFMANN, citado por SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78ª, pág. 42).

¹⁰⁸ Aspectos tangenciales a esta construcción teórica, como la “capacidad de conducción final” y el “conocimiento de la situación típica” exceden el marco de esta investigación. Sin embargo, para un abordaje más exhaustivo del mismo, puede consultarse la citada obra de Kaufmann, particularmente pág. 117 y siguientes.

¹⁰⁹ WELZEL, *Lehrbuch*, 11ª edición, pág. 102, citado por SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78ª, pág. 43).

adquiriendo por ello un carácter constitutivo. Así, el fundamento de este *interés* estaría dado por la existencia de una expectativa, la cual permite definir si un punto de vista externo es constitutivo o declarativo de una omisión preexistente. Sin esta referencia externa no podría hablarse de una “omisión” en concreto, sino de una serie indeterminada de “omisiones” en las cuales el sujeto incurre en una situación concreta. Así, Welzel señala que “no existe una omisión en sí, sino sólo la omisión de una acción determinada”.

También otro reconocido finalista, Armin Kaufmann, hizo su aporte en este punto. Este autor concebía a los delitos de omisión como una tercera forma de aparición del delito, junto a aquellos dolosos o de comisión imprudente. Pero a diferencia de otros autores, no ponía el acento en los conceptos de acción y omisión, sino que valoró positivamente que el sistema normativo distingue entre prohibiciones y mandatos. Como bien pone de relieve Bacigalupo, esta es una de las conclusiones más valiosas a las que arriba Kaufmann, señalando que, si el sistema normativo no estuviera compuesto por prohibiciones y mandatos, los conceptos de acción y omisión carecerían totalmente de sentido¹¹⁰. Los mandatos exigen realizar una acción (final), mientras que las prohibiciones vedan la realización de una acción¹¹¹. Continúa señalando que mediante los mandatos -que son los que dan lugar a los delitos de omisión- se intenta imponer a la persona la realización de acciones que se reputan valiosas para el orden jurídico.

Estos mandatos son, para Kaufmann, la expresión ideal abstracta de la obligatoriedad de determinado actuar. Sin embargo, de la existencia abstracta del mandato todavía no se deduce que el sujeto esté obligado a realizar determinada acción. Por ello, sostiene que *“únicamente cuando se da la capacidad de acción despliega la norma su eficacia obligante en concreto. Por lo tanto, el mandato se concreta sólo para quien es capaz de acción; sólo a éste le afecta, aquí y ahora, el deber jurídico. Hay que distinguir con nitidez, pues, entre la validez abstracta de la norma de mandato y el deber jurídico que surge en concreto”*¹¹².

De esta manera, el autor citado introduce la noción de “capacidad de acción”, destacando que *“capaz de acción es aquel que, en determinadas circunstancias en un momento determinado, puede llevar a cabo una acción concreta, precisamente la acción*

¹¹⁰ BACIGALUPO, Enrique; *“Hacia el nuevo derecho Penal”*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006, ps. 267/297

¹¹¹ KAUFMANN, Armin *“Dogmática de los delitos de omisión”*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2006, pág. 25.

¹¹² KAUFMANN (ídem nota 111^o) pág. 29.

descripta abstractamente en el mandato"¹¹³. Así, concentra todo el sentido de la omisión en la acción final no desarrollada por el autor. Pero, en rigor, para poder hablar de omisión, es necesario que la acción omitida haya sido posible para el sujeto. Ese 'omitir' refiere a un "actuar final determinado, cuya ejecución le hubiera sido posible al que permaneció inactivo"¹¹⁴¹¹⁵.

A.1.II.bis. Breve excursus. La crítica social.

En otro orden de ideas, y como bien señala Córdoba, generalmente cuando se abordan los postulados dogmáticos de Welzel, el análisis se centra en lo que se considera la piedra angular de su sistema del Derecho penal: la teoría final de la acción. Pero generalmente se soslaya que la crítica central de Welzel al dogma causal fue que la realidad de la vida social, de la que se ocupa el Derecho y, por tanto, también el Derecho penal, no se agota en lo fáctico, sino que incluye una dimensión de significado, esto es, no es un mundo de cursos causales y objetos meramente fácticos (mera *facta*), sino una realidad de conductas con sentido y objetos con significado¹¹⁶.

Sin embargo, para Welzel el sentido social de una acción lo determinaba la voluntad final del autor¹¹⁷. No obstante, el problema es que la finalidad determina a lo sumo el sentido individual que el autor otorga a su acción, pero no necesariamente el sentido que esa acción posee para la sociedad, esto es, su *sentido social*. Lo aquí descrito funciona como punto de partida para afirmar que, además de los enfoques causalista y finalista, más modernamente comenzó a hablarse de un abordaje *social* de la acción.

Como sucedía con los anteriores enfoques, aquí también se intentó edificar un concepto unitario de acción y omisión. En la teoría social de la acción se asumió, por un lado, todo lo que es relevante jurídico-penalmente, es decir, tanto "hacer" como "omitir", asumiendo a su turno, un concepto que excluya todo lo que no resulta relevante. Tanto la

¹¹³ KAUFMANN (Ídem nota 111^o), pág. 30.

¹¹⁴ KAUFMANN (Ídem nota 111^o), pág. 59.

¹¹⁵ Esta corriente de pensamiento tampoco está exenta de críticas. Con relación al supraconcepto de acción, se ha dicho que la finalidad presente en la omisión es de carácter potencial. Por ello, autores como Silva Sánchez señalan que "la capacidad de acción, en todo caso, es un presupuesto de la conducta humana, pero no su propia esencia, que viene constituida por "el ejercicio de actividad final". En la finalidad potencial, sólo la potencialidad sería real; la finalidad es irreal. Y es la existencia real de esta última lo decisivo, según el finalismo, para la existencia de la conducta (Silva Sánchez, Ídem nota 78^o, pág. 53).

¹¹⁶ CÓRDOBA, Fernando, "Delitos de Infracción de Deber", EN *Revista En Letra Penal* N° 1 (2015), pág. 95.

¹¹⁷ Córdoba ejemplifica esto postulando que un disparo que roza el hombro puede ser un delito de lesiones o una tentativa de homicidio, dependiendo de la voluntad final del autor.

acción como la omisión pueden ser caracterizadas como fenómenos de interacción social¹¹⁸. En este punto, Roxin señala que ya Schmidt, en su reelaboración, del tratado de Liszt había definido la acción como "conducta voluntaria hacia el mundo externo social", y diferenciándose claramente de aquel, escribió que: "La 'acción' no nos interesa como fenómeno fisiológico desde puntos de vista de las ciencias naturales, sino como fenómeno social en la 'dirección de sus efectos hacia la realidad social". También refirió que Engisch asumió una postura similar, definiendo el actuar como "la producción voluntaria de 'consecuencias' calculables socialmente relevantes". Sin embargo, Roxin concluye que quien mejor resume este punto es Jescheck, para el que acción es "toda conducta socialmente relevante"¹¹⁹.

Pero corresponde preguntarse cuándo un comportamiento es penalmente relevante. El propio Jescheck explicó que un comportamiento cumple ese requisito si "atañe a la relación del individuo con el mundo que le rodea y afecta en sus consecuencias"¹²⁰, agregando que la característica fundamental del comportamiento activo es la finalidad y la del omisivo es la dirigibilidad hacia la acción esperada y no realizada.

A.1.III. Funcionalismo.

Las consideraciones recién vertidas permiten introducirnos ahora dentro del *funcionalismo*, corriente de pensamiento que introduce valiosísimos aportes al Derecho penal y su estudio sistemático. Así, Schünemann considera que es posible interpretar que la tendencia finalista hacia un constructivismo asentado en un número reducido de axiomas constituyó el estímulo desencadenante de esta fase¹²¹.

Esta corriente se caracteriza por su acentuado tinte teleológico, ya que estructura su construcción conceptual en torno a los fines de la dogmática. Generalmente, se considera que esta escuela de pensamiento encuentra sus orígenes a partir de 1970, año en que Roxin publicó "Política criminal y sistema de Derecho penal", estudio programático donde esbozó

¹¹⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Aspectos histórico-dogmáticos, político-criminales y de derecho positivo en el ámbito de los delitos impropios de omisión*, disponible on line en el siguiente link: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_73.pdf (consultado por última vez en fecha 18/10/2019).

¹¹⁹ ROXIN (Ídem nota 82ª), pág. 244.

¹²⁰ JESCHECK (Ídem nota 103, pág. 199).

¹²¹ SCHÜNEMANN (Ídem nota 79ª), pág. 63.

una renormativación que Schünemann ha conceptualizado como una continuación del pensamiento jurídico-penal neokantiano¹²².

Resulta preciso destacar que la doctrina es conteste en identificar dos vertientes dentro del *funcionalismo*: una vinculada estrechamente a cuestiones de política criminal, cuyo máximo exponente es Roxin, quien busca adecuar el Derecho penal a ciertos fines y principios político-criminalmente asentados en la Constitución propia del Estado de Derecho; y otra de neto carácter sistémico, representada principalmente por Jakobs¹²³, cuyo pensamiento puede considerarse funcionalista porque define el derecho como una prestación consistente en garantizar la identidad normativa y con ella la constitución misma de la sociedad. En este sentido se ha afirmado que la concepción de Jakobs “constituye el intento más radical y acabado hasta ahora de construir la teoría de la pena y del delito en términos de funcionalidad para el mantenimiento del sistema social”¹²⁴.

A.1.III.bis. Funcionalismo moderado (Roxin).

Para Roxin es preciso que se verifiquen las siguientes exigencias: orden conceptual y claridad; referencia a la realidad; y orientación a las finalidades político-criminales. Esto supone, a criterio del profesor alemán, la necesidad de llevar a término la unidad sistemática de Derecho penal y política criminal también en el seno de la teoría del delito¹²⁵. Como lógico corolario de lo expuesto, las categorías del delito (tipicidad, culpabilidad y antijuricidad) deben desarrollarse y sistematizarse a partir de su función político-criminal. En este entendimiento, el *tipo* se asocia a la determinabilidad de la ley penal conforme al principio *nullum crimen sine lege*. Por su parte, la *antijuricidad* se vincula con el ámbito de

¹²² SCHÜNEMANN, Bernd, “La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal” EN *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 44, Mes 3, 1991, págs. 693-714. En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Introducción” EN *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Schünemann, Bernd (comp.), Madrid, Tecnos, 1991, pág. 19 y sig.

¹²³ CRESPO, Eduardo Demetrio, “Crítica al funcionalismo normativista” EN *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, nº 3, 2010, pág. 14. Consultado virtualmente en el siguiente link: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2010-3-5010&dsID=Documento.pdf> (última consulta: 02/004/2020).

¹²⁴ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, EN *Doxa* 23, 2000, pág. 291. Consultado virtualmente en el siguiente link: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-sobre-la-influencia-del-funcionalismo-y-la-teoria-de-sistemas-en-las-actuales-concepciones-de-la-pena-y-del-concepto-de-delito> (última consulta: 02/04/2020).

¹²⁵ SCHÜNEMANN, (ídem nota 122^o), pág. 64.

las soluciones sociales de conflictos. Por último, se asocia la culpabilidad con la necesidad de pena resultante de consideraciones previas¹²⁶.

Todo esto permite diferenciar progresivamente las tres categorías del sistema, superando de esta manera el relativismo axiológico que caracterizó al neokantismo. Así, por ejemplo, de la referencia del tipo al principio *nullim crimen* obtiene la conclusión de que la autoría no puede ser respondida a partir de una teoría subjetiva que, de excesivas herramientas a un juez, sino de una doctrina objetiva-material del dominio del hecho; y que la inclusión del dolo en el tipo es una derivación del mandato de determinación del Estado de Derecho.

Con relación a las causas de justificación, como ámbito de la “solución social de conflictos” son la expresión de la operatividad conjunta de un número limitado de principios materiales de ordenación, cuya combinación debe analizarse en orden a solucionar situaciones problemáticas concretas, como la legítima defensa¹²⁷. De igual modo, respecto al nivel sistemático de la culpabilidad, refiere que la exclusión de la misma no debe vincularse con la imposibilidad de actuar de otro modo, sino a la ausencia de una necesidad preventivo-general o preventivo-especial. La idea de “reprochabilidad” (derivada del concepto tradicional de culpabilidad) es tratada por Roxin como subnivel específico, al cual denomina “responsabilidad”¹²⁸.

En otro orden de ideas, y con relación a la noción de *acción*, el profesor alemán considera que la misma debe ser interpretada como una “manifestación de la personalidad”¹²⁹. Esto significa, en primer término, que es acción “*todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción*”¹³⁰. En términos más sencillos, puede concluirse que para Roxin sólo podemos hablar de “acción” si el comportamiento o actuación analizado es gobernado por la voluntad y conciencia del sujeto a quien pretende atribuírsele.

Esta manera de entender la noción de “acción”, permite a Roxin excluir de dicho concepto aquellas actuaciones que vienen precedidas de una fuerza irresistible, que se

¹²⁶ SCHÜNEMANN, (Ídem nota 122º), pág. 64.

¹²⁷ SCHÜNEMANN, (Ídem nota 122º), pág. 64.

¹²⁸ SCHÜNEMANN, (Ídem nota 122º), pág. 66.

¹²⁹ ROXIN (Ídem nota 82º), pág. 252.

¹³⁰ ROXIN (Ídem nota 82º), pág. 252.

realizan en estados insomnes o bien que provienen de actos reflejos, entre otros. Por otra parte, reflexiona, descarta como manifestaciones de la personalidad -y por ende, del concepto de “acción”- a los pensamientos y a los impulsos de la voluntad, siempre que permanezcan “encerrados en lo interno”, sin entrar en contacto con los sucesos del mundo exterior.

En este orden de ideas, Roxin postula que un concepto de “acción” de estas características -es decir, como manifestación de la personalidad- funciona como elemento básico en el estudio de la teoría del delito, ya que permite puede abarcar “todas las formas de manifestación de la conducta delictiva”, incluyendo tanto a las acciones dolosas como imprudentes, y a la omisión¹³¹, ya que también aquí, argumenta, nos encontramos ante una forma en la cual la personalidad puede manifestarse, pudiendo ser imputado a la esfera anímico-espiritual del ser humano.

A continuación, refiere que “una omisión sólo llega a ser una manifestación de personalidad a través de una expectativa de acción”¹³². Es decir, la existencia de estas expectativas, que pueden tener un fundamento social o jurídico, son las que permiten que una omisión -o como dice Roxin, una “nada” que meramente existente como posibilidad conceptual- pueda ser considerada como una manifestación de personalidad, y por ende imputada al ser humano como su artífice.

A.1.III.ter. Funcionalismo moderado (Jakobs).

Como se anticipara *ut supra*, para Jakobs el Derecho penal desempeña una función social, donde los conceptos jurídico-penales han de organizarse con arreglo a esta función y no conforme a “*datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad*”. Jakobs enfatiza esta circunstancia desde el prólogo de su obra “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”¹³³. En sociedades complejas como la nuestra, el Derecho penal debe hacer posible el normal desarrollo de las relaciones sociales. Así las cosas, el Derecho en general, y el Derecho penal en particular, sólo podrían ser explicados acertadamente tomando en cuenta conceptos y conocimientos provenientes de este sistema social y de la

¹³¹ ROXIN (Ídem nota 82ª), pág. 255.

¹³² ROXIN (Ídem nota 82ª), pág. 256.

¹³³ JAKOBS, Günther, *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Fundamentos y teoría de la imputación* [trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO], 2.a ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. VII.

función de la normatividad jurídica (perspectiva externa), pues los conceptos exclusivamente penales (perspectiva interna) no bastarían para ello¹³⁴.

Como bien destaca Shünemann, en su Tratado, publicado en 1983, Jakobs emprendió la difícil tarea de proceder a una renormativización de los conceptos sistemáticos de la Parte General del Derecho penal. Esto obedece a que, en su opinión, la dogmática jurídico-penal se quebró completamente, resultando necesario dotar de contenido la totalidad de los conceptos dogmáticos a partir de las funciones del Derecho penal. De esta manera, conceptos como los de causalidad, capacidad, culpabilidad, entre otros, perderían su contenido prejurídico, surgiendo únicamente por regulaciones jurídico-penales¹³⁵. En lo sucesivo, se analizarán alguno de los lineamientos teóricos delineados por el autor citado.

En primer término, el profesor alemán citado propone una completa “renormativización” de los conceptos jurídico-penales con el propósito de que puedan cumplir con la función que él atribuye a la pena, que no es otra que la “prevención general positiva” como ejercicio de reconocimiento de la norma¹³⁶. Peñaranda Ramos ha resaltado que esto pone de manifiesto la escasa importancia que Jakobs le atribuye a la relación interna entre el autor potencial del hecho y la norma, en aras de la significación social de la vigencia de las normas y su infracción¹³⁷. Expresado en otros términos, mediante la contraposición simbólica de la pena se restablece la confianza en el Derecho¹³⁸.

Para Jakobs, existiría “sociedad” cuando se llegara a garantizar un contexto de comunicación mediante “normas”. Consecuentemente, para que la sociedad subsista, el “contexto de comunicación” deber ser mantenido y garantizado; esta protección del “contexto de comunicación”, o sea de las normas que lo configuran, se produciría, entre otras formas, mediante el Derecho penal¹³⁹. En este entendimiento, las *personas* serían distintas, conceptualmente, a los *individuos*, ya que los primeros admiten roles sociales en un mundo ordenado normativamente. Según la terminología empleada por Jakobs, no podría ser “persona” cualquier “individuo”, sino solamente quien tenga un “rol” reconocido y reconocible por el resto de la sociedad.

¹³⁴ JAKOBS, Günther, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Lima, Palestra Editores, 2000, pág. 22 y sig.

¹³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, “Razonamiento sistemático en Derecho penal”, op cit., pág.70.

¹³⁶ JAKOBS (ídem nota 134), pág. 9 y sig.

¹³⁷ PEÑARANDA RAMOS (ídem nota 124º), pág. 296.

¹³⁸ ALCACER GUIRAO, Rafael, *Los fines del Derecho Penal*, Buenos Aires, AD HOC, 2001, pág. 82.

¹³⁹ JAKOBS (ídem nota 134º), pág. 25.

De esta manera, según Jakobs, una vez asignados los roles existiría la expectativa normativa de que los sujetos (personas) cumplan con sus roles, que no los quebranten o traten de asumir otros roles que no les competen. En caso de que se defraude esta expectativa, el Derecho debe, como señaláramos reafirmar la vigencia de la norma, lo que implica mantener la expectativa imputando el curso perturbador al responsable¹⁴⁰. Aquí cobra relevancia la imputación objetiva, ya que permite detectar cuándo se ha producido una defraudación de expectativas, identificando a la persona que no ejerció su rol correctamente.

Por supuesto, esta visión sistemática del Derecho penal tiene, en el planteamiento desarrollado por Jakobs, importantes implicancias en la teoría del delito. A continuación, se realizará un sucinto abordaje sobre algunas de estas particularidades.

En primer lugar, es necesario preguntarse qué entiende Jakobs por *acción*. Así, haciendo suyas valoraciones formuladas por Luhmann, refiere que el “*concepto penal de acción es, pues, una noción equívoca de lo que ha de analizarse; se trata de lo que es un sujeto, de lo que es el mundo exterior para el sujeto y de cuándo se puede vincular la conformación del mundo exterior con el sujeto (imputársele)*”¹⁴¹. De esta manera, parte de una perspectiva social de la acción, en el sentido de que la misma no ha de agotarse en un aspecto casual ni debe determinarse individualmente. La dirección de la acción ha de determinarse siempre en función de las capacidades individuales del autor. Sólo así puede garantizarse que la expresión de sentido de la acción sea en todo caso expresión de sentido de un sujeto¹⁴².

En esta perspectiva, el injusto se estructura como la objetivación de una actitud incorrecta ante la norma. Se atiende a esta actitud porque proporciona la posibilidad de una interacción densa mediante la posibilidad de libre determinación de la propia organización. Por ello, Jakobs propone un concepto -provisional- de acción, considerando la misma como producción individualmente evitable, y con ello, como expresión de sentido¹⁴³, la cual expresa comunicativamente un no-reconocimiento de la vigencia de la norma.

¹⁴⁰ JAKOBS (ídem nota 134^o), pág. 40.

¹⁴¹ JAKOBS (ídem nota 133^o), pág. 169.

¹⁴² JAKOBS (ídem nota 133^o), pág. 173.

¹⁴³ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal* (traducido por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá), Editorial Civitas, pág. 111.

Jakobs, en busca del concepto penal de acción, intenta combinar la noción de “sociedad” y Derecho penal. Entonces, en términos muy precisos, sólo podría ser “acción” lo “socialmente inadecuado” cometido por una persona “responsable”¹⁴⁴. En este sentido, sería tarea de la imputación objetiva determinar cuál de esas personas responsables desarrolló de forma inadecuada su rol. Es decir, los autores y demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas; y entre ellas debe determinarse a quién le compete un curso lesivo¹⁴⁵.

En este entendimiento, y con esta concepción funcional de la “acción”, carecería de importancia distinguir entre las nociones de acción y omisión, pues en ambos casos se trata de atribuir un suceso a una persona que con su conducta “comunica” a la sociedad una infracción a la vigencia de una norma determinada¹⁴⁶.

Para esta perspectiva funcionalista, se concibe a la “persona” dentro de la sociedad y con determinadas competencias, las que pueden ser lesionadas ya sea arrogándose ámbitos de organización, como así también defraudando expectativas que se sustentan en los especiales roles ostentados por el sujeto (como es el caso de la posición de garante, que se analizará en el capítulo siguiente). Cómo puede observarse diáfananamente, Jakobs pone el acento en la noción de *evitabilidad*, esto es, en el dolo o imprudencia que vincula al resultado con la motivación. Dicho de otra manera, sólo importan al Derecho penal aquellos resultados conocidos (dolosos) o al menos cognoscibles (imprudentes), debiéndose agregar que dichas circunstancias deben devenir de un proceso motivacional. A su turno, el profesor alemán refiere que estos procesos consisten en la dirección de impulsos voluntariamente conformadas, aunque no medie una ulterior actividad corporal¹⁴⁷.

Con relación al concepto de *tipo penal*, refiere que el mismo se realiza como fase de la imputación. En efecto, en la imputación jurídico-penal carece de mayor relevancia la circunstancia de que algo sea considerado una acción. En rigor, señala Jakobs, en

¹⁴⁴ JAKOBS (Ídem nota 134) pág. 77.

¹⁴⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, AD HOC, Buenos Aires, 1999, pág.97.

¹⁴⁶ JAKOBS (Ídem nota 134^o) pág. 93.

¹⁴⁷ JAKOBS (Ídem nota 133^o), pág. 940.

oportunidad de imputar algo a un sujeto interesa sólo la acción penal típica¹⁴⁸. Pero, para la procedencia de la consecuencia jurídica de aplicar una pena, es preciso también que dicha acción -además de típica- sea antijurídica y culpable¹⁴⁹.

La perspectiva normativista como así también la función social de la construcción teórica de Jakobs puede apreciarse al momento de valorar la significación dogmática del tipo. Así, postula que injusta es una acción no tolerable socialmente¹⁵⁰, es decir, no se puede catalogar de injusta una conducta sin consideración del contexto social en el que esta se desarrolla. Luego, refiere que se denomina tipo de injusto al conjunto de elementos con los cuales se define un comportamiento jurídicamente relevante que, acaso, pueda ser tolerable en un contexto de justificación¹⁵¹. Finalmente, es mediante la imputación objetiva que se practica el juicio de valor tendiente a determinar si un comportamiento se traduce como expresión de sentido típica¹⁵².

Es importante hacer referencia también al lugar que ocupa la *culpabilidad* dentro de la construcción teórica de Jakobs. Dentro de este cometido, resulta de insoslayable consulta su ensayo *Culpabilidad y Prevención*, el cual forma parte de su resonante obra *Estudios de Derecho penal*¹⁵³. Este artículo aborda el fin del Derecho penal -estabilización de un ordenamiento y vigencia de la norma- y de la vinculación de la pena a la culpabilidad como medio para su realización.

Conviene recordar que, de acuerdo al planteamiento teórico de Jakobs, el autor de un hecho antijurídico ostenta culpabilidad cuando su comportamiento no sólo indica falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente, y ese déficit no puede ser justificado sin que ello afecte la confianza general en la norma. Por consiguiente, define la culpabilidad como *la responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante en un comportamiento antijurídico*¹⁵⁴.

¹⁴⁸ JAKOBS (ídem nota 133º), pág. 187.

¹⁴⁹ JAKOBS (ídem nota 133º), pág. 188.

¹⁵⁰ JAKOBS, (ídem nota 133º), pág. 190.

¹⁵¹ JAKOBS, (ídem nota 133º), pág. 191.

¹⁵² PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ (Ídem nota 145º), pág.97.

¹⁵³ JAKOBS (Ídem nota 143º).

¹⁵⁴ JAKOBS, (ídem nota 133º), pág. 566.

Ahora bien ¿cómo opera normativamente este elemento dentro de la función social que Jakobs asigna al Derecho penal? Aquí es donde cobra relevancia la tesis defendida en el ensayo citado en el párrafo precedente, la cual puede resumirse de la siguiente manera: la relación entre la culpabilidad y la pena *sólo puede consistir en que el propio fin coloree la culpabilidad*¹⁵⁵, o lo que es lo mismo, la culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general y se mide conforme a ella.

De esta manera, a través de la culpabilidad se selecciona de entre todas las condiciones del hecho que ha producido una defraudación de expectativas una sola como jurídico-penalmente relevante; y esa condición consiste en un defecto de motivación del autor¹⁵⁶. Las razones del carácter defectuoso de la motivación pertenecen, en opinión de Jakobs, exclusivamente al autor, quien se supone dotado de un poder autónomo para cumplir con lo que la norma exige. Entonces, imputarle a este sujeto la defraudación de una expectativa es una tarea necesaria para mantener el orden establecido¹⁵⁷.

La culpabilidad es un concepto formal que no presupones más que la imputación a un sujeto. El núcleo de la culpabilidad determinada por el fin consiste en un reparto de los ámbitos de responsabilidad en subsistemas. Por ende, el juicio de culpabilidad constituye en cada caso una renovada determinación de la contribución que cada uno de ellos debe prestar para el mantenimiento del orden¹⁵⁸.

Así las cosas, la estabilización de la confianza en el orden perturbado se erige en la verdadera directriz que orienta la determinación de la culpabilidad. Por tanto, sólo se configura una conducta plenamente delictiva, culpable, cuando se da por supuesta la competencia del autor para su evitación¹⁵⁹. Esto juega un rol preponderante también en el terreno de la omisión, ya que la capacidad de evitación no es objeto de enjuiciamiento que haya de realizarse previamente, sino la forma en que se describe el resultado del manejo de

¹⁵⁵ JAKOBS (ídem nota 143º), pág. 77.

¹⁵⁶ PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ (Ídem nota 145º), pág. 78.

¹⁵⁷ JAKOBS (ídem nota 143º), pág. 97.

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther, "El principio de culpabilidad", EN *ADPCP*, Tomo XLV Fascículo III, 1992, págs. 1051 – 1083 (consultado online en <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/11.5guntherjakobs.pdf> -última consulta: 04/04/2020).

¹⁵⁹ PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ (Ídem nota 143º), pág. 79.

un instrumental de carácter normativo o psicológico-social, pero no preferentemente psicológico-individual¹⁶⁰.

A.2. EL CONCEPTO DE OMISIÓN EN LA TESIS DE SILVA SÁNCHEZ.

El extenso análisis de las formulaciones teóricas de Jakobs no es casual ni ociosa, ya que la misma opera como disparador para proceder al desarrollo efectuado por Silva Sánchez con relación al concepto de omisión, concepto que en este trabajo se comparte. En este orden de ideas, cómo se verá a continuación, las nociones de roles, competencias y defraudación de expectativas encuentran un correlato o una aplicación, *mutatis mutandi*, en la concepción del profesor español. Esto no debe conducir al lector a pensar que Silva Sánchez reproduce los lineamientos de Jakobs, ya que la perspectiva del primero tiene matices propios que, a criterio del autor, erigen su postura sobre el delito de omisión como la más completa y sistemáticamente viable entre todas las que se han desarrollado.

Primeramente, debe señalarse que Silva Sánchez adscribe a una concepción “positiva” del concepto de omisión¹⁶¹. Quienes adscriben a una perspectiva normativa de la “positividad” de la noción de omisión, no basta que el *hacer* que el omitente no lleva a cabo sea *posible*, sino también *esperado* desde algún punto de vista¹⁶². Subyace aquí la idea de que la única manera de dotar de contenido de sentido a la omisión es recurriendo a la idea de defraudación de una expectativa. Corresponde ahora preguntarse por la naturaleza de dichas expectativas, de forma tal que la frustración de las mismas pueda valorarse como una verdadera “omisión” en sentido jurídico-penal.

En este sentido, Silva Sánchez delimita la discusión aquí existente a las siguientes posiciones doctrinarias¹⁶³:

1. Concepto de omisión sobre la base de la defraudación de una expectativa social ya sea prejurídica o extrajurídica: para quienes adscriben a esta concepción, el concepto de omisión aparece ya configurado como realidad con sentido, de modo previo al enjuiciamiento

¹⁶⁰ PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ (Ídem nota 143º), pág. 79.

¹⁶¹ Como se señaló anteriormente, las vertientes negativas se agotaban en un no-hacer-algo. A diferencia de ellas, las concepciones positivas postulan que debe atribuírsele un contenido de sentido trascendente a ese mero no-hacer-algo (SILVA SÁNCHEZ, ídem nota 78º, pág. 99).

¹⁶² SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 111.

¹⁶³ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 112 y siguientes.

jurídico-penal¹⁶⁴. Quienes defienden esta noción, argumentan que es preciso evitar que ya en el propio concepto de omisión se produzca una anticipación a la tipicidad o a la antijuricidad penal.

Se sostiene que esto no significa que la omisión no sea jurídicamente relevante o que se encuentre prevista en un tipo penal, sino que la omisión social *ya es, en sí*, una verdadera omisión a los efectos del Derecho penal¹⁶⁵. En este punto, conviene remarcar que el origen de estas expectativas sociales¹⁶⁶ permiten distinguir, a su vez, entre dos corrientes. Por un lado, quienes consideran que la expectativa social -y su defraudación- otorgan al concepto de omisión un carácter *extrajurídico*, concluyen que la infracción de dicha expectativa social no implica *per se* una omisión relevante en términos jurídico-penales, ya que no condiciona el marco del que después deben entresacarse las omisiones punibles. Por su parte, aquellos que propugnan un carácter *prejurídico* afirman que las omisiones que defraudan expectativas sociales constituyen “el sustrato previo del que luego, mediante el enjuiciamiento penal, se extraerán las omisiones típicas (penalmente relevantes)”¹⁶⁷.

2. La omisión vinculada a una expectativa jurídica: aquí, la omisión tendría su fundamento en la infracción de una expectativa que encuentra su correlato en un ordenamiento jurídico¹⁶⁸. Como sucede en estos casos, quienes defienden esta perspectiva no se agrupan en un conjunto unitario, ya que hay quienes postulan que esa expectativa jurídica es previa a la tipicidad, mientras que por otro lado existen también quienes defienden una tesis contraria, es decir, que la omisión debe ser abordada o analizada como un injusto típico. A continuación, ambas concepciones se analizarán separadamente, detallando por cuál de ellas se inclina Silva Sánchez, posición que en definitiva se comparte en este trabajo, y opera como punto de partida para el análisis de las distintas modalidades de omisión punible.

Como dijimos, hay quienes defienden que la omisión es un *concepto jurídico*, sin situarlo sistemáticamente en la esfera de la tipicidad, sino en la esfera de la teoría de la acción. La omisión no es un concepto en sí mismo, ya que no puede abstraerse de otro tipo de concepto, en este caso jurídico. Es decir, del complejo de normas que rigen una sociedad, puede extraerse un mandato que ordene la realización de una conducta determinada.

¹⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 115.

¹⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 117 *in fine*.

¹⁶⁶ Que, es preciso resaltarlo, pueden tener carácter moral, religioso, ético, etcétera.

¹⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 115.

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 126.

Entonces, ese “no hacer algo” no referiría a algo indeterminado, sino a algo concreto. Esto es, a una expectativa jurídica.

Pero como bien se ha criticado, un concepto de omisión configurado sobre la base de una expectativa jurídica sólo podría configurarse sin referencia a un tipo penal en la medida que dicha expectativa encuentre asidero en otro sector del ordenamiento jurídico (civil, laboral, administrativo, etc.). Esto implicaría, como pone de relevancia Silva Sánchez, considerar que la defraudación de toda expectativa proveniente de cualquier categoría jurídica constituiría una omisión penalmente relevante¹⁶⁹. Sin embargo, *la conformación del concepto de omisión, para la teoría de la expectativa jurídica, no puede obviar un recurso previo al tipo de injusto; aquella expectativa y su defraudación no constituyen un simple objeto de valoración penal sino que encierran en sí un elemento valorativo de naturaleza penal*¹⁷⁰. Dicho de otra manera, pueden existir omisiones de expectativas fundadas en otras ramas del Derecho, sin que ello implique prejuzgar sobre la relevancia penal de las mismas.

Como se anticipara, distinta es la posición sustentada por quienes encuentran en lo “típico” la referencia del concepto de omisión jurídico-penal, ya que el mismo surgiría con el primer juicio de naturaleza penal, esto es, que el injusto típico omisivo no debe estimarse condicionado por la circunstancia de que una omisión se presente en contradicción con un complejo de normas sociales con anterioridad al tipo legal. En Derecho penal, *la configuración de una omisión no depende del carácter físico-naturalístico de una conducta como activa o pasiva, sino de la estructura del tipo. Por ello, no puede decidirse la existencia de una omisión penalmente relevante antes de contemplar el tipo penal*¹⁷¹.

En esta corriente se enrola la postura adoptada por Silva Sánchez, quien, a criterio del autor, es quien ha formulado los aportes más profundos al respecto. El profesor español refiere que lo que los tipos penales interpretan o imputan como homicidios, lesiones, etc., no siempre coincide con lo que usualmente se denominan “conductas de matar o lesionar”, debiéndose esto a que se trata de una interpretación de carácter atributivo -adscriptivo-. Por lo tanto, el sentido penalmente relevante de una conducta se decide sobre la base de criterios normativos-penales¹⁷², no jugando aquí papeles preponderantes. Estas interpretaciones buscan desentrañar el contenido de sentido de una conducta, el cual puede adoptar un

¹⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 127 *in fine*.

¹⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 128.

¹⁷¹ MIR PUIG (Ídem nota 81º), pág. 319.

¹⁷² Muchos de los cuales se integran dentro de la teoría de la imputación objetiva.

carácter *comisivo* y *omisivo*. Entonces, el concepto de omisión se referirá al género que engloba todas las realizaciones típicas omisivas¹⁷³.

De esta manera, la omisión penalmente relevante es el producto de una interpretación que se efectúa a partir de los tipos penales. Si bien esta interpretación recae sobre una conducta omisiva, no quiere esto decir que se efectúe un juicio sobre la nada, sino que su sustrato será una *conducta real*, la cual será imputada o atribuida a alguien como realización típica omisiva. Partir de la base de lo que efectivamente realiza un sujeto no debe conducir a identificar la omisión con esta conducta. En puridad, el juicio de atribución omisiva pone de manifiesto la discordancia de la conducta desplegada con la pretensión que dimana del bien jurídico, criterio rector del tipo¹⁷⁴.

Muchos han criticado esta perspectiva aduciendo que lo verdaderamente importante en la omisión no es “lo que se hace”, sino “lo que se deja de hacer” o no hacer lo que se manda¹⁷⁵. En principio esto podría resultar correcto, ya que ciertamente para la omisión lo verdaderamente importante es la no realización de una conducta indicada. Sin embargo, lo penalmente relevante se decide en la tipicidad mediante el juicio de imputación. Es decir, este contenido de sentido en términos jurídico-penales no viene dado de antemano.

En resumen, Silva Sánchez define a la omisión como *aquella forma de realización típica consistente en la atribución a la conducta del sujeto de un sentido negativo -no realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico-*¹⁷⁶. Este es el criterio adoptado en esta investigación, ya que es el que mejor explica la verdadera función y operatividad de la omisión como dispositivo dogmático, permitiendo en consecuencia desentrañar el verdadero sentido y alcance de esta compleja modalidad de realización típica.

¹⁷³ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 166.

¹⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 170.

¹⁷⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *La estructura de la teoría del concurso de las infracciones*, Valencia, Universitat de Valencia, 1983, pág. 20, nota 57.

¹⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 179.

CUARTO CAPÍTULO:

FUNCIONARIOS PENITENCIARIOS COMO GARANTES (CONTINUACIÓN)

En el capítulo anterior se efectuó un análisis de las distintas corrientes de pensamiento que intentaron alcanzar un supra concepto de acción que permitiese abarcar también a la omisión. Se realizó, también, un repaso sucinto sobre cómo algunos autores contemporáneos han abordado algunas particularidades que presenta la distinción y delimitación entre acción y omisión, para luego efectuar algunas consideraciones en torno al desarrollo que ha registrado el concepto de omisión en la historia dogmática penal, tomando posición al respecto.

Ahora bien, corresponde iniciar este capítulo con un abordaje sobre las distintas clases de omisiones punibles, para luego indagar sobre la posición de garante de los funcionarios penitenciarios.

A. CLASES DE OMISIONES PUNIBLES.

Generalmente, en la literatura dogmático-penal se reconocen dos modalidades de realización típica vinculadas a la omisión o, dicho de otra manera, dos grupos estructuralmente diferentes de delitos de omisión¹⁷⁷. Por un lado, encontramos los delitos de *omisión propia*, los cuales generalmente se reducen a una infracción a una norma de mandato¹⁷⁸, es decir, a la mera omisión de una actividad exigida por una norma¹⁷⁹. Por otro, se encuentran los delitos de *comisión por omisión*, cuya nota característica estriba en que quien omite se encuentra obligado como garante a la evitación de un resultado, correspondiendo dicha omisión, en términos valorativos, a la realización activa de un tipo penal.

A continuación, se analizarán con más profundidad ambas categorías.

¹⁷⁷ Sin embargo, y tal como se analizará más adelante, hay autores que distinguen entre tres modalidades de omisión.

¹⁷⁸ WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner, SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura* (traducido por Raúl Pariona Arana), Instituto Pacífico, 2018, pág. 490.

¹⁷⁹ La cual generalmente encuentra sustento o fundamento en un deber de solidaridad genérico.

A.1. OMISIÓN PURA (O PROPIA):

Tradicionalmente, se ha aceptado que la estructura pura o simple de la omisión consiste en no desarrollar una actividad prescrita u ordenada por una norma. Es este el fundamento de la punibilidad. Mezger afirma que en esta modalidad de realización típica donde, como dijimos, se castiga la no ejecución de una conducta exigida, no es preciso la materialización de un resultado determinado¹⁸⁰. En sentido similar, Stratenwerth entiende que en los delitos propios de omisión el hecho típico penal está descrito directamente como la omisión de una acción mandada¹⁸¹.

Quizás, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el ejemplo prototípico de omisión pura o simple se encuentre en el artículo 108 del Código Penal, que reza: “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad”. Cómo puede diáfananamente apreciarse, la citada norma pena la simple omisión de prestar auxilio -conducta exigida-, sin requerir la verificación de ningún tipo de resultado.

Dentro del marco del tipo *objetivo* del delito de omisión, generalmente se acepta que el mismo consta de tres elementos, a saber: a) la situación típica generadora del deber de actuar; b) la ausencia de una acción determinada; c) la capacidad de realizar la acción¹⁸². Mir Puig explica la confluencia de estos elementos tomando como base un ejemplo casi idéntico al referido en el párrafo precedente. Así, la necesidad de auxilio o socorro de una persona menor de 10 años o amenazada de un peligro cualquiera, generaría la situación típica que impone al sujeto actuar. No prestar esa asistencia implicaría dejar de desarrollar la acción exigida, por más que el sujeto realice una conducta distinta a la que impone la norma. Por último, el tipo penal utilizado como ejemplo prescribe que ese auxilio debe prestarse siempre que ello no implique un riesgo personal para el sujeto¹⁸³.

¹⁸⁰ MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, 6ª edición alemana, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1990, pág. 118.

¹⁸¹ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, EDR, pág. 290.

¹⁸² MIR PUIG (Ídem nota 81º), pág. 325.

¹⁸³ Debiendo en ese caso, dar inmediato aviso a la autoridad competente.

En cuanto al elemento subjetivo, y sin ánimo de ingresar dentro de los debates aquí existentes, es preciso destacar que tanto en los delitos de acción como de omisión se despliega una conducta. Pero en los delitos omisivos, esa conducta -que puede ser aquella llevada a cabo en lugar de la acción exigida- no ha de ser necesariamente activa ni suponer un cambio respecto de una conducta anterior, bastando con que el sujeto sepa o conozca las consecuencias o implicancias que pueden derivar de omitir desarrollar la conducta exigida. Como señala Mir Puig, ésta es una consecuencia de las posibles conductas típicas objeto del dolo en los delitos de omisión, sin suponer alteración alguna en la estructura misma del dolo en otra clase de delitos¹⁸⁴.

A.2. DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN.

En párrafos precedentes se destacó que los delitos de omisión simple o pura ponen de manifiesto un deber de solidaridad genérico que impone la realización de una acción salvadora. En cambio, los delitos de comisión por omisión tienen un fundamento material diferente, ya que en estas constelaciones de casos, quien desarrolla la omisión de la conducta exigida se encuentra obligado como garante a la evitación del resultado. Este criterio impone en el agente –en relación con el conglomerado social e institucional en el que se desenvuelve- una relación especial con el bien jurídico tutelado¹⁸⁵.

De esta manera, la producción del resultado desaprobado pertenece al tipo del injusto. También resulta interesante resaltar que un garante que infringe el deber que tiene impuesto para la evitación de un resultado, generalmente realiza un tipo penal que está estructurado legamente como un delito de comisión, y al cual subyace primariamente una norma de prohibición¹⁸⁶.

En su faz objetiva, muestra la misma estructura que se describió en oportunidad de analizar el tipo de omisión pura. Pero, necesariamente, debe ser complementado con la concurrencia de otros tres elementos, de insoslayable confluencia para proceder a la imputación objetiva del hecho a su artífice: a) Posición de garante; b) producción de un resultado y c) posibilidad de evitarlo¹⁸⁷. Debido a la significativa importancia que revisten

¹⁸⁴ MIR PUIG (Ídem nota 81º), pág. 326.

¹⁸⁵ VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 5º Edición Actualizada, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013, pág. 437.

¹⁸⁶ WESSELS, BEULKE, SATZGER (Ídem nota 178º), pág. 491.

¹⁸⁷ MIR PUIG (Ídem nota 81º), pág. 327.

estos elementos para el desarrollo de esta investigación, se procederá al análisis pormenorizado de cada uno de ellos.

a. Posición de garante.

Si los delitos de comisión por omisión presentan algún tipo de problemática o dificultad, sin duda es la determinación y fundamentación de la posición de garante, paso ineludible previo a la punibilidad de esta clase de omisiones. En definitiva, se trata de buscar una respuesta a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben verificarse para que el hecho de no impedir un resultado pueda ser equiparado a la causación activa del mismo¹⁸⁸. Recordemos que, en el marco del Derecho penal argentino, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Alemania y España¹⁸⁹, no se cuenta con una cláusula de equiparación entre actuar y omitir, razón por la cual las reglas de atribución de posiciones de garante¹⁹⁰ -y, por ende, de imputación de responsabilidad penal en comisión por omisión- deben procurar ser claras, evitando resultados injustos. Esta es, básicamente, la función que cumple la dogmática penal al aportar racionalidad normativa a la deliberación.

Para comenzar a indagar sobre la fundamentación de la posición de garante, y la evolución de su concepto, es necesario hacer una breve referencia a la *teoría del deber jurídico*. En el siglo XIX ya se discutía sobre una posible equiparación entre actuar y omitir. Se reconoce a Feuerbach como quien brindó los primeros argumentos serios en torno a la exigencia de un deber jurídico con relación al omitente. Para este autor, el Estado tiene la misión esencial de proteger los derechos de sus ciudadanos, y en el marco de tal cometido, puede instaurar deberes cuya infracción pueda ser sancionada con la aplicación de una pena¹⁹¹.

¹⁸⁸ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, 1° edición, Universidad Externado de Colombia, 2001 pág. 17.

¹⁸⁹ El parágrafo 13 del Código Penal alemán (StGB) prescribe que: “Comisión por omisión: (1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción; (2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1”. Por su parte, el artículo 11 del Código Penal español reza: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

¹⁹⁰ De hecho, tampoco el Anteproyecto de Reforma del Código Penal argentino elaborado por la Comisión que preside Mariano Borinsky –que en fecha 04/11/2019, época en la que se escribieron estas líneas, tenía estado parlamentario- prevé una cláusula de ese estilo.

¹⁹¹ PERDOMO TORRES (Ídem nota 188º), pág. 22.

Según la construcción teórica de Feuerbach, esos deberes generalmente tienen como contenido una omisión, y por ende sólo podrían ser infringidos por medio de una acción. Luego, en el párrafo 24 de su Manual, explicó que “siempre que una persona tenga un derecho a la exteriorización real de nuestra actividad, en esa medida existen delitos de omisión. Pero la obligación originaria del ciudadano sólo se refiere a omisiones, por eso un delito de omisión presupone un fundamento jurídico especial”¹⁹². En este sentido, introdujo sólo a la *ley* y al *contrato* como instrumentos que fundamenten la obligación de actuar¹⁹³. Existía, en ese contexto, un cierto temor de que omisiones con un evidente y natural contenido ético o moral pudieran ser sancionadas jurídicamente, por lo cual se miraba con recelo cualquier intento de sancionar omisiones que no tuviesen un fundamento en los instrumentos recién mencionados.

También es preciso hacer referencia, dentro del desarrollo de esta tesis formalista, al *actuar precedente* (injerencia) como situación dimanante del deber de desarrollar una determinada actividad, cuya omisión habilitaría a imputar el resultado en comisión por omisión. En términos sencillos, esta modalidad operaría de la siguiente manera: una persona que, por medio de un hacer precedente, genera un riesgo de lesión de un bien jurídico responderá de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente.

Estas nociones fueron importadas, como sucede generalmente en dogmática jurídico-penal, desde Alemania. Para algunos, la injerencia nace dentro del primer tercio del siglo XIX, aunque limitado sólo a un grupo de casos¹⁹⁴. Otros, en cambio, afirman que el germen de estas ideas se encuentra en la “teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida” de Luden, pues ésta afirmaba que la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico era la causa del resultado (teoría del *aliud agüere*). También hay quienes encuentran su origen en los inicios del siglo XX, concretamente a partir de la obra de Stübel en 1928, quien consideraba que en el caso de que una persona colocase a otra

¹⁹² FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1847, párrafo 24, obra citada por PERDOMO TORRES (nota 188º, pág. 22).

¹⁹³ Esta posición fue luego consolidada por autores como Spangenberg, Henke y Stübel.

¹⁹⁴ STRATENWERTH, Gunter, *Derecho Penal. Parte General, Hecho Punible I* (traducción de la edición alemana de Gladys Nancy Romero), Buenos Aires, Fabián Di Plácido Editor, 1999. Pág. 296

en una situación de riesgo de la que no pudiera ésta última salir sin la ayuda de aquella, surgía para el causante del peligro un deber de actuar en evitación del resultado¹⁹⁵.

Estos criterios se presentan demasiado estrechos¹⁹⁶, excluyendo situaciones donde resulta evidente la existencia de una obligación de impedir determinados resultados¹⁹⁷. Modernamente, esta postura fue duramente criticada por la doctrina, afirmándose que en la actualidad prácticamente se encuentra abandonada¹⁹⁸. En este sentido, se ha sostenido que en el fondo estas posturas que derivan la posición de garante de la ley o del contrato constituyen una postura formalista de comisión por omisión sin fundamentación material del deber de garante. O más bien sin un fundamento material de por qué la omisión equivale a la acción. En un comienzo, debido a la influencia de Feuerbach y también de pensadores como Kant, la preocupación de las tesis formalistas consistía en que determinados deberes éticos o sociales de actuar llegaran a restringir la libertad de actuación de las personas¹⁹⁹.

Los temores que existían en cuanto a una fundamentación del deber de actuar que encontrase otros asideros además de la ley o el contrato fueron, paulatinamente, superados. Generalmente, en casos de delitos de comisión por omisión nos encontramos frente a omisiones graves que denotan una identidad material a una acción emanada del ejercicio de la propia libertad y no un simple no hacer que pudiese conectarse hipotéticamente con la

¹⁹⁵ HUERTA TOCILDO, Susana; "Injerencia y art. 489, 3, CP", EN: *ADPCP*, Madrid, 1985, Pág. 41, nota 11.

¹⁹⁶ Sin embargo, estos criterios encontraron asidero en algunos proyectos legislativos de nuestro país. Así, tenemos el Anteproyecto de 1960, que en su art. 10 establecía lo siguiente: "a quien tenga por ley, obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; a quien con su comportamiento precedente creó el riesgo, y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriera, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado". Por su parte, el Proyecto de 1973, en su art. 14, prescribía: "le incumbía el deber jurídico de cuidar que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originara el resultado se hubiera creado con su comportamiento precedente". El Proyecto de 1979 consignaba en el art. 10 que el "deber de obrar incumbe a quien tenga una obligación especial de cuidado, protección o vigilancia derivada: a) de la ley; b) de un contrato; c) de una actuación precedente que comporte la asunción unilateral de alguna de aquellas obligaciones; d) de una actuación precedente que haya creado el riesgo inminente de que ocurriera el resultado". Puede apreciarse como el legislador se había adherido a las teorías formales de la posición de garantía (ley, contrato y actuación precedente), teniendo como característica que los proyectos legislativos aludidos tenían como intención la regulación expresa de la omisión impropia desde la Parte General y no desde la Especial.

¹⁹⁷ Cómo el famoso caso de la niñera, en el cual difícilmente podría negarse la posición de garante a pesar de que posteriormente al hecho se constatará la ineficacia del contrato por el cual se obligaba a cuidar a un menor en ausencia de los padres de éste (NAVAS, Ivan, "Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en derecho penal" EN *Polít. crim.* Vol. 10, Nº 20 [Diciembre 2015], págs. 678-693. Consultado on line en el siguiente sitio: [http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A8.pdf -última consulta: 21/12/2019-).

¹⁹⁸ KAUFFMAN (Ídem nota 111^o), pág. 254 y siguientes; SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Trad. CUELLO, Joaquín/SERRANO, José Luis, Barcelona: Marcial Pons, 2009, pp. 265

¹⁹⁹ NAVAS (Ídem nota 77^o), pág. 684.

causación de un resultado no imputable a la conducta omisiva de quien pudo, pero no hizo algo²⁰⁰.

En este orden de ideas, es certera la crítica formulada por Jakobs, quien refiere que la afirmación de Feuerbach de que la obligación originaria del ciudadano únicamente debe entenderse dirigida hacia la evitación de lesiones de derechos a través de conductas activas (prohibiciones), implica un desconocimiento de que también existen mandatos que surgen de dicha obligación originaria, teniendo asimismo un contenido negativo: evitar que otra persona sea lesionada en su esfera jurídica²⁰¹.

Continuando con este desarrollo, necesario para comprender todas las implicancias que subyacen a la noción de la posición de garante, es preciso ahora hacer referencia a la *teoría de las funciones*. Esta construcción teórica fue propuesta por Kaufmann con el objeto de dar una fundamentación a la posición de garante, atendiendo a puntos de vista materiales y funcionales²⁰². En pocas palabras, puede existir posición de garante cuando al sujeto le corresponde una específica *función de protección del bien jurídico afectado*²⁰³, donde debe procurarse que con respecto al mismo no se materialice ningún riesgo; o bien una *función personal de control de una fuente de peligro*²⁰⁴, en los cuales el agente procura que esa persona u objeto confiados a su cuidado no lesione derechos ajenos. En ambos casos, el autor debe velar por la indemnidad de un bien jurídico. De esta manera, Kaufmann fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico, superando de esta manera los vestigios de la teoría formal del deber jurídico.

Asiste razón a Mir Puig cuando postula que estos criterios no están exentos de ser discutidos, conviniendo indagar sobre el fundamento común de ambos. En este sentido, a su criterio, juegan un papel central las ideas siguientes: a) la creación o aumento, en un momento anterior, de un riesgo no permitido, atribuible a su autor; y b) que ese riesgo

²⁰⁰ Navas también ha señalado que estos temores propios de las posiciones formalistas se superan sin necesidad de reducir en exceso las fuentes de la posición de garante recurriendo únicamente a deberes establecidos en la ley o en un contrato, sino que se puede restringir al recurrir a estructuras de imputación normativo-materiales que estén referidas la infracción de deberes negativos por omisión mediante la asunción previa del dominio del riesgo típico en la propia esfera de organización sumada a la posterior vulneración del compromiso adquirido (NAVAS, ídem nota 77º).

²⁰¹ PERDOMO TORRES (Ídem nota 188º), pág. 29.

²⁰² KAUFMANN (Ídem nota 111º), pág. 289.

²⁰³ Entre las constelaciones de casos que quedan aquí englobadas, encontramos los siguientes: la existencia de una estrecha vinculación familiar; la comunidad de peligro; la asunción voluntaria de una función de protección.

²⁰⁴ Aquí, entre otros casos, encontramos el deber de control que opera en el propio ámbito de organización; o la responsabilidad por la conducta de otras personas, a quien se tiene el deber de vigilar.

determine, al momento del hecho, una dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante²⁰⁵.

La creación del riesgo imputable en un momento anterior permite afirmar que el omitente no es ajeno al mismo, sino responsable de dicho peligro, encontrándose obligado a impedir que el mismo se materialice en un resultado. No basta, sin embargo, que el sujeto haya creado o aumentado ese riesgo, resultando necesario que lo haya hecho voluntariamente o en condiciones en que sea factible atribuírselo (como sería el desempeño de algunas funciones). Esto implica que la gestión de esos riesgos debe haber estado bajo el control personal del omitente.

Silva Sánchez parte de estas premisas, las cuales comparte en principio, para luego brindar su propio enfoque al respecto. En este sentido, comparte su preocupación en torno a la búsqueda de fundamento común que permita erigirse en un criterio interpretativo que permita efectuar una labor restrictiva tendiente a distinguir los casos donde efectivamente hay una concurrencia *real* de la situación de garantía, de aquellos donde sólo hay una concurrencia *aparente*²⁰⁶.

En este orden de ideas, considera que resulta necesario constatar un compromiso voluntario (expreso o concluyente) para la existencia de una imputación en comisión por omisión, no bastando -a su criterio- el desempeño de funciones familiares o sociales que permitan atribuir el control del riesgo al sujeto, criterio que como se señaló anteriormente, se erige en el fundamento común propuesto por Mir Puig. De esta manera, para el autor citado, es absolutamente imprescindible, para que exista una situación de garantía -y, por ende, la existencia de un delito en comisión por omisión- la existencia de un compromiso voluntario e inequívoco que refiera al *control del riesgo específico de que se trate*. Si no existe tal compromiso, podría postularse la concurrencia de una omisión agravada, pero no de un delito de comisión por omisión.

Este compromiso material se adquiere mediante la realización de actos inequívocos de contención de riesgos, suscitando en los potenciales afectados -y en terceros intervinientes- la legítima confianza de que dichos riesgos se encuentran bajo control. Este compromiso de actuar como *barrera de contención de riesgos* revela una doble faz: por un lado, si asume el control de un riesgo determinado, puede propenderse a su reducción; por el

²⁰⁵ MIR PUIG (Ídem nota 81^o), pág. 328.

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Estudio sobre los Delitos de Omisión*, Grijley, 1^a Edición, Lima, 2004, pág. 100 nota n^o 23.

otro, un aumento del peligro en la medida que pueda darse la base para que no surjan otros intentos de contención de ese riesgo²⁰⁷.

Entonces, el sujeto que adquiere este compromiso, que se erige en barrera de contención de riesgos, domina el acontecer típico. Si se permite que el riesgo tenga lugar y se materialice en el resultado, este último se imputa al omitente, ya que domina la correspondiente relación de riesgo, al igual que el autor de una comisión activa²⁰⁸. Esto es una consecuencia de que los tipos penales no contienen simples descripciones naturalistas de fenómenos, sino que delimita los hechos que, tras una ponderación de argumentos a favor y en contra, son considerados “significativos” para el Derecho penal por introducir riesgos en bienes jurídicos, de forma tal que ese suceso es merecedor de una pena. Ello implica que la “realización típica” es un concepto normativo.

Concurriendo estas circunstancias, señala el autor, puede postularse que existe una equivalencia, una identidad estructural entre actuar y omitir como modos de realización típica.

Estimo que este es el criterio que debe prevalecer en orden a la determinación de posiciones de garante, ya que es el único que verdaderamente se concentra en la verdadera virtualidad que tiene este instituto dogmático en el marco de realizaciones típicas omisivas. En efecto, este criterio realmente garantiza que no se aplique irracionalmente esta noción, de forma tal que no se encuentren posiciones de garante meramente formales, donde no hay posibilidades de control de un determinado riesgo porque el agente no se comprometió materialmente a ello.

Una sanción tan contundente como imputar un resultado típico a alguien que no ejecuta una determinada actividad no sólo debe partir de los presupuestos de creación o aumento de riesgo y de la dependencia personal del bien jurídico a determinado sujeto, sino que también es preciso que esa dependencia, es decir, ese compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos determinados, haya sido voluntaria y efectivamente asumida por el sujeto respecto de quien se pretende efectuar un juicio de imputación. Sólo en estos casos puede postularse una equiparación entre ambas modalidades de realización típica.

b. Producción de un resultado.

²⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 206^o), pág. 105.

²⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78^o), pág. 471.

Se señaló anteriormente que uno de los elementos de la estructura típica de los delitos de omisión, en general, era la ausencia de la acción debida. Pero en el caso particular de los delitos de comisión por omisión, se requiere además la producción de un resultado. Por supuesto, el acaecimiento de un resultado debe concurrir con la existencia de una posición de garante y la capacidad del sujeto de evitar el mismo,²⁰⁹ elemento que será analizado a continuación, junto con algunas referencias a la discusión en torno a la exigencia o no de una determinada relación de causalidad en esta especie de delitos.

c. Capacidad de evitación del resultado.

Es preciso, para postular la existencia de un delito en comisión por omisión, que el sujeto haya podido evitar el resultado, es decir, de haber ejecutado la acción exigida. Es importante poner de manifiesto que esta acción debe ser aquella que hubiese sido susceptible de evitar el resultado. De esta manera, el sujeto debe estar en condiciones de ejecutar “la acción capaz de producir un efecto de eliminación del potencial lesivo de la causa fundamental o determinante del resultado”²¹⁰.

Asiste razón a Mir Puig cuando sostiene que lo referido anteriormente no exige una demostración de una verdadera *relación de causalidad* entre la omisión y el resultado²¹¹. El citado profesor asegura que, en los delitos de comisión por omisión, para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido, no resulta necesario constatar un verdadero nexo causal, sino que basta con que el sujeto hubiese podido evitar ese resultado mientras se encontraba en posición de garante.

Considero aquí que puede resultar útil recurrir a un interesante y novedoso aporte de Luzón Peña. Luego de rechazar las concepciones negativas que refieren a la causalidad entre una omisión y un resultado²¹², como así también aquellas que hablan de una “causalidad hipotética”²¹³, postula que en los delitos de comisión por omisión no hay relación causal con el resultado típico -como no la hay, tampoco, en la omisión pura- ya que el mismo siempre ha sido causado por la intervención positiva de otro factor natural o humano. Pero sí puede -y debe- haber una imputación objetiva de ese resultado a la omisión equivalente a la causación activa del mismo.

²⁰⁹ MIR PUIG (Ídem nota 81^o), pág. 338.

²¹⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, “La Comisión por Omisión en el Derecho Penal Español”, En: *La Comisión por Omisión*. Enrique Gimbernat (Director), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pág. 100.

²¹¹ MIR PUIG (Ídem nota 81^o), pág. 339.

²¹² Ya que, para esta corriente, “de la nada nada surge” (*ex nihilo nihil fit*).

²¹³ Tesis defendida, por ejemplo, por Mir Puig.

Dicho de otra manera, tiene que existir imputación objetiva de la conducta omisiva, lo cual se traduce, en definitiva, en la constatación de una creación o aumento de un riesgo o peligro relevante²¹⁴. Por tanto, para que este juicio de imputación objetiva resulte, la producción del resultado debe presentarse como una realización del peligro de esa omisión²¹⁵.

A.3. OMISIÓN PURA DE GARANTE (U OMISIONES AGRAVADAS).

Generalmente, en oportunidad de analizar las omisiones punibles, la doctrina especializada clasifica las mismas en omisiones puras (o simples) por un lado, y delitos de comisión por omisión por el otro. Sin embargo, ningún trabajo científico puede soslayar la tercera categoría propuesta por Silva Sánchez: la *omisión pura de garante*.

Dentro de esta categoría quedarían englobados aquellos supuestos donde no pueda postularse una equivalencia estructural en el plano normativo entre actuar y omitir. Es decir, que podrían existir casos donde determinado sujeto, sin perjuicio de encontrarse en una posición de garante, no pueda imputársele el resultado típico en comisión por omisión, ya que faltaría el compromiso específico y voluntario de control de riesgos. Si bien en ese caso, de acuerdo a la tesis de Silva Sánchez, no podría responder en comisión por omisión, no por ello dejaría de existir una omisión penalmente reprochable, aunque en menor escala que aquella.

A diferencia con las omisiones pura de carácter general, en estos casos se presenta un círculo restringido de autores, quienes ostentan una posición de responsabilidad especial²¹⁶, de los cuales surge un deber de actuar.

Esta clasificación tripartita ofrece la ventaja de distinguir tres niveles en cuanto a la punibilidad, permitiendo incluir todo tipo de casos que se verifican en la realidad y cuya aplicación forzosa a las otras categorías podría arrojar resultados injustos. Más precisamente, permite una mejor utilización y aplicación del instituto dogmático de la posición de garante en general, y de los delitos de comisión por omisión en particular, al no

²¹⁴ LUZÓN PEÑA, Diego, "Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa", En: *ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. Homenaje al profesor SANTIAGO MIR PUIG*, Coord. Jesús-María Silva Sánchez y otros, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2017, pág. 690.

²¹⁵ Esta creación o aumento del riesgo proveniente de la conducta omisiva, se erige en el criterio de equivalencia entre acciones y omisiones sostenido por Luzón Peña-

²¹⁶ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 78º), pág. 432.

imputar el resultado típico a todo aquel que se encuentre en una situación de garantía, reservando este mecanismo sólo para aquellos casos donde realmente se verifique una equivalencia estructural en términos normativos.

B. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA POSICIÓN DE GARANTE A LAS AUTORIDADES PENITENCIARIAS.

Ahora bien, luego de haber efectuado algunas referencias sobre las principales corrientes de pensamiento que se ocuparon de la omisión, y la virtualidad que la misma representa para el Derecho penal, corresponde ahora analizar cómo operan estos modos de realización típica con relación a las autoridades penitenciarias. Particularmente, se indagará sobre la posición de garante de los mismos y la posibilidad de atribuirles, en comisión por omisión, un resultado típico acaecido en perjuicio de algún bien jurídico relativo a una persona privada de su libertad en un sistema carcelario.

Para ello, deben tenerse presente algunas de las consideraciones realizadas a lo largo de este trabajo. En primer lugar, no debe perderse de vista que quien ingresa en calidad de interno, en un sistema penitenciario, se enmarca dentro de lo que se denomina una “institución total”, con todo lo que ello conlleva en cuanto a sus posibilidades de autoprotección y determinación²¹⁷. También, se realizó un análisis sobre qué tipo de deberes infringe un funcionario penitenciario cuando no realiza una actividad que se le exige en virtud de su cargo, y de ello se desprende un resultado típico que dicha acción estaba destinada a evitar, aclarándose que, en materia de delitos omisivos, determinar si se infringió un deber positivo o negativo no resulta una tarea sencilla, ya que en el caso de responsabilidad por omisión a través violaciones a deberes negativos, existe un acto de autonomía que permite fundamentar una responsabilidad penal equivalente a la causación activa del resultado, circunstancia que en principio no ocurre en las relaciones institucionales. Por último, se hizo especial referencia a las condiciones que deben darse para que una persona puede revestir una determinada posición de garante y, eventualmente, ser responsable de un delito de comisión por omisión.

Dentro del marco de instituciones penitenciarias, los contactos que pueden suscitarse entre esferas de organización son más asiduos que en cualquier otro contexto, encuadrando dentro de los contornos conceptuales que Silva Sánchez le atribuye a la “sociedad del

²¹⁷ Véase Primer Capítulo.

riesgo”. Esto es, núcleos sociales de enorme complejidad, donde la interacción individual ha alcanzado ribetes hasta ahora desconocidos, desprendiéndose de ello dos importantes consecuencias: por un lado, la profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que algunos de estos contactos redunden en consecuencias lesivas, y por el otro, la creciente interdependencia da lugar, a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos dependan de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros, agregando que “las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos —recíprocos— de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas”²¹⁸. Es en este contexto donde cobra relevancia la evaluación de la responsabilidad penal de autoridades penitenciarias.

Ahora bien, es preciso resaltar que los delitos que se cometen en perjuicio de internos debido a la omisión de conductas determinadas por parte de autoridades penitenciarias presentan, generalmente, la concurrencia de una pluralidad de personas que interactúan verticalmente. Esto sucede cuando la conducta de los diversos intervinientes se inserta en niveles o esferas de actuación con relevancia diversa (reparto de competencias) en el seno de una misma estructura organizada jerárquicamente -como la institución penitenciaria-. En estos casos, generalmente, se presentan dificultades para concretar criterios y títulos de imputación, poniéndose de manifiesto que, ya en el nivel de la calificación y cuantificación de los riesgos de las conductas implicadas en un complejo organizativo, las instituciones y figuras clásicas de la teoría de la imputación para casos de concurrencia de aportaciones son, en muchas ocasiones, “demasiado rígidas y en parte insuficientes con vistas a un tratamiento adecuado de la problemática en toda su dimensión”²¹⁹. Por ello el propósito de este trabajo es brindar algunas reglas claras que permitan una aplicación correcta de los institutos dogmáticos implicados.

Entonces, los funcionarios penitenciarios, producto de las funciones asumidas, registran verdaderos deberes de intervención en las siguientes circunstancias: 1) en situaciones de peligro para los internos; y 2) en situaciones de peligro para terceros

²¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Barcelona, B de F, 2001, pág. 29 y siguientes.

²¹⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 27.

producidas por aquellos²²⁰. A su vez, estas situaciones pueden constituirse de diferentes maneras, a saber: peligros que pueden considerarse “naturales”, como accidentes o enfermedades; agresiones producidas por internos; agresiones de terceros (entre los que se incluyen, particularmente, agentes penitenciarios) a los internos; autopuesta en peligro y autolesiones por los propios internos.

Como primera conclusión, y desde la perspectiva definida por la *teoría de las funciones*, puede afirmarse de forma categórica que los funcionarios penitenciarios ostentarían una verdadera posición de garante de *protección* de los bienes jurídicos atinentes al interno, como así también de su *control* como fuente de peligro. En otras palabras, partiendo de la base que los internos se encuentran en una clara situación de vulnerabilidad, y sin mayores posibilidades de autoprotección²²¹, la Administración Penitenciaria debe velar por la indemnidad de los bienes jurídicos de aquellos. Pero también debe considerarse que un contexto de encierro como éstos, donde cada actividad se realiza con la compañía inmediata de otras personas, resulta altamente probable -como se mencionara anteriormente- que a partir de alguno de estos contactos entre esferas de organización²²² se produzca un perjuicio en torno a algún bien jurídico. Por ello, en función de este control de riesgos, y producto de sus deberes de aseguramiento, el funcionario penitenciario se erige también en garante de *control*. Esto también se explica por la circunstancia de que muchos de los internos a su cargo registran antecedentes y comportamientos previos que permite contemplarlos como potenciales fuentes de peligro, de forma tal que la autoridad penitenciaria debe procurar que no representen un peligro para terceros, o al menos velar porque ese peligro o riesgo se encuentre contenido.

De esta manera, y una vez explicado qué clase de posición de garante recae en los funcionarios penitenciarios, la pregunta que surge es si todos los funcionarios penitenciarios ostentan idéntica posición de garante en relación a los internos, y como consecuencia de ello, si pueden responder en comisión por omisión a raíz del acaecimiento de un resultado típico, tal como si hubieran procedido a la causación activa del mismo. En el Primer Capítulo de este trabajo se señaló que como consecuencia del carácter de “institución total” de las prisiones, por medio de la cual esta institución busca estar presente en todos los

²²⁰ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 206), pág. 93.

²²¹ Ya que esta función fue absorbida por la institución penitenciaria.

²²² Las cuales, por cierto, se encuentran seriamente limitadas en consideración al contexto en que se desarrollan.

ámbitos de la vida del interno, la misma procede a un reparto de competencias. Se citó, a modo de ejemplo, la Norma N° 261²²³, mediante la cual el Servicio Penitenciario Federal divide funciones como las de seguridad, traslados, higiene, sanidad, etcétera, asignándolas a divisiones especialmente abocadas para ello.

Por supuesto, estas funciones coexisten con la misión de “*Velar por la seguridad y custodia de las personas sometidas a proceso procurando que el régimen carcelario contribuya a preservar o mejorar sus condiciones morales, su educación y su salud física y mental*”²²⁴. Si bien estas consideraciones ya fueron efectuadas en el capítulo citado, es importante traer a colación las mismas en razón de que este reparto de competencias gravita considerablemente en la determinación de situaciones de garantía sobre bienes jurídicos ajenos. En este sentido, no cualquier clase o categoría de funcionario tendrá el deber jurídico-público de actuar como barrera de contención ante cualquier clase de riesgo que amenace con afectar la indemnidad de los bienes jurídicos de los internos, sino que este deber recaerá sobre aquellos que, producto del principio de distribución funcional (propio de estas instituciones) tengan a su cargo la custodia, vigilancia y asistencia de los internos²²⁵.

En este sentido, y habida cuenta que comparto la tesis de Silva Sánchez en cuanto a la necesidad de la existencia de una plena identidad estructural y material en el plano normativo entre actuar y omitir, se reputa preciso que el funcionario penitenciario de quien se trate haya asumido, voluntaria y de forma inequívoca, el compromiso específico de contener un riesgo determinado²²⁶. Así, quienes deben velar porque en un determinado pabellón un interno no acometa contra la integridad personal de otro, serían en principio los celadores abocados a ello, quienes con anterioridad y pleno conocimiento del contenido de los deberes que implica, asumieron dicha función.

Dentro de este planteamiento, sólo en estos casos existiría una identidad estructural y material entre actuar y omitir, ya que el funcionario penitenciario en cuestión asumió la obligación de actuar como barrera de contención de uno o varios riesgos determinados, y los internos, conscientes de su propia carencia de medios de autoprotección, confían en que su

²²³ Reglamentación emitida en los términos del art. 14 de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal N° 20.416.

²²⁴ Art. 5º de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal.

²²⁵ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 206º), pág. 96 *in fine*.

²²⁶ Además de que medie una creación o aumento del riesgo atribuible a su autor y la dependencia personal del bien jurídico al mismo, todo lo cual fue analizado *ut supra*.

seguridad depende del miembro de la institución que aceptó encargarse de ella. De esta manera, si el agente omite alguna medida propia de este haz de actividades, aumentará el riesgo al que se encuentra sometido el interno, peligro a cuya neutralización se encuentra obligado. En estos casos, no quedan dudas de que el funcionario penitenciario domina el desamparo de la víctima.

¿Esto significa, acaso, que en el ejemplo propuesto sólo respondería en calidad de garante el celador afectado al pabellón en cuestión, no pudiéndose efectuar reproche penal alguno al jefe del sector correspondiente o incluso al director del establecimiento penitenciario? En relación a esto pueden efectuarse importantes valoraciones. En primer término, puede señalarse -continuando con el ejemplo propuesto- que estos funcionarios, si bien no contaban con la posibilidad material de evitar el hecho en el momento que este acaeció, sí registraban una verdadera posición de garante. Lo que hay que examinar aquí son las *cadena de delegación*, que se presentan como un fenómeno del Derecho penal moderno, ya que se produce un alejamiento de la atribución de responsabilidad del hecho de la ejecución material del mismo.

Esta delegación de competencias, como se señaló anteriormente, posibilita el funcionamiento de este tipo de instituciones. En este sentido, dentro de los fines de velar por la seguridad y custodia de los internos, puede afirmarse que en principio el obligado principal a la consecución de los mismos es el Director del establecimiento penitenciario, ya que es quien organiza cómo funcionará la Administración Penitenciaria, distribuyendo tareas y bienes para la mejor ejecución de los fines de la institución. Entonces, es él quien ostenta la posición de garante originaria, y la misma trae aparejado un importante compromiso: de la organización de la Administración Penitenciaria no pueden resultar hechos lesivos para esferas de organización ajenas.

No obstante, esta competencia es delegable²²⁷, circunstancia que implica un cambio en la situación y relaciones preexistentes. La realización de esta delegación, y su consecuente aceptación, implica el surgimiento de una nueva posición de garante: la del delegado, quien asume la obligación de actuar como barrera de contención de determinados riesgos. En este orden de ideas, resulta fundamental resaltar que este acto de delegación de competencias no anula la posición de garante del delegante, quien ahora se encuentra en una

²²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J., *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, GRIJLEY, Lima, 2001, pág. 16.

situación de garantía *residual*²²⁸. En efecto, el delegante no se limita a seleccionar al delegado, sino que retiene algunas competencias. Particularmente, debe vigilar y supervisar la actuación del delegado, y dotarlo de los medios necesarios a fin de que pueda cumplir efectivamente su función.

La pregunta que surge, entonces, es cómo debe responder el funcionario delegante por una conducta típica desplegada por el delegado, asumiendo que el primero no ejecutó correctamente sus competencias retenidas. Estimo que existen dos alternativas a este predicamento. En primer término, podría señalarse que el funcionario delegante (ciñéndonos al ejemplo propuesto, el Director de la institución penitenciaria) se encuentra en ejercicio de verdaderos deberes positivos, debiendo contribuir al fomento del bien jurídico. Pero siguiendo la obra de Robles Planas, y tal como se señaló en el Segundo Capítulo, generalmente cuando median deberes positivos no existe un acto de autonomía que permite fundamentar una responsabilidad penal equivalente a la causación activa del resultado, postulando que la solución estribaría en la imputación de una omisión simple o, en su caso, en una omisión pura de garante²²⁹, en los términos explicados *ut supra*.

Esta solución no puede compartirse, al menos en términos generales. Lo recién manifestado sólo tendría sentido si quien omite no fuese quien primeramente delegó en el agente infractor las competencias de control de riesgos, ya que si es el delegante quien no supervisó el correcto desempeño del delegado, no podría postularse que no existió un verdadero acto de autonomía. A esto apunta la segunda alternativa de solución de este predicamento, la cual se comparte en este trabajo. En este orden de ideas, en un primer momento el delegante asumió el compromiso efectivo de contener y controlar determinados riesgos, competencia que luego delega -aunque, reteniendo para sí una porción residual de las mismas-. Pero por más que operó una delegación, previamente existió un acto de asunción voluntaria de esa situación de garantía. Por ello, no resultaría aplicable la alternativa descrita en el párrafo anterior.

²²⁸ SILVA SÁNCHEZ y SUÁREZ GONZÁLEZ (Ídem nota 226^o), pág. 17.

²²⁹ Una solución similar adopta el Código Penal argentino en relación al delito de tortura. En efecto, el artículo 144 quinto prescribe que: “*Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario*”.

Ahora bien, resta definir si el funcionario delegante responde en calidad de autor o partícipe. Estimo que, para resolver esta cuestión, es útil recurrir a una valiosa contribución teórica de Robles Planas. Refiero particularmente al análisis de los *dos niveles de intervención en el delito*²³⁰. En primer lugar, el autor citado propone una emancipación de la idea de considerar la noción de “autor” como punto de partida de la construcción de toda la dogmática de las formas de intervención, ya que es sólo un subconcepto secundario del concepto primario de “intervención” en el delito.

Asimismo, distingue dos momentos dentro de la problemática de la intervención delictiva: la fundamentación de la intervención por un lado, y su calificación por el otro. El primer momento (*fundamentación de la intervención*) está estrechamente vinculado a la teoría de la imputación objetiva, resultando importante tener en cuenta el principio de autorresponsabilidad, pero entendido de una forma normativa: creación desaprobada -activa u omisiva- de un riesgo teniendo en cuenta la conducta autorresponsable de otro sujeto. En la medida en que la conducta de varios intervinientes está desaprobada en vistas a un mismo hecho delictivo puede sostenerse que el hecho delictivo pertenece a todos los intervinientes²³¹.

Por su parte, la *calificación de la intervención* busca determinar, entre el círculo de intervinientes, quienes deben recibir mayor pena. Si bien todos han infringido una norma, la intensidad de la infracción no siempre es la misma. Por tanto, todo se reduce a una gradación de las infracciones de deberes realizadas por cada interviniente. Para ello, será determinante analizar la magnitud de los actos de organización de cada uno y su incidencia en la concreta realización típica. Como bien señala el citado autor, la valoración del aporte de cada interviniente debe realizarse no sólo teniendo en cuenta la proximidad fáctica con el menoscabo del bien jurídico o con el dominio del hecho que conduce al mismo, sino también el significado que dicha aportación tiene como acto de organización para la negación del Derecho, donde cobra relevancia la infracción de deberes especiales. Entonces, el injusto del interviniente será mayor cuanto más probabilidad y mayor grado de lesividad incorpore su aportación para afectar al bien jurídico y más intensa sea la lesión de deberes

²³⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *InDret Penal* (2), 2012.

²³¹ ROBLES PLANAS (Ídem nota 229º), pág. 3.

jurídicos especiales en relación con la situación típica, así como, en general, más intenso sea el grado de negación del Ordenamiento Jurídico²³².

Expuestas estas consideraciones, debe evaluarse ahora cómo impactan en la responsabilidad de funcionarios penitenciarios. En cuanto a la *fundamentación de la intervención*, no caben dudas que en las constelaciones de casos que aquí se abordan, se presenta una concurrencia de personas que intervienen de forma generalmente vertical, ya que la conducta de los diversos intervinientes se inserta en niveles o esferas de actuación con relevancia diversa en el seno de una misma estructura organizada jerárquicamente.

De esta manera, el análisis debe enfocarse en el modo en que las conductas de los sujetos implicados incidió en la creación o aumento de un riesgo desaprobado en relación a los bienes jurídicos de los internos. Para este cometido, debe repararse en las competencias retenidas por el delegante (v.gr. Director del Servicio Penitenciario o el Jefe del Cuerpo Penitenciario) y las materialmente asumidas por el delegado (v.gr. celador o encargado de la guardia interna de una unidad o pabellón), para luego reflexionar sobre el valor de la omisión para el conjunto del hecho²³³, y así determinar concluyentemente si se trata de una intervención a título de autor o, en su caso, de partícipe.

En este entendimiento, si el inferior jerárquico (delegado), que oportunamente asumió la función de controlar determinados riesgos, contribuye -activa u omisivamente- a la lesión de un bien jurídico, necesariamente deberá ser reputado autor del delito en cuestión, ya sea bajo una modalidad activa o en comisión por omisión, toda vez que es quien registra el *dominio del tipo* o, dicho de otra manera, el control sobre la relevancia típica del riesgo²³⁴. En cuanto a la responsabilidad del delegante, considero que debe realizarse la siguiente distinción: si reservó para sí también la competencia-deber de evitar el resultado, deberá ser considerado autor en comisión por omisión, ya que compartiría con el delegado el control absoluto sobre la relevancia típica del riesgo como así también sobre el desamparo de la víctima. Por el contrario, si producto de la delegación se reserva sólo la competencia de vigilancia, y luego falla en su función de control y supervisión del

²³² ROBLES PLANAS (Ídem nota 229^o), pág. 8.

²³³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2007, pág. 74.

²³⁴ MIR PUIG (Ídem nota 81^o), págs. 314 y 315.

subordinado, no podría postularse una equivalencia o identidad material y normativa entre actuar y omitir²³⁵, pudiendo sólo ser reputado partícipe en comisión por omisión.

Cómo puede diáfananamente advertirse, en materia de responsabilidades omisivas de funcionarios penitenciarios no pueden establecerse conclusiones generales de forma anticipada, ya que en definitiva todo dependerá de cómo se haya estructurado el conglomerado de tareas tendientes a garantizar la seguridad de los internos en relación a todo riesgo que pudiera amenazarlos. Por lo tanto, la dogmática jurídico-penal sólo puede proveer reglas claras y precisas que permitan establecer juicios de imputación dentro de un marco de seguridad jurídica, atribuyendo a cada eslabón de estas complejas instituciones la responsabilidad que en definitiva les corresponde respecto del injusto típico.

²³⁵SILVA SÁNCHEZ y SUÁREZ GONZÁLEZ (Ídem nota 226º), pág. 19.

QUINTO CAPÍTULO

¿QUÉ TIPO DE RIESGOS SE ENCUENTRAN ABARCADOS POR EL DEBER POSITIVO DEL FUNCIONARIO PENITENCIARIO? UNA POSIBLE RESPUESTA A PARTIR DE LA ACEPTACIÓN DE INCUMBENCIAS EN DERECHO PENAL

A. ACLARACIONES PREVIAS.

En los capítulos anteriores se analizó cómo operaban, en relación con funcionarios penitenciarios, las distintas categorías de omisiones punibles; y, en particular, se efectuó un pormenorizado estudio de las posiciones de garante que ostentan los mismos, como así también los requisitos que deben concurrir para que respondan en comisión por omisión con relación al resultado típico, y en su caso, cual es el grado de intervención delictiva que corresponde atribuírsele.

Ahora bien, la pregunta que surge en este contexto, es la de qué riesgos se encuentran abarcados, tanto por los deberes positivos como negativos del funcionario penitenciario y que eventualmente deberá asumir. Particularmente, el propósito de este capítulo es indagar si la omisión de un acto concreto del haz de actividades y funciones que recaen sobre aquellos puede abarcar sólo riesgos dolosos, o si, por el contrario, también quedan incluidos aquellos susceptibles de ser catalogados como culposos.

Para ofrecer una respuesta, también aquí es interesante traer a colación la postura restrictiva adoptada por Silva Sánchez, la cual dará pie para introducir una propuesta basada en la aceptación de incumbencias en Derecho penal. Por supuesto, este análisis debe iniciarse a partir de una clara premisa: tal cómo se señaló anteriormente, sólo pueden responder en comisión por omisión aquellos funcionarios que hayan asumido el concreto compromiso de evitar que determinados riesgos se materialicen, y para ello, debe atenerse a la distribución funcional que operan en estas instituciones. Así, el autor español citado, en su trabajo “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, responde al interrogante aludido *ut supra* y señala que los compromisos materialmente asumidos por agentes que ejercen funciones de control del interno como fuente de peligro (cacheos, registros, requisas, etc.) expresan

inequívocamente la obligación, entre otras, de evitar fugas, impedir que de los internos se deriven agresiones dolosas, tanto para otros internos como para terceros²³⁶.

Nuevamente, esto debe ser analizado a la luz del carácter de “institución total” de las penitenciarías, donde el interno, a raíz de estos controles y registros, encuentra disminuida sus posibilidades de autoprotección, y su seguridad queda en manos de los funcionarios penitenciarios, que asumen el compromiso de su protección. Es decir, su seguridad y posibilidades de supervivencia, se encuentra a merced de la institución que lo absorbe e intencionalmente lo priva de cualquier posibilidad de defenderse. Esta expropiación de las posibilidades de autoprotección del interno, se traduce en el compromiso inequívoco de protegerlo.

Concluye el autor español que este compromiso previamente adoptado, el cual se traduce en actos inequívocos de control, solamente se limita a situaciones de *agresiones dolosas*. Solo en este tipo de situaciones encuentra el autor una equiparación estructural entre actuar y omitir en el plano normativo, por cuanto estos serían los únicos riesgos que ingresarían dentro de su competencia jurídico-pública²³⁷. No obstante, Silva Sánchez admite que los internos también pueden ser víctimas de hechos accidentales o derivados de un actuar negligente o imprudentes, preguntándose si en estos casos el funcionario penitenciario debe responder en comisión por omisión. Según la postura que el citado autor sostiene, ello no sería posible, ya que los actos inequívocos constitutivos del compromiso del funcionario penitenciario se enmarcan sólo en un contexto de impedir hechos dolosos.

En este sentido, y en relación a la evitación de consecuencias derivadas de hechos culposos, al funcionario penitenciario le correspondería el deber jurídico de asistencia en razón de la relación de dependencia que el interno mantiene con aquel. Pero, asegura el autor, esto no sería suficiente para postular una identidad estructural en el plano normativo entre la no evitación y la creación activa del riesgo. Continúa señalando que los actos inequívocos de las autoridades penitenciarias inciden sustancialmente en el desamparo del interno respecto a agresiones dolosas, porque podría hablarse de la adopción de un compromiso como barrera de contención de riesgos. Pero, frente a hechos culposos, la

²³⁶ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 206ª), pág. 109.

²³⁷ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 206ª), pág. 111.

posición jurídico-pública de deber y la especial dependencia del interno pueden dar lugar, en caso de fallar en el deber de evitación, a una omisión pura agravada²³⁸.

Sin embargo, considero que no asiste razón al autor español en este punto. En primer lugar, al analizar la labor de los integrantes de la administración penitenciaria sólo en relación con los daños que puedan derivarse de los internos, tanto a otro recluso como hacia terceros, limita su análisis solo a la función de garante en su modalidad de *control* y soslayan su incuestionable posición de garante de protección de los internos, tanto de su integridad psicofísica como así también de otros bienes jurídicos. Es decir, estos riesgos también estarían abarcados por el deber positivo del funcionario, que por su particular posición institucional debe velar por la seguridad de quien se encuentra sometido al poder estatal. Entonces, el problema de la posición del mencionado autor está en que la asunción material llevada a cabo por los funcionarios no implicaría una asunción efectiva de una protección también respecto de actos imprudentes de terceros.

En segundo lugar, encuentro desacertado excluir *materialmente* de la responsabilidad por comisión por omisión de procesos lesivos imprudentes que puedan sufrir los bienes jurídicos de titularidad de los internos o las provocadas a terceros por estos. Recuérdese que se está en presencia de personas que tienen disminuidas sus posibilidades de autoprotección, lo que debe ser compensado a través de prestaciones estatales positivas. En este marco, entonces, una responsabilidad fuerte por comisión por omisión parecería estar justificada.

Para solucionar este problema, estimo que en este punto puede resultar útil recurrir a la noción de “incumbencias” (*Obliegenheiten*) en Derecho penal. En lo sucesivo, se realizará un breve análisis de todas las connotaciones que se han atribuido a este término, explicando cuál es, a criterio del autor, la correcta. Ulteriormente, se explicará cómo puede esta noción contribuir a solucionar ciertas constelaciones de casos que pueden presentarse en los particulares fenotipos de las instituciones penitenciarias.

B. SOBRE LA NOCIÓN DE INCUMBENCIAS.

Las incumbencias (*Obliegenheiten*), como dispositivo dogmático inserto dentro del Derecho penal, no ha merecido la misma dedicación académica que otros institutos

²³⁸ SILVA SÁNCHEZ (Ídem nota 206^o), pág. 112.

característicos de esta rama jurídica. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que existan diferentes abordajes en torno a la noción de incumbencias, consecuencia esto del uso inflacionario que se le ha asignado a este término. A continuación, se describirán alguna de las concepciones que se han esbozado al respecto, para luego especificar la tesis que a criterio del autor resulta correcta.

En el recorrido de las distintas conceptualizaciones que se han esbozado, es preciso comenzar con los innegables influjos que el Derecho privado, principalmente las vertientes originadas desde el Derecho civil, han impactado en el marco de las ciencias penales. En este punto, Montiel refiere que en las últimas décadas pueden apreciarse en la ciencia jurídico-penal claras señales que indican que viene ganando importancia la privatización del Derecho penal²³⁹. Para ilustrar esta afirmación, alude a la revalorización de la víctima en Derecho penal²⁴⁰, y en el consecuente reconocimiento de la reparación como del daño como modalidad de resolución del conflicto penal. De igual manera, el desembarco del Derecho penal económico trajo consigo criterios de imputación del Derecho privado²⁴¹.

Con relación al origen iusprivatista de esta noción, es insoslayable referirse a como ha sido utilizada la misma en el Derecho de seguros. En esta particular rama jurídica, se acude a las incumbencias como entidades deónticas que deben ser observadas o seguidas especialmente por quien contrata una determinada cobertura (asegurado) para luego poder reclamar válidamente la prestación de la aseguradora. Montiel propone el siguiente ejemplo para ilustrar esta concepción: sobre el asegurado recae la *Obliegenheit* de informar a la aseguradora toda circunstancia susceptible de aumentar el estado de riesgo sobre la cosa asegurada, so perjuicio de perder la posibilidad de demandar la suma asegurada²⁴².

Del Derecho de seguros surge también la denominada “teoría del presupuesto”, según la cual el cumplimiento de la *Obliegenheit* funcionaría como un presupuesto objetivo para mantener ciertas prerrogativas²⁴³. Por ello, su infracción acarrearía la liberación de la

²³⁹ MONTIEL, Juan Pablo, “Sobre la relevancia de la distinción entre incumbencias y deberes en la dogmática jurídico-penal. A su vez, reflexiones a propósito del *Vorverschulden*”, EN SILVA SÁNCHEZ (ed.) *Estudios y debates en Derecho penal*, t. XIII, B de F, 2017, págs. 3-40. En sentido similar, BERMEJO, Mateo Germán, “La observación del Criminal Compliance desde el enfoque de las *Obliegenheiten*”, EN SILVA SÁNCHEZ (ed.) *Estudios y debates en Derecho penal*, t. XIII, B de F, 2017, págs. 61-86.

²⁴⁰ Esto también puede verse dentro del derecho positivo argentino mediante la reciente sanción de la ley 27372, conocida como Ley de Derechos y Garantías de las Personas víctimas de delitos.

²⁴¹ MONTIEL (ídem nota 239ª), pág. 4

²⁴² MONTIEL, Juan Pablo, “Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal”, en *InDret* (4), 2014, pág. 6.

²⁴³ MONTIEL (ídem nota 242ª), pág. 9.

aseguradora de cumplir con la prestación a su cargo. Si se traslada esta conceptualización al campo del Derecho penal, la lesión de una *Obliegenheit* no sería interpretada como lesión de un mandato o de una prohibición, sino como caducidad de una posibilidad de defensa.

Dentro del uso inflacionario asignado a esta noción, debe hacerse referencia a los aportes teóricos elaborados por Jakobs. A este respecto, Montiel señala que para el profesor alemán las incumbencias cobran relevancias en ámbitos diversos entre sí, como la tentativa, la participación, la responsabilidad por el resultado y la fundamentación de medidas de aseguramiento para delincuentes imputables considerados peligrosos. Así, Jakobs interpreta la tentativa como una “lesión de deber” (*Pflichtverletzung*), la cual va acompañada de la infracción de una *Obliegenheit*. De acuerdo al razonamiento, el autor de una tentativa se colocaría en una situación en la cual debe responder por el resultado, sin poder ejercer ya ningún tipo de influencia sobre él.

Por consiguiente, y enmarcados en este planteamiento, la sola lesión de un deber no podría fundamentar un castigo por la consumación del delito basado en la culpabilidad -por cuanto se imputaría al sujeto un resultado en que cual ya no tiene incidencia-. Este predicamento es solucionado por Jakobs de la siguiente manera: quien expresa un defecto de voluntad no puede distanciarse de la objetivación del defecto, esto es, de la materialización del resultado.

Jakobs también recurre a esta noción de “lesión de *Obliegenheiten*” en su explicación sobre participación en fase de preparación para delimitar los casos abarcados por la prohibición de regreso. Parte de la base de que un acto de complicidad en fase preparatoria no representa, en sí mismo, una conducta injusta. Sin embargo, un aporte contrario a la *Obliegenheit*, realizado antes del comienzo de la ejecución del delito no es neutral ni inocuo, mutando hasta transformarse en una “caracterización” del delito posterior. Con la infracción de esta *Obliegenheit* el cómplice se coloca en una situación en la que el castigo ulterior no puede impedirse por el sólo hecho de que el delito haya sido cometido por la “mano de un tercero”. Más bien, el partícipe debe hacerse cargo por haberse colocado en una situación en la que el delito cometido posteriormente por un tercero puede serle imputable también a él.

Por último, Montiel refiere, en el artículo citado, que Jakobs también alude a la noción de incumbencias en ámbitos ajenos a la imputación objetiva. Así, refiere a la

Obliegenheit de una *autorepresentación* no amenazante (*Obliegenheit zu einer nicht bedrohlichen Selbstdarstellung*) en el contexto de fundamentación de las medidas de seguridad para imputables peligrosos. Existiría aquí, según el autor alemán, una regla de conducta que indicaría que a todo ciudadano fiel a Derecho le incumbe “*conducir la vida de un modo adecuado*”, para que a partir de ello sea factible mantener la presunción de que en el futuro observará comportamientos adecuados a la ley²⁴⁴.

Se recurre también a la noción de incumbencias para fundamentar, desde un punto de vista normativo, criterios de imputación en casos donde la propia víctima de alguna manera realizó un aporte para que el hecho se produjese. En estas constelaciones de casos, se acude a la noción de *Obliegenheit* para fundamentar porque no correspondería aplicar un castigo al autor. De esta manera, representarían reglas de conducta impuestas a la víctima que correrían paralelamente a los deberes (positivos o negativos) primarios de los potenciales autores²⁴⁵.

De hecho, Montiel señala cuál es, a su criterio, la significación que correspondería atribuir a esta noción. La misma se encontraría vinculada al tópico generalmente denominado “competencia de la víctima”, es decir, se erigiría como un criterio para abordar juicios de imputación en contextos en los cuales la propia víctima dio lugar al hecho en cuestión. Así las cosas, describe el autor, se manifiestan aquí la falta de claridad de los criterios empleados por la doctrina para introducir la noción de *Obliegenheit* para explicar desde un punto de vista normativo porqué puede excluirse en estos casos la aplicación de un castigo. De esta manera, las *Obliegenheiten* representarían reglas de conducta impuestas a la víctima que correrían paralelamente a los deberes (positivos o negativos) primarios de los potenciales²⁴⁶.

Por consiguiente, se configurarían reglas que prescriben a las víctimas adoptar medidas de autoprotección, tendientes a la evitación o reducción de riesgos y en concreto. La omisión de estas medidas de autoprotección no constituye en sí misma un injusto susceptible de ser sancionado con una pena, pero sí justificaría que la víctima no tenga más remedio que tolerar un perjuicio, perdiendo también la prerrogativa de exigir la aplicación de un castigo al autor del daño o de la puesta en peligro de su bien jurídico.

²⁴⁴ MONTIEL (ídem nota 242^o), pág. 7.

²⁴⁵ MONTIEL (ídem nota 242^o), pág. 7.

²⁴⁶ MONTIEL (ídem nota 242^o), pág. 8.

En oportunidad de consignar sus reflexiones finales al respecto, Montiel expone que efectivamente las *Obliegenheiten* existen en Derecho penal, y su función es delimitar el campo de actuación de la víctima de cara a la tutela judicial de sus derechos, de manera tal que el cumplimiento de las *Obliegenheiten* de autoprotección constituye un presupuesto para el mantenimiento de la pretensión punitiva de la víctima frente al principal competente por el daño²⁴⁷.

Córdoba también ha formulado un aporte al respecto, contextualizándolo dentro de los contornos de los deberes de evitar conductas que generen riesgos que superen los límites de lo permitido. Así, señala que “riesgo permitido” significa que hay una regla social que permite actuar a pesar del riesgo de que se produzca el resultado. Visto desde la perspectiva del destinatario de la regla, significa que el autor no tiene el deber de evitar el comportamiento riesgoso. *A contrario sensu*, “riesgo no permitido” refiere que hay una regla que no permite actuar en atención al riesgo de que se produzca el resultado, es decir, que el autor tiene el deber de evitar ese comportamiento en razón de ese riesgo²⁴⁸.

Agrega que la reformulación del riesgo permitido en deberes de evitar hace más fácil comprender la relación entre el riesgo permitido y el deber de cuidado de adquirir conocimiento que caracteriza también a la imprudencia. El deber de evitar un comportamiento exige la aplicación de los medios necesarios para evitar ese comportamiento, y uno de esos medios es la adquisición de conocimiento, resaltando que aquí la *Obliegenheit* –es decir, el deber de procurarse conocimiento- no funciona como un deber jurídico. Por el contrario, se trataría de una “carga”, de un deber estatuido en el propio interés de la persona a la que obliga, un deber para consigo mismo.

Pawlik también conceptualiza las incumbencias en torno a la noción de “carga”, aunque con un alcance distinto. Para el autor, rige un concepto unitario de ilícito y, por tanto, sólo existe un deber relevante desde el punto de vista penal: omitir comportamientos contrarios a su competencia²⁴⁹. Consecuentemente, hay una sola pregunta relevante en orden a verificar si es posible formular un juicio de imputación: “¿lesionó el ciudadano individual ese deber de manera imputable?”. Por lo tanto, una conducta contraria a los deberes de comportamiento derivadas de las normas de competencia sólo puede ser imputable si un

²⁴⁷ MONTIEL (Ídem nota 242^o), pág. 21.

²⁴⁸ CÓRDOBA, Fernando, “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, EN *InDret*, 3/15, pág. 8.

²⁴⁹ PAWLIK, Michael, “La lesión del deber ciudadano de cooperación”, en *Ciudadanía y Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2016, Pág. 133 y siguientes.

sujeto no cumple con la norma de comportamiento, siempre que hubiese podido cumplirla si aplicaba el esfuerzo que la comunidad jurídica esperaba de él²⁵⁰. Ese esfuerzo es lo que el autor denomina “carga” o “incumbencia”.

También existen autores que encuentran relación entre las incumbencias y los deberes de cuidado. Recientemente, en una destacada columna, Valiente Ivañez defendió la tesis de que ambas cumplen idéntica función, a saber, proveer un parámetro desde el que examinar la responsabilidad de un sujeto por su incapacidad de evitación actual de la realización de un tipo de delito²⁵¹. Así, destaca que, si bien la infracción de esa clase de deberes puede servir como indicador de que el sujeto no ha cumplido con la medida de cuidado exigible para la situación en la que se encuentra, no puede ofrecer una razón concluyente que opere como único criterio relevante para la imputación. La razón es simple: la infracción de tales deberes no compromete de manera decisiva las capacidades del sujeto para, llegado el caso, evitar la concreta realización típica. Por el contrario, el cumplimiento de un deber específico sí es indicador de que el sujeto ha actuado conforme al cuidado exigible a los efectos de excluir la imputación jurídico-penal por imprudencia²⁵². Como consecuencia de ello, si el riesgo permitido opera como criterio objetivo de exclusión de la imputación por imprudencia, entonces la imputación por imprudencia en ámbitos más o menos regulados presupone, al menos (es decir, como condición necesaria), la infracción de una norma o deber específico regulador de esos ámbitos.

Asimismo, Valiente Ivañez refiere que, a partir de lo señalado, puede colegirse que, si el riesgo permitido opera como criterio objetivo de exclusión de la imputación por imprudencia, entonces la imputación por imprudencia en ámbitos más o menos regulados presupone, al menos (es decir, como condición necesaria), la infracción de una norma o deber específico regulador de esos ámbitos.

Luego de haber puesto de relieve el uso inflacionario que generalmente se le atribuye a la noción de “incumbencias” (*Obliegenheiten*), me ocuparé en lo sucesivo de la tesis que considero correcta. En este sentido, y en coincidencia con Hruscka y Sánchez Ostiz, estimo

²⁵⁰ Cabe recordar que para Pawlik resulta determinante prestar atención a la relación entre dos personas de derecho, responsables por un determinado haz de deberes de velar por los intereses de otros.

²⁵¹ VALIENTE IVAÑEZ, Vicente, “Deberes de cuidado e incumbencias. Notas sobre la cláusula normativa inherente a la responsabilidad por imprudencia” EN *Enfoques Penales*, Abril (2019), pág. 2.

²⁵² En sentido similar, MAÑALICH, Juan Pablo, “La imprudencia como estructura de imputación”, EN *Revista de Ciencias Penales*, 3 (2015), pág. 21.

que es el ámbito de la imputación extraordinaria donde las incumbencias se encuentran mejor contenidas y pueden desarrollar todo su potencial para resolver complejos juicios de imputación que pueden verificarse en algunas constelaciones de casos.

C. REFERENCIA A LA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN Y SUS APORTES

Previo a enfocarse plenamente en la operatividad de las incumbencias dentro del ámbito de la imputación extraordinaria²⁵³, considero que deben efectuarse breves –pero necesarias- consideraciones en torno a las aportaciones que la doctrina de la imputación ha realizado a lo largo del tiempo. Para comenzar con este análisis, es preciso distinguir entre *reglas de conducta* y *reglas de imputación*.

Las primeras están compuestas por un sistema de prohibiciones, prescripciones, eximentes y permisiones²⁵⁴. Estas reglas tienen, a su vez, una doble dimensión. En su dimensión “prospectiva” definen qué acciones del respectivo sistema de reglas hay que entender como prescriptas y prohibidas. Los destinatarios de este tipo de normas son los ciudadanos sometidos a ellas y le otorgan al destinatario pautas de comportamiento en función de la configuración de sus acciones futuras, puesto que no son meras descripciones sino, por el contrario, mensajes normativos²⁵⁵. También cumplen una función “retrospectiva” (*applicatio legis ad factum*) y así las respectivas prohibiciones, mandatos y excepciones (de las prescripciones y mandatos) se encuentran asociados respectivamente, en esta dimensión, a los correspondientes tipos comisivos, tipos omisivos, tipos eximentes y tipos de justificación. El destinatario de esta clase de normas es el juez. Las normas de conducta en esta dimensión sirven como parámetro de medición de lo actuado por el sujeto.

También existen, como se anticipó, *reglas de imputación* (*Zurechnungsregeln*), las cuales lógicamente presuponen la existencia de reglas de conducta dirigidas al destinatario, para que este las perciba como tales (función prospectiva)²⁵⁶. A todo modelo normativo subyace un modelo de imputación, de manera tal que además de proporcionar parámetros de conducta, provee también criterios de atribución de responsabilidad para el caso de

²⁵³ La imputación extraordinaria es aquella que opera en supuestos donde un defecto en el sujeto impide la procedencia de la imputación ordinaria pero, sin embargo, si se comprueba que el sujeto es responsable del defecto en cuestión, el juicio de imputación se restablece.

²⁵⁴ HRUSCHA, Joachim, *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Buenos Aires, B de F, 2008, pág. 5.

²⁵⁵ CORDINI, Nicolás, “La teoría de la imputación en Hruschka y sus implicancias en la teoría del delito”, en Papeles del Centro de Investigaciones, año 3, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2013, pág. 8.

²⁵⁶ CORDINI (ídem nota 255^a), pág. 9.

infracciones a las reglas de conducta²⁵⁷. Se trata, en definitiva, de ***attribuir un hecho a un sujeto determinado, como artífice del mismo***.

Los hechos se imputan a las personas como propios desde aún antes de que la ley de la causalidad fuese desarrollada, ya que la misma no era necesaria para valorar el mérito o demérito de una conducta determinada, es decir, si dicha conducta debe ser recompensada o, por el contrario, si debe ser objeto de reproche²⁵⁸.

Históricamente, la doctrina de la imputación ha realizado numerosas aportaciones, no sólo en el plano de la dogmática jurídico-penal, sino también dentro del terreno de la filosofía. De hecho, el análisis racional de muchos filósofos (Aristóteles, Kelsen, Kant, Hegel, Pufendorf, Wolff, entre otros) a lo largo de la historia, posibilitaron ir desentrañando y comprendiendo las múltiples aristas que presenta el estudio de la imputación. Un estudio de este desarrollo teórico-histórico merecería toda una investigación abocada a ello. Siguiendo a Sánchez Ostiz, este trabajo se concentrará en lo que él considera sus tres logros básicos: la calificación de la conducta como *humana* en virtud de tener su *origen* en el agente; la diferenciación de dos niveles de imputación; y la distinción entre objeto y reglas de imputación. Luego, se explicará de qué manera estos lineamientos teóricos pueden impactar en el contexto de instituciones penitenciarias.

C.1. El aspecto humano de la doctrina de la imputación. El agente como origen del hecho.

¿Basta la sola aparición de un hecho en el plano fáctico, o la causación de un efecto para posibilitar la imputación? Brindar una respuesta afirmativa implicaría aceptar una responsabilidad objetiva limitada a la constatación de elementos causales. Este modo de razonamiento fue superado gracias a los aportes de la filosofía moral. En este sentido, cobra especial relevancia la noción de *libertad*, concepto a partir del cual puede determinarse si una persona *ha dado origen a un efecto*²⁵⁹.

²⁵⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad en Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, Atelier, 2014, pág. 28.

²⁵⁸ En sentido similar, CORDINI, Nicolás Santiago, "El renacer de las teorías de la imputación en la dogmática jurídico-penal" EN *Revista Derecho Penal y Criminología*, volumen XXXV, número 100 (enero-junio de 2015), págs. 89-123

²⁵⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Buenos Aires, B de F, 2008, págs. 20-25.

Para imputar una conducta a un sujeto determinado, se precisa una libertad “originante”, a la cual se denomina “*causa libera*”. Esto es lo que rompe con los parámetros causalistas: afirmar que una causa da origen a un efecto carecería de sentido si no fuera porque dicha causa se toma, no como una más, sino como una que tiene un sentido diverso. Detectar ese sentido es lo que permite la imputación, y esto es así, ya que la libertad del artífice es lo que posibilita afirmar que el proceso en el que se encuentra inmerso es un hecho²⁶⁰.

Esta forma de razonamiento ya se vislumbraba en la obra de Kant: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio en virtud del cual alguien es considerado como artífice (*causa libera*) de una acción, que a partir de entonces se denomina *hecho (factum)* y se somete a las leyes²⁶¹. Entonces, Kant enfatiza en la autonomía del sujeto, es decir, en la libertad entendida como capacidad de la razón de ser puesta en práctica para sí misma. De todos modos, la idea de libertad como origen -como así también la expresión *causa libera*- también se encuentra en la doctrina elaborada por autores como Pufendorf y Wolff, entre otros. Lo verdaderamente relevante es que la imputación se encuentra asociada a un sujeto al cual se considera origen del evento, de manera tal que, en rigor, la imputación es la identificación de ese origen. Esto sólo resulta posible a partir de la *libertad* del agente, que permite situar el origen en aquel, superando vestigios causalistas.

No sólo en la obra de filósofos subyace la idea de libertad del artífice como origen, sino que esto también fue recogido por juristas que formularon importantes aportes a la doctrina de la imputación. Hruscka, refiere que la imputación es un juicio que los sujetos emiten, atribuyen. No se contempla la acción imputada como un eslabón de una cadena causal sino como un nuevo comienzo. a partir de la imputación de sucesos físicos se puede *comprender (verstehen) o comprender mal (missverstehen)* la acción de un sujeto. Siempre que se contemple una acción o la omisión de una acción (específica), dicha acción que percibimos es el producto de una imputación formulada por nosotros. Mediante la imputación de acciones, los individuos se reconocen como libres. No hay en ello ficción

²⁶⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ (ídem nota 257^o), pág. 29.

²⁶¹ KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797-98, 1903, AA, VI, pág. 227, citado por SÁNCHEZ-OSTIZ (ídem nota 257^o), pág. 29.

alguna. La aceptación de tal libertad es una condición de posibilidad de la racionalidad que aceptamos para otros y nosotros mismos²⁶².

Hardwig, por su parte, considera a la teoría general de la imputación como una compleja relación de carácter cerrado que debe comprender la totalidad del sistema jurídico-penal, constituyéndose en el núcleo del mismo. Su teoría de la imputación, proyectada en la teoría del delito, alcanza hasta la categoría de la culpabilidad y la misma es idónea para toda manifestación delictiva, sean los delitos resultado o de mera actividad, dolosos o imprudentes, de comisión o de omisión. Rechaza el dogma causal como fundamento para la atribución de resultado. Por el contrario, de acuerdo con su punto de vista, el fundamento de la atribución está ligado a una conducta infractora de un deber²⁶³.

Para este autor, la norma de valoración²⁶⁴ no prescribe: tú no debes causar la muerte de una persona, sino: debes evitar causar la muerte de una persona, siempre que resulte posible. El efecto jurídico considerado como antijurídico, es tan solo un suceso fáctico que es relativo al Derecho y que, por tanto, es valorado de manera negativa. El Derecho prohíbe u ordena determinados modos de comportamiento humano; pero al hombre solo se le puede ordenar o prohibir aquello sobre lo cual puede ejercer influencia. La norma presupone que puede ser cumplida, lo que implica que precisa la libertad del hombre, o dicho de otra manera, el Derecho sólo puede ordenar o prohibir conductas que dependan del poder y voluntad del hombre²⁶⁵.

C.2. “Hecho” y “reproche” como dos estadios de la imputación.

Hay razones lingüísticas, y de sentido, para distinguir entre “acción” y “hecho”. La primera refiere al proceso en el cual un sujeto se ve inmerso y que se va a imputar; mientras que “hecho” alude a una acción (u omisión) ya imputada²⁶⁶. Entonces, mediante el juicio de imputación se atribuyen acciones a su artífice, no sólo como propias, sino también como

²⁶² HRUSCHKA, Joachim, “Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. MANFRED BRUGSTALLER, ALBIN ESER, HANS JOACHIM HIRSCH, GÜNTHER JAKOBS, HANS-HEINRICH JESCHECK et al. (comps). Berlin-New York: Walter de Gruyter, 110. Band, 1998, pág. 585, citado por CORDINI (Ídem nota 258º), pág. 99.

²⁶³ HARDWIG, Werner, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Auflage, Hamburg: Gruyter & Co, 1957, págs. 165-167, citado por CORDINI (Ídem nota 258º), pág. 96.

²⁶⁴ Según Hardwig, el Derecho es, a su vez, norma de valoración y norma de determinación, resultando la primera siempre previa a la segunda.

²⁶⁵ CORDINI (Ídem nota 258º), pág. 97.

²⁶⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ (Ídem nota 257º), pág. 19.

reprochables, meritorias, o simplemente como debidas. Luego de esta atribución, la acción comienza a denominarse *hecho*, lo que equivale a decir que puede detectarse el origen de un efecto en el sujeto, como así también que lo realizado adquiere un sentido determinado en función de reglas²⁶⁷.

De esta manera, se vislumbran diáfananamente los dos objetos que ostenta el juicio de imputación: primero, se considera un proceso determinado como un *hecho* -lo que implica definir que un sujeto es artífice -y origen- del mismo-. Además, mediante el juicio de imputación se otorga un título a la vinculación existente entre la acción y el sujeto que con su libertad “originante” permitió que se desarrollara ese proceso en el que se encontró inmerso. En este orden de ideas, la atribución al sujeto a título de mérito o demérito sólo es posible si de forma previa tuvo lugar una comparación del hecho con las reglas de conducta aplicables²⁶⁸.

Ahora bien, estas clases de juicios se conocen con las siguientes referencias: *imputatio facti* -o imputación de primer nivel-, que alude al juicio de adscripción por el cual un suceso, es decir, un proceso entendido como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, es considerado como “hecho” (*Tat*) y el sujeto actuante u omitente como su artífice (*Urheber*)²⁶⁹. Por otra parte, encontramos también la *imputatio juris* -imputación de segundo nivel-, es decir, el juicio sobre el merecimiento del hecho, comprendiendo méritos y deméritos. Si se emite este juicio es porque tuvo lugar la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho²⁷⁰. Dentro del terreno del Derecho penal, nos encontramos principalmente con juicios sobre un demérito, también denominado “juicio sobre la culpabilidad del autor”, lo que implica la aplicación de reglas de comportamiento al hecho, con la consecuencia específica de que el mismo sea antijurídico²⁷¹.

También en este punto juega un papel preponderante la noción de *libertad*, ya que en la imputación de hechos antijurídicos, dentro del plano de la culpabilidad, la *imputatio juris* equivale a sostener que *el autor obró con conocimiento de la antijuricidad de su hecho, por*

²⁶⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ (Ídem nota 257^o), pág. 30.

²⁶⁸ Si se trata de un hecho que la regla prescribe como debido, no se puede imputar a título de mérito o demérito, ya que en estos casos se aprecia una diferencia entre el hecho y la regla.

²⁶⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ (Ídem nota 259^o), pág. 72-74.

²⁷⁰ HRUSCHKA (Ídem nota 254^o), pág. 21.

²⁷¹ HRUSCHKA (Ídem nota 254^o), pág. 21.

*una parte, tuvo motivo para omitir la acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber*²⁷².

Entre las imputaciones de primer y segundo nivel intermedia una nueva operación, conocida como *applicatio legis ad factum* -aplicación de la ley al hecho-, por medio de la cual se procede a una valoración de la conducta del sujeto en relación con la regla de conducta que funciona como baremo de medición. En este sentido, juzgar si el hecho imputado -en el primer nivel- es antijurídico no es ningún juicio de imputación sino expresión de que el hecho no concuerda con el sistema vigente de reglas de comportamiento²⁷³. En términos más simples, el juez o sujeto imputante, retrospectivamente, analiza si el agente adecuó (o no) su conducta a lo prescrito por la norma. Si así fuese, la operación concluiría en un simple hecho ajustado a lo debido.

C.3. Sobre la necesidad de distinguir entre *objeto* y *reglas* de imputación.

Para comprender cabalmente la importancia de la doctrina de la imputación, es preciso distinguir claramente entre el objeto de la misma y las reglas que la rigen. El primero está constituido por el “hecho” y el título con arreglo al cual se atribuye a su artífice, esto es, como meritorio o, en su caso, susceptible de demérito. El “hecho” se considera del agente, se le atribuye -imputa- a él, pero además se mide -valora- conforme a las reglas de conducta.

Como bien señala Sánchez Ostiz, las reglas de conducta definen cuáles son las acciones, prohibidas, prescritas o permitidas, aportando al destinatario de las mismas pautas de comportamiento en la *prospectiva*, es decir, le brinda herramientas para la configuración de sus acciones futuras. A su turno, estas reglas ofrecen al sujeto que efectúa la imputación un baremo para abordar en la *retrospectiva* con el objeto de imputación, es decir, para atribuir responsabilidad en virtud de algo ya realizado²⁷⁴. En esta dimensión, las respectivas prohibiciones, mandatos -y sus correspondientes excepciones se encuentran asociadas a los tipos comisivos, tipos omisivos, tipos eximentes y tipos de justificación. Por supuesto, en la

²⁷² HRUSCHKA (Ídem nota 254^o), pág. 22.

²⁷³ HRUSCHKA, Joachim, “Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias” EN *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a. época, n^o 5, 2000, pág. 210.

²⁷⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ (Ídem nota 257^o), pág. 32.

dimensión retrospectiva, las reglas de conducta están destinadas al juez²⁷⁵. Estas dimensiones (prospectiva y retrospectiva) son las dos caras que presentan las reglas de conducta, y no pueden ser pensadas la una sin la otra.

En el desarrollo de nuestras relaciones sociales, además de las reglas de conducta, encontramos también normas o reglas de imputación, que operan de acuerdo a su propia lógica, pero requieren necesariamente de las primeras. En este punto, cobra relevancia la obra de Hruscka, quien postula que no es el aspecto final lo verdaderamente relevante de una acción humana, sino que la misma sea verdaderamente *libre*, entendiendo que la libertad es la independencia de un proceso -de una acción- respecto de la suma de condiciones iniciales precedentes, esto es, la independencia del que actúa respecto de los impulsos que lo determinan²⁷⁶. No se imputa una acción como parte de un conglomerado causal, sino como un nuevo comienzo. Por medio del juicio de imputación se puede afirmar que lo obrado se trata de un “hecho”, lo que equivale a decir que el agente no sólo es originante de la acción, sino también un ser racional que se rige por pautas.

Destinatario de estas reglas siempre es el juez -sujeto imputante-, y lógicamente, solo operan dentro de la dimensión retrospectiva. Como se anticipara, por medio de los juicios de imputación, los sucesos o procesos fácticos pasan a denominarse “hechos”, pudiendo ser atribuidos a su destinatario como reprochables, meritorios, o simplemente como debidos. Asimismo, estas reglas tienen su propia modalidad de proyección dentro de la teoría de la imputación, y ello es a través de los distintos niveles examinados en el punto E.2.II.

D. IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA E INCUMBENCIAS.

Luego de este excursus donde se abordaron los grandes aportes de la doctrina de la imputación, corresponde ahora ocuparse de la relación entre incumbencias e imputación extraordinaria, para luego indagar cual puede ser la aplicación práctica de estos postulados dogmáticos dentro del contexto delineado por instituciones penitenciarias.

Primeramente, conviene recordar qué se pretende significar cuando se alude a la noción de *imputación extraordinaria*. Recién se explicaron cuáles son, y como operan, los

²⁷⁵ La función retrospectiva de las reglas de conducta coincidiría con la operación *applicatio legis ad factum*.

²⁷⁶ HRUSCHKA (Ídem nota 273^o), pág. 191.

dos niveles de imputación: *imputatio facti* e *imputatio iuris*. Además de estos dos niveles, existen también dos modalidades de imputación: la ordinaria y la extraordinaria.

En la primera de ellas, refiere a la posibilidad de unir o enlazar dos términos en razón de que uno es consecuencia lógica del otro, por ello, es el resultado de aplicar reglas consecutivas²⁷⁷. Esto sólo es posible si el *hecho* que se imputa encuentra su origen en una *causa libera*²⁷⁸. De otra manera, no sería posible sostener que el agente es artífice del mismo, ya que no existiría la *libertad originante* exigida.

La imputación extraordinaria, por su parte, transita por otro carril teórico. Esta modalidad cobra relevancia en aquellos supuestos donde no resulta posible mantener un juicio de imputación ordinaria por cuanto esta se interrumpe por ausencia de sus reglas generales (v.gr. el agente no conocía el contenido concreto de la norma -*ignorantia iuris*- o bien porque no pudo cumplirla). Es decir, existe un defecto en el agente que imposibilita, en principio, mantener una imputación ordinaria. En estos casos, puede restablecerse la imputación siempre que pueda hacerse responsable al sujeto del defecto en cuestión. Esta es el núcleo central de la noción de imputación extraordinaria.

A diferencia de lo que sucede en la imputación ordinaria, aquí se aplican reglas adversativas que permiten imputar aun cuando no estén presentes los elementos que hacen posible la imputación directa. En estos casos, se reprocha el hecho al agente no en razón de la infracción de un deber (*Pflicht*), sino porque el sujeto obra en contra de lo que le incumbía, y por tanto, dicho defecto de imputación es intolerable. Esta operación resulta posible gracias a la noción de *libertad* que se explicara *ut supra*: para postular que el agente es responsable de su defecto de imputación, el sujeto imputante debe remontarse a la *actio praecedens*, es decir, donde se ejecuta u omite la conducta que origina el defecto en cuestión. Si ese momento se advierte que el motivo originante fue libre, el agente no podrá ampararse en ese defecto para evitar un juicio de imputación mediante el cual se le efectúe un reproche.

No obstante, lo manifestado no debe conducir a pensar que la lesión de incumbencia en el *actio praecedens* es el objeto de la imputación. En rigor, el incumplimiento de lo que le incumbía es el fundamento de la misma, justificando el hacer responsable de manera

²⁷⁷ CORDINI (ídem nota 255º), pág. 13.

²⁷⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ (ídem nota 259º), pág. 35.

excepcional al autor por su conducta típica, aunque en la fase de ejecución lo haya perpetrado en una situación de incapacidad de acción²⁷⁹.

A continuación, se brindarán una serie de conceptos e ideas que permitirán comprender mejor como opera la noción de incumbencia dentro del ámbito de la imputación extraordinaria.

D.1. Incumbencias como imperativos.

Los imperativos son proposiciones que expresan un mensaje obligante, una expresión que pretende influir en su destinatario en términos de constricción; son principios objetivos de conducta. Es común recurrir, en este punto, a la obra de Kant, ya que fue quien les asignó un concreto significado que ha pasado a la teorización de la Moral, la Ética y el Derecho²⁸⁰. Existen dos clases de imperativos: hipotéticos y categóricos. La pregunta que se impone, entonces, es qué clase de imperativo son las incumbencias.

Son imperativos hipotéticos aquellos que presentan la necesidad de la acción como medio para conseguir otra cosa. Por su parte, son imperativos categóricos aquellos que presentan una acción por sí misma y no como medio para conseguir algo diverso. Las normas de conducta expresan un mensaje que se hace operativo por obra del destinatario, quien no solo es receptor del mensaje, sino que contribuye a concretarlo²⁸¹. Entonces, el destinatario es un co-configurador de la norma.

Dentro de este marco, las incumbencias se presentan en un doble sentido: a) en un primer momento se observan las incumbencias *de conocer*, referidas tanto a la norma como a los datos fácticos (por ejemplo, la norma sería “está prohibido lesionar a otro”, mientras que los datos fácticos serían “si manejo un instrumento peligroso, creo un verdadero riesgo de lesionar a otro”). Pero, ¿basta con conocer el contenido de la norma para que su destinatario pueda contribuir a su operatividad? La respuesta debe ser necesariamente

²⁷⁹ NEUMANN, Ulfrid, “Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung *“Goltdammer’s Archiv für Strafrecht.* Paul-Günter Pötz (comp.). Heidelberg, R. (1985), v. Decker’s Verlag, pág. 392, citado por CORDINI (Ídem nota 258^o), pág. 101.

²⁷⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ (Ídem nota 259^o), págs. 32-46.

²⁸⁰ SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo, “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, EN *InDret*, 1/2015, pág. 11.

²⁸¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, “Existencia y operatividad de las incumbencias jurídico-penales”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.) *Estudios y Debates en Derecho Penal*, t. XIII, Buenos Aires, B de F, 2017, pp. 41-60.

negativa, ya que se precisa también que el sujeto destinatario se encuentre en condiciones de cumplir el mensaje contenido en la norma. En este sentido, debe hablarse también de b) incumbencias *de disposición*. Por ello, Sánchez-Ostiz resume el contenido de estas incumbencias de la siguiente manera: “‘si eres destinatario de una norma, preocúpate de conocer esta y las circunstancias del caso para saber cuál es tu deber’ (i), ‘y procura mantenerte en disposición de poder cumplirlo’ (ii), [...] ‘de lo contrario, se te imputará igualmente’”²⁸².

Entonces, puesto que la condición de aplicación y vigencia de una norma parte de la premisa de que el destinatario es quien deducirá de ella el deber y contará con los datos fácticos para los que rige eventualmente dicho deber, la incumbencia se presenta y opera como un imperativo hipotético.

D.4. Relación entre incumbencias y deber de cuidado.

Resulta imprescindible realizar una breve referencia a la relación existente entre incumbencias y deber de cuidado. Así, la imputación extraordinaria posibilita restablecer la imputación y afirmar que el sujeto es artífice de un hecho (*imputatio facti* o imputación de primer nivel). Una vez imputado de manera extraordinaria un proceso como hecho, a pesar del defecto de imputación, entra en juego el “deber de cuidado” para valorar si el hecho es típicamente antijurídico a los efectos del precepto del delito –imprudente- (imputación de segundo nivel o *imputatio iuris*). Entonces, la incumbencia opera para restablecer la imputación del hecho, que luego se valora con arreglo al deber de cuidado respectivo²⁸³.

E. OPERATIVIDAD DE LAS INCUMBENCIAS EN EL CONTEXTO DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS.

Luego de analizar en qué consisten las incumbencias (*Obliegenheiten*), y cuál es el ámbito propicio para su desarrollo dogmático –esto es, dentro del terreno de la imputación extraordinaria-, corresponde ahora examinar cómo operan las mismas dentro del especial contexto intramuros que se presentan en las instituciones penitenciarias.

A tal efecto, puede funcionar como disparador un caso sucedido en la provincia de Neuquén en el año 2012, en el que un interno sufrió quemaduras en su cuerpo a raíz de un

²⁸² SÁNCHEZ-OSTIZ, “Imputación e incumbencias en Derecho penal”, EN *Polit. Crim.*, vol. 12, n.º 24, 2017, p. 1219.

²⁸³ SÁNCHEZ OSTIZ (Ídem nota 281º), pág. 53

incendio ocurrido en el interior de la celda en que se encontraba. En este caso, el tribunal interviniente consideró que: “[a]un admitiéndose la participación de la víctima del incendio ocurrido en una celda, ello no exime de responsabilidad al Estado, pues la existencia de un líquido acelerante en posesión o a disponibilidad de los internos, traduce la omisión del servicio penitenciario de velar por la seguridad y el orden dentro de la prisión, y una violación del deber de protección de los reclusos, que podría haberse evitado con su debido cumplimiento”²⁸⁴.

Si bien en este caso el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén se limitó a establecer una condena de daños y perjuicios contra el estado provincial, considero que esta no es la solución adecuada (o, al menos, no es suficiente) y el recurso a la noción de incumbencias puede brindar una interesante respuesta.

Como puede diáfamanamente apreciarse, en el caso comentado en el párrafo precedente se produjo una lesión imprudente a un bien jurídico de titularidad de un interno y ello fue una consecuencia directa de la falta de cumplimiento de funcionarios penitenciarios de los deberes que les incumbían. En este orden de ideas, la administración penitenciaria, que asume un compromiso inequívoco de disminuir el conjunto de riesgos al que se encuentran expuestos los internos, quienes además cuentan con limitadísimas posibilidades de autoprotección, no logró este cometido. En efecto, si los agentes penitenciarios hubiesen ejercido adecuadamente sus funciones de control, habrían advertido que se ingresaba a la institución penitenciaria un elemento peligroso susceptible de ocasionar graves daños a bienes jurídicos de los internos y habrían disminuido en consecuencia el núcleo de riesgos a los que estos están expuestos.

En este entendimiento, los funcionarios penitenciarios conocían plenamente el contenido de la norma que establece que deben velar por la seguridad de los internos²⁸⁵, pero como consecuencia de no ejercer los controles pertinentes, al momento de suceder la lesión a la integridad física de aquellos, no se encontraban en condiciones de evitar el resultado. Puede entonces advertirse que se vulneró la doble vertiente de las incumbencias, tanto en su faz de conocer como de disposición. Cómo lógico corolario de ello, los agentes penitenciarios no podrían invocar válidamente ningún tipo de eximente o de exclusión de

²⁸⁴ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, “M.L.J. c. Provincia de Neuquén”, 27/08/2012. Publicado en LLPatagonia 2012 (diciembre), 638.

²⁸⁵ V.gr. Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal (20.416), art. 5° inc. “a”.

responsabilidad (en este caso, la falta de asunción efectiva de la función de protección respecto de los riesgos generados de modo imprudente, o que el suceso tuvo lugar en una celda donde el agente penitenciario no tenía modo de ejercer una vigilancia directa), toda vez que la infracción de incumbencias trae aparejado el restablecimiento del juicio de imputación.

De esta manera, la infracción de una incumbencia (*Obliegenheit*) no es el fundamento del reproche penal que se formula al autor, sino que posibilita que se mantenga el juicio de imputación respectivo, impidiendo que el agente pueda escudarse en un defecto del cual es responsable para evitar el reproche de culpabilidad. En este entendimiento, puede sostenerse que los juicios de imputación no siempre operan de manera lineal (como en la imputación ordinaria), sino que pueden apreciarse casos donde funcionan de manera oblicua o transversal, buscando en una conducta previa la razón que permita restablecer el mantenimiento de un reproche.

Incluso, este razonamiento puede funcionar también como un típico caso de *omissio libera in causa*, donde el autor no puede impedir que se perfeccione un resultado típico por carecer, al momento de la consumación, de la capacidad de evitarlo, situación provocada por el propio sujeto, quien con una conducta previa crea su ulterior incapacidad de actuar. Entonces, en la *actio praecedens* se produce la infracción a una *Obliegenheit* que deriva luego en la incapacidad de evitación del resultado, razón que legitima, por la infracción de una incumbencia, atribuir al sujeto el resultado ocasionado a pesar del defecto de imputación. Incluso, algunos autores recurren a esta figura dogmática para solucionar problemáticas de imputación en casos de pluralidad de intervinientes, particularmente respecto de aquellos que prestan aportes en la fase previa al comienzo de ejecución, con lo cual se mantienen indemnes los principios de culpabilidad y autorresponsabilidad²⁸⁶.

²⁸⁶ VACHELLI, Ezequiel, “Una aplicación para la figura de la *omissio libera in causa* en la teoría de la participación delictiva”, En *Revista República y Derecho*, vol. I, Mendoza, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, 2016. Sin embargo, es preciso mencionar que el autor rechaza la noción de incumbencias y su aplicación en materia de juicios de imputación extraordinaria.

SEXTO CAPÍTULO:

ANÁLISIS APLICADO

En las siguientes páginas se expondrán una serie de casos que funcionarán como banco de prueba del marco teórico delineado en los capítulos anteriores. De esta manera, por medio de los ejemplos propuestos se buscará explicar la utilidad práctica de los conceptos e ideas sostenidos en esta investigación.

Caso N° 1.

Enrique, a quien se le imputa haber abusado sexualmente de un sobrino menor de edad, se encuentra detenido en el Servicio Penitenciario de San Juan, cumpliendo prisión preventiva. La unidad carcelaria cuenta con un pabellón especial para imputados por delitos sexuales. Sin embargo, por cuestiones de ocupación, las autoridades penitenciarias resolvieron alojarlo en el Pabellón N° 5, cuya población se encuentra detenida, en la mayoría de los casos, por delitos contra la propiedad.

Ni bien fue alojado en este pabellón, Enrique comenzó a sufrir amenazas y hostigamientos por parte de otros internos, muchos de los cuales sucedieron ante la impiadosa mirada de los celadores. Le recriminaban que estuviese allí alojado, asegurándole que por cuestión de “códigos carcelarios”, les molestaba compartir detención con alguien que se encontrase imputado por haber acometido sexualmente contra un menor.

Producto de esta circunstancia, Enrique escribió una serie de notas al Director de la institución y al Jefe del Cuerpo Penitenciario, poniéndolos en conocimiento de esta situación, manifestándoles que temía por su integridad personal, ya que las amenazas eran cada vez más frecuentes. No obstante, estas notas no surtieron efecto, no adoptándose ninguna medida de resguardo respecto de Enrique.

Diez días después de haber enviado la última nota, los celadores del Pabellón N° 5, Sergio y Martín, observaron cómo tres internos ingresaban, con objetos en sus manos, en la celda de Enrique. Escucharon a lo lejos algunos ruidos, sin poder distinguir de qué se trataba, pero permanecieron parsimoniosamente en sus puestos de vigilancia. Al cabo de unos minutos, vieron cómo las tres personas que ingresaron a la celda se retiraban raudamente. Como transcurrieron varios minutos sin que Enrique saliera de su celda, Martín decidió ir a constatar que ocurría. Primero llamó a Enrique a viva voz, pero al no obtener

respuesta, decidió ingresar a la celda. Ni bien atravesó la cortina que separaba el interior de la celda del pasillo, advirtió que Enrique yacía ensangrentado sobre su cama, mientras que su cara se encontraba tapada con una almohada. Ulteriormente se determinó que Enrique había sido asesinado a causa de puntadas que le habían asestado con elementos cortopunzantes de armado casero, los cuales fueron encontrados en las celdas de los agresores.

Ahora bien, la pregunta que se impone es si corresponde responsabilizar penalmente a los funcionarios penitenciarios involucrados por la muerte de Enrique y, en su caso, en qué medida.

Este caso puede ser resuelto con alguno de los lineamientos teóricos expuestos precedentemente²⁸⁷. En primer lugar, debe señalarse enfáticamente que los funcionarios penitenciarios -tanto los celadores como sus superiores- tenían el deber de actuar: todos habían asumido la función de velar por la seguridad y custodia de Enrique; actuación que sin hesitación se encontraban en condiciones de realizar. Tal como se señaló más arriba, las instituciones penitenciarias son núcleos absolutamente complejos, donde las permanentes interacciones de las esferas de organización pueden dar lugar a colisiones de las que redunden consecuencias lesivas. Por ello, en estos contextos complejos se recurre al aseguramiento de esferas de organización ajenas.

Esta complejidad se reduce mediante la creación de expectativas; no se espera todo de todos²⁸⁸. La creación de expectativas permite reducir la complejidad existente en contextos tan particulares como los sistemas penitenciarios. Pero ¿cómo se configuran estas expectativas? Necesariamente la respuesta estribará en rededor a la división de funciones o tareas -reparto de competencias-, y los compromisos materiales sobre asunción de riesgos que los mismos impliquen. Como nos encontramos ante una “institución total”, el reparto de competencias tiende a abarcar cada uno de los aspectos mediante los cuales esta institución impacta en el individuo que se somete (o es sometido) a ella.

Posiblemente, el mantenimiento de la indemnidad de los internos sea una de las tareas más relevantes que ostentan los funcionarios penitenciarios, y entre quienes asumen

²⁸⁷ Principalmente en el Cuarto Capítulo.

²⁸⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte” EN *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, Fasc/Mes 1, 1995, págs. 187-264

ese compromiso existe -generalmente- una interacción vertical, esto es, una relación de jerarquía o subordinación. Por esta razón, es necesario que la dogmática penal contemple reglas claras y operativas que permitan discernir adecuadamente el nivel de responsabilidad de cada uno de estos intervinientes.

Quien primeramente asumió, en un acto de autonomía, el compromiso de actuar como barrera de contención de los riesgos que puedan afectar la indemnidad de los bienes jurídicos de los internos fue, precisamente, el Director del Servicio Penitenciario. Ciñéndonos al ejemplo propuesto, el art. 5º, inciso a) de la Ley del Servicio Penitenciario de la provincia de San Juan²⁸⁹ prescribe que *“Son funciones de la Dirección las siguientes: a) Velar por la custodia y seguridad de las personas sometidas a procesos y condena, procurando que el régimen carcelario contribuya a preservar o mejorar sus condiciones morales, su educación y su salud física y mental”*. Como lógico corolario, la misión de velar por la custodia y seguridad de Enrique recaía, principalmente, en el Director: es este funcionario quien ostenta la posición de garante originaria.

Sin embargo, esta no es la única obligación que recae sobre el Director razón por la cual debe organizar un esquema de reparto de competencias en otros funcionarios de inferior jerarquía, operando en consecuencia una delegación de la posición de garantía original. Continuando con el ejemplo, el Director se apoya en esta tarea en el Jefe del Cuerpo Penitenciario, a quien en virtud del art. 17º de la norma *“le compete todo lo relacionado con el reclutamiento, capacitación profesional y situación de revista de los agentes penitenciarios, y la seguridad de los institutos y servicios. Bajo su dependencia se encuentran todos los servicios relacionados directamente con la materia de su competencia”*.

Esta se norma se complementa con lo establecido en el Decreto N° 1293-G-84, que regula la forma y contenido de cada una de las funciones penitenciarias. El art. 17 de este instrumento normativo dispone, entre otras cosas, la obligación de verificar las clasificaciones del personal bajo su dependencia, agregando que bajo esa Jefatura dependen las siguientes divisiones: Seguridad Externa; Seguridad Interna; Prevención y Requisa²⁹⁰. De esta manera, quien titulariza esta Jefatura era el encargado de designar los celadores que

²⁸⁹ Ley 5154 (http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-san_juan-5154-servicio_penitenciario_provincial.htm)

²⁹⁰ Inciso e).

debían custodiar el Pabellón N° 5 donde se encontraba Enrique, debiendo dotarlos de los medios necesarios para realizar su función y supervisar su cumplimiento.

Por último, los celadores que cumplían sus tareas en el Pabellón N° 5 tenían la función específica de velar por la seguridad de los internos allí alojados. Por consiguiente, puede colegirse que el Director tenía la posición de garante originaria con relación a Enrique, delegando la misma primeramente en el Jefe del Cuerpo Penitenciario, quien a su vez hizo lo propio con los celadores. Los dos primeros reservaron para sí una posición de garante *residual*, mientras que los celadores -al asumir la tarea de actuar como barrera de contención de riesgos que pudieran suscitarse en el interior del Pabellón N° 5- aceptaron erigirse como garantes en términos *materiales*.

Ahora bien, era legítima la expectativa que Enrique tenía en el sentido de que cualquier contingencia que pudiese afectarlo sería contenida por estos funcionarios. La institución penitenciaria prácticamente anuló sus posibilidades de autoprotección y, como correlato, debía garantizar la indemnidad de los bienes jurídicos titularizados por él. Por ello, escribió las notas a las autoridades penitenciarias, anoticiándolos sobre la existencia de los riesgos a los que se encontraba expuesto. Por supuesto, todos estos funcionarios conocían la existencia de este riesgo y, sin embargo, no propiciaron ningún tipo de medida para reducirlo. Es preciso resaltar también que la decisión de alojar a Enrique en un Pabellón que no resultaba apto respecto de los delitos por los cuales se encontraba imputado, aumentó considerablemente el riesgo al cual se hallaba inicialmente expuesto, el cual luego se vio materializado en el resultado.

Definidas las posiciones de garante asumidas, cabe recordar que en este trabajo se adhiere a la tesis de Silva Sánchez, en cuanto a la necesidad de la existencia de una plena identidad estructural y material en el plano normativo entre actuar y omitir. Esta identidad sólo es posible cuando el agente asume, voluntaria e inequívocamente, el compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos determinados. Entonces ¿cuál de los funcionarios penitenciarios mencionados en el ejemplo debía velar porque ningún interno acometiera contra Enrique? Por supuesto, quienes estaban apostados en los puestos de vigilancia, en una relación de intermediación con los hechos que damnificaron a Enrique, fueron los celadores.

Esta afirmación de ningún modo implica sostener que la omisión de esta categoría de agentes penitenciarios serían las únicas donde puede encontrarse la mentada identidad estructural y material. En este punto es preciso analizar el caso propuesto bajo la óptica de las *cadena de delegación*²⁹¹. Conforme se viene señalando, el Director asume la posición de garante *originaria*, dentro de la cual se enmarca el deber de velar por la seguridad de los internos y todos los bienes jurídicos que a ellos atañen. Pero el funcionamiento de una institución tan compleja no puede funcionar sin recurrir a un reparto de competencias, la cual se efectiviza mediante el recurso al instituto de la delegación.

De esta manera, cuando el Director delegó la función de velar por la seguridad y custodia de los internos, se desprendió de la competencia-deber de evitar el resultado. Pero dentro de la posición de garantía *residual* que se reservó se encuentra, sin hesitura alguna, la de instar la evitación, máxime cuando conocía la situación de riesgo a la que se encontraba sometido Enrique. Si falla en esta función -instar la evitación- se producirá un incremento del riesgo al que se encuentra sometido el interno, pero no existiría -dentro del esquema analítico que aquí se defiende- una equivalencia o identidad material y normativa entre actuar y omitir, pudiendo sólo ser reputado partícipe en comisión por omisión.

Distinto sería el caso del Jefe del Cuerpo Penitenciario. Una vez que se le delegó la función de garantizar la seguridad de los internos, este funcionario delegó, en ejercicio de sus competencias funcionales, la custodia directa de Enrique en los celadores Sergio y Martín. A diferencia del Director, este funcionario no se desprende del deber de evitar el resultado, debiendo verificar el fiel cumplimiento de las tareas que encomendó a los celadores, a quienes debe dotar de los medios necesarios para el desarrollo de su tarea. Por consiguiente, si el Jefe del Cuerpo Penitenciario omite diligenciar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de Enrique, los riesgos a los cuales este se encuentra sometido incrementan considerablemente, habida cuenta que el interno presentaba una dependencia personal con respecto a este funcionario.

Con relación al caso de los celadores Sergio y Martín, no existen mayores inconvenientes para considerarlos garantes de los bienes jurídicos que titularizaba Enrique, y en consecuencia reputarlos autores en comisión por omisión respecto de los delitos que se cometieron en su perjuicio. En efecto, los celadores asumieron oportunamente la función de

²⁹¹ Desarrollada en el Capítulo Cuarto.

controlar determinados riesgos con relación a los internos cuya custodia se les confiaba, y contribuyeron omisivamente al homicidio de Enrique, ya que no actuaron a pesar de conocer los riesgos a los que este estaba sometido. Estos funcionarios registraban el dominio del tipo, o dicho de otra manera, el control sobre la relevancia típica del riesgo, y Enrique presentaba una dependencia directa respecto a ellos.

El caso que se acaba de exponer es un claro ejemplo de cómo se estructuran posiciones de garantía de distintos funcionarios penitenciarios que interactúan verticalmente, cuyos defectos de organización en orden a la realización de actos inequívocos de control permitieron que se produjesen *agresiones dolosas* en perjuicio de Enrique. En los ejemplos que se abordarán a continuación, se intentará demostrar que la posición de garantía de las autoridades penitenciarias abarca también el control sobre acometimientos o lesiones culposas sobre los internos. Para ello, se apelará a la operatividad de la noción de *incumbencias* expuesta.

Caso N° 2.

A raíz de la emergencia sanitaria declarada como consecuencia de la irrefrenable propagación del virus Covid-19, en el Servicio Penitenciario local de una ciudad se decidió implementar un riguroso protocolo para evitar que la enfermedad se propague entre los internos. Por tal motivo, la Plana Mayor de la institución penitenciaria -Director, Subdirector y Jefe del Cuerpo Penitenciario- se reunieron con los integrantes de la División de Sanidad a fin de idear y coordinar cómo se implementaría este protocolo.

Entre otras cosas, se decidió que no se suspenderían las visitas a los internos. Pero los eventuales visitantes debían ser sometidos a un estricto control antes de ingresar a la prisión (verificación de temperatura, provisión de alcohol en gel, rociado con desinfectante, uso de barbijo, etc.). Además, se habilitaría un salón especial para que se desarrollen las visitas, y una vez culminadas las mismas, los internos debían ser alojados en dependencias de la División Sanidad a fin de que se le practicaran los denominados “tests rápidos” -los cuales pueden arrojar falsos negativos- y los hisopados pertinentes. Sólo si estos últimos mismos arrojaban resultado negativo, podían volver a sus pabellones de origen, donde los encargados de la seguridad interna de los mismos debían asegurar que no se produjesen

contactos entre los internos, procurando que exista -dentro de lo posible- cierto distanciamiento entre ellos.

La implementación de este protocolo fue encomendada, principalmente, a la División Sanidad. No obstante, desde la Plana Mayor se creó una comisión a fin de vigilar el fiel cumplimiento del protocolo, la cual sería encabezada por el Subdirector del Servicio Penitenciario. De esta manera, la División Sanidad, junto con la comisión de seguimiento, tenían un deber bien definido: evitar que los internos sufran una afectación en su salud a causa de la propagación del virus dentro de la institución penitenciaria; mientras que el protocolo proveía una serie de medidas a cumplimentar para hacer posible la adecuada ejecución de su obligación principal.

Como era de esperarse, por temor a contraer el Covid-19, muchos internos solicitaron que se les concediera el beneficio de la prisión domiciliaria. Sin embargo, los juzgados rechazaban estas pretensiones bajo el argumento de que el riesgo de contagio estaba contenido debido a la implementación del protocolo descripto.

Durante una jornada de visitas, se acercó al Servicio Penitenciario una persona que había contraído el virus, aunque no presentaba síntomas. Esta persona fue a visitar a su esposo Miguel, quien cumplía condena por robo agravado. Si bien en el salón de visitas no se permitían los contactos físicos, Miguel y su esposa se saludaron con un efusivo beso. Luego de culminada la visita, Miguel fue trasladado junto con otros internos a la División Sanidad, donde también se encontraba la comisión encargada de supervisar la implementación del protocolo. Debido a la cantidad de internos que recibieron visitas, los galenos abocados a esta tarea decidieron que sólo realizarían hisopados a aquellos internos que presentaran resfríos, afonía, tos o algún otro indicador de que puedan haber contraído el virus. Con relación al resto, sólo se les practicaría el “test rápido”, y sólo en caso de que este diese positivo, se practicaría el hisopado.

Miguel se practicó el “test rápido”, el cual arrojó resultado negativo, razón por la cual retornó a su pabellón de origen. Una vez allí, y sin perjuicio de las disposiciones que obligaban a evitar contactos directos, Miguel compartió una “rancheada”²⁹² con tres compañeros de pabellón. Sin embargo, Miguel había sido contagiado por su esposa, circunstancia que sin duda hubiera sido detectada si le practicaban el hisopado

²⁹² Reunión entre internos que comparten bebidas y comidas con el objeto de confraternizar.

correspondiente. Como consecuencia de haber compartido una infusión -mate- con sus compañeros de pabellón, dos de ellos contrajeron el virus, circunstancia que indefectiblemente impactó negativamente en su salud e integridad física.

¿Puede postularse válidamente que Miguel contagió a sus compañeros de forma intencional? ¿Quiénes debían contener el riesgo de contagio? A continuación, se intentará ofrecer una respuesta a estos interrogantes.

En primer lugar, si bien Miguel y sus compañeros transgredieron la disposición que vedaba a los internos tener contacto estrecho entre ellos, no por ello es lógico colegir que Miguel tenía la intención de contagiarlos, máxime cuando desconocía que portaba el virus. De hecho, la falta de conocimiento sobre su calidad de contagiado responde, en gran medida, al imprudente accionar de los galenos de la División Sanidad en oportunidad de aplicar el protocolo. Eran ellos quienes habían asumido el deber de actuar como barrera de contención sobre este riesgo en particular, y los internos confiaban que dicho riesgo se encontraba contenido por estos profesionales de la salud, lo que generaba una dependencia directa con relación a ellos.

Ahora bien, ¿se encontraban los miembros de la División Sanidad que no realizaron el hisopado en condiciones de evitar que Miguel se reuniese con sus compañeros de pabellón? Pareciera imponerse una respuesta negativa, ya que sus tareas se desarrollaban en un sector distinto al pabellón. Posiblemente, cuando Miguel se reunió con sus compañeros, los médicos que omitieron realizar el hisopado ni siquiera hayan estado en la institución penitenciaria. Esta circunstancia da lugar a una pregunta distinta: ¿podrían estos médicos invocar esta circunstancia para excluir cualquier tipo de reproche penal a su respecto? Dicho de otra manera ¿el hecho de no haber estado presente donde imprudentemente se conculcaron bienes jurídicos de los internos es un obstáculo para imputar dicha afectación a los miembros de la División Sanidad?

El autor coincide con Vachelli en cuanto señala que generalmente la doctrina ha encontrado dificultades para resolver problemas de esta índole, principalmente, por dos razones que se erigen en persistentes bastiones del pensamiento naturalista: la negación de repensar las estructuras de imputación que se utilizan para resolver los supuestos de autoría única en los casos de pluralidad de intervinientes y, por otro, a las poco claras explicaciones

que se postulan del factor temporal en la teoría de la imputación²⁹³. En este punto, considero que recurrir a la noción de incumbencias, y a la conceptualización de la teoría de las normas desarrollada *ut supra*, puede contribuir a la solución de este caso.

En este orden de ideas, es lógico colegir que los miembros de la División Sanidad no se encontraban en condiciones de evitar que Miguel se reuniese con sus compañeros, principalmente, porque eso no ingresaba dentro de sus competencias. Sin embargo, esta no es la matriz del reproche que puede asignárseles. En efecto, no debían impedir que Miguel se reuniera con sus compañeros, pero sí debían aplicar todos los recaudos contemplados en la *lex artis* para detectar, en primer término, si el interno había contraído el virus y, en su caso, disponer su internación y aislamiento con el objeto de evitar contagios dentro de la institución penitenciaria, lo que en definitiva se traduce en el verdadero compromiso asumido por estos profesionales de la salud. Dicho de otra manera, estos médicos asumieron el compromiso de actuar como barrera de contención de un núcleo de riesgo plenamente identificado: evitar que los contagios se propaguen dentro de la institución penitenciaria.

Si bien los galenos no se encontraban presentes cuando se materializó el contagio, el mismo fue posible, precisamente, porque ellos no cumplieron adecuadamente su función en orden a contener los riesgos de que esto sucediese. Recuérdese que hasta el momento en que Miguel abandonó la División Sanidad, los miembros de esta dependencia registraban un dominio del acontecer típico, ya que eran quienes gestionaban o mantenían bajo control el riesgo de futuros contagios²⁹⁴.

Aquí cobra relevancia la función *prospectiva* de las reglas de conducta -explicadas en el capítulo precedente- y su incidencia en la teoría de las normas. De esta manera, estas reglas -que podríamos considerar incluidas dentro de la normativa penitenciaria general y en el protocolo labrado en ocasión de la pandemia- indicaban a los profesionales de la salud cómo debían configurar sus acciones para contener los riesgos que habían voluntariamente asumido. Sumado a esto, conviene recordar que el contenido de la norma, por sí sólo, sería inocuo, precisando del destinatario de la misma para ser plenamente operativas. En otras palabras, los miembros de la División Sanidad eran co-configuradores de la norma.

²⁹³ VACHELLI (Ídem nota 286), pág. 5.

²⁹⁴ Por ende, la omisión de la conducta exigida puede ser equiparada estructuralmente, en el plano normativo, con la comisión activa.

Es aquí donde cobran virtualidad las dos modalidades de las incumbencias: de conocimiento y disposición. Los médicos no sólo debían conocer el contenido de la norma²⁹⁵, sino que también debían estar en condiciones de poder cumplirla. Ahora corresponde analizar estas conceptualizaciones bajo la siguiente lógica: si bien los médicos sabían que debían implementar todos los recaudos exigibles en el protocolo para evitar la propagación del virus, sólo se limitaron a realizar los denominados “tests rápidos” - conscientes de la posibilidad de falsos negativos-, omitiendo practicar los hisopados pertinentes.

Esta omisión proyectó sus efectos en un momento ulterior, esto es, cuando Miguel se reunió con sus compañeros de pabellón. Los médicos no tenían en ese momento la capacidad o posibilidad de evitar el contagio; pero esa incapacidad fue creada por ellos mismos, ya que, al omitir la realización de los estudios pertinentes, permitieron que los contagios se consumen en un momento y lugar donde ellos ya no tenían control sobre el acontecer típico. En el momento donde se omitió la realización del hisopado -*actio praecedens*- se produce la infracción a una *Obliegenheit* que deriva luego en la incapacidad de evitación del resultado, razón que legitima, por la infracción de una incumbencia, atribuir al sujeto el resultado ocasionado a pesar del defecto de imputación, que en este caso estaría configurado por la imposibilidad de evitar la efectivización del contagio por no encontrarse presentes en el pabellón en ese instante.

¿Es la infracción de la incumbencia de disposición el fundamento de su imputación en calidad de garantes? De ninguna manera, la infracción de la incumbencia lo único que permite es restablecer el juicio de imputación, superando cualquier defecto de imputación originado por los miembros de la División Sanidad responsables. Es decir, la incumbencia permite reafirmar que estos profesionales son artífices de un hecho -*imputatio facti*-. El fundamento de la imputación estará dado por la infracción al deber de cuidado en que pueden haber incurrido estos médicos, que, al haber asumido el compromiso de contener un riesgo definido, existiendo una clara dependencia al respecto de los internos con relación a ellos, se erigían en verdaderos garantes. En estos casos, a diferencia de lo postulado por el profesor español, el interno también se encuentra privado de sus posibilidades de

²⁹⁵ Ciñéndonos al ejemplo, implementar correctamente todos los estudios exigidos por el protocolo a fin de identificar si algún interno había contraído el virus Covid-19 y, en su caso, tomar las medidas pertinentes para evitar otros contagios dentro de la institución carcelaria.

autoprotección, las cuales recaen en quienes asumen la contención de los riesgos respectivos.

Asimismo, entiendo que pueden resultar de utilidad algunos lineamientos delineados por Bermejo en cuanto a la operatividad que las *Obliegenheiten* pueden registrar en el ámbito del *Criminal Compliance*, los cuales pueden resultar aplicables, *mutatis mutandi*, al caso descrito. El citado autor, siguiendo a Silva Sánchez²⁹⁶, distingue entre deberes *esenciales* y *secundarios*²⁹⁷. Los primeros son aquellos que constituyen la matriz o el núcleo principal de la obligación o deber exigible a un sujeto²⁹⁸. En el ejemplo propuesto, los médicos de la División Sanidad tenían el deber esencial de proteger a los internos del Covid-19, garantizando de esa manera su salud e integridad física. Los deberes *secundarios*, por su parte, son aquellos que se deben cumplir de modo previo a los esenciales, ya que si los mismos no son observados resultaría imposible -o muy dificultoso- cumplir con éstos. De acuerdo al autor, estos deberes tienen naturaleza positiva (estructurándose, principalmente, como *deberes de examen y de investigación*) y se regulan con la finalidad de que resulte posible para un sujeto cumplir con los deberes esenciales que se le han confiado.

En el ejemplo propuesto, los *deberes secundarios* de los miembros de la División Sanidad estarían regulados en el protocolo descrito. En efecto, la realización de estudios - particularmente, el hisopado- tienen por objeto contar con la información necesaria para luego adoptar decisiones en orden a evitar la propagación de contagios dentro del sistema penitenciario. La infracción a estos deberes secundarios (es decir, la no realización de estos estudios) torna imposible el cumplimiento del deber esencial²⁹⁹, ya que los profesionales intervinientes no contarán con pleno conocimiento de los presupuestos fácticos (esto es, que el interno es portador del virus), y como consecuencia de ello no podrá cumplir con la expectativa derivada de su mandato. El cumplimiento de estos deberes *secundarios* se encuentra estrechamente vinculado a las incumbencias *de disposición*, ya que hacen posible que el sujeto se encuentre en condiciones de cumplir con lo establecido en la norma y que,

²⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús, “La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos”, EN *Estudios de derecho judicial* N° 73, 2005, pág. 185. De igual modo, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico económico*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pág.. 236-256.

²⁹⁷ BERMEJO (ídem nota 239°), pág. 72.

²⁹⁸ Las entidades financieras, por ejemplo, tienen el deber esencial de no ejecutar operaciones con bienes de origen delictivo, como así también de informar operaciones de origen sospechoso.

²⁹⁹ BERMEJO (ídem nota 239°), pág. 73.

en definitiva, se erige en su deber *esencial*. Así las cosas, las disposiciones del protocolo incumplido habilitan la imputación penal a los médicos que infringieron las mismas y, a consecuencia de ello, no les fue posible ejecutar ningún tipo de acción en el momento en que se materializaron los contagios, circunstancia que en otro contexto hubiese impedido que se les impute el resultado lesivo, excluyéndolos de la realización típica.

Como puede apreciarse, estamos ante un proceso lesivo imprudente que, a diferencia de lo postulado por Silva Sánchez, puede ser reprochado a sus artífices en calidad de garantes gracias al recurso a las incumbencias (*Obliegenheiten*). Es decir, este dispositivo dogmático habilita la posibilidad de efectuar un juicio de imputación a quienes omitieron un acto propio de su haz de responsabilidades que resultaba necesario para contener un riesgo determinado y, por tanto, puede responsabilizárselos como artífices, en comisión por omisión, del resultado lesivo.

Si el reproche se formula a título de autoría o partícipe dependerá -tal como se detalló en el Capítulo Cuarto- del valor de la omisión para el conjunto del hecho. En el ejemplo propuesto, los médicos de la División Sanidad que omitieron realizar el hisopado registraban un verdadero dominio sobre el acontecer típico, controlando los riesgos que se le habían confiado y que voluntariamente habían asumido; y la conducta omisiva que se les atribuye fue determinante para que se produjesen los contagios descriptos, lo que en definitiva configuró una lesión a la salud de los internos contagiados por Miguel (art. 90 del Código Penal argentino). Por consiguiente, deben ser reputados autores en comisión por omisión de estos delitos. Por su parte, el Subdirector de la institución, y el resto del Comité por él encabezado, sólo se había comprometido a vigilar el fiel cumplimiento del protocolo, razón por la cual a lo sumo podrían ser imputados en calidad de partícipes.

CONCLUSIONES

A modo de epílogo, corresponde ahora presentar las conclusiones definitivas a las cuales esta investigación permite arribar.

En primer lugar, y conforme se expuso en el primer capítulo, los sistemas penitenciarios se erigen en verdaderas instituciones “totales”, lo que implica que el interno que se somete a ellas se ve desprovisto de su individualidad, perdiendo también en gran medida su autonomía, toda vez que es plenamente absorbido por la institución, la cual regirá todos los aspectos atinentes a su persona (horarios, compañía, alimentación, etcétera). Pero la institución penitenciaria no sólo absorbe aspectos personales que delinear la configuración personal del individuo, sino también sus posibilidades de autoprotección ante cualquier tipo de ataque o embate contra sus bienes jurídicos.

De esta manera, los internos presentan una intensa dependencia respecto de la Administración Penitenciaria que los absorbe. Como se detalló anteriormente, la relación que de esta manera se estructura entre ambos -Administración Penitenciaria e interno- se denomina, generalmente, como “sujeción”, de la cual nacen derechos y deberes -no necesariamente sinalagmáticos- para ambos sujetos de este vínculo.

Producto de estas relaciones de sujeción, los funcionarios penitenciarios ostentan un verdadero poder de control o dominio sobre los internos, pero como correlato de esto, debe garantizar la seguridad e integridad de los mismos, procurando que las necesidades básicas de los mismos se encuentren satisfechas, ya que se encuentran impedidos -por la intensidad del control al que se encuentran sometidos- de procurarse a sí mismo los medios que precisan para satisfacerlas. Estas obligaciones que recaen en la Administración Penitenciaria se traducen en sus funciones esenciales: seguridad, traslados, higiene, sanidad, alimentación, entre otras.

Luego de resaltar que los funcionarios penitenciarios ostentan, en relación a los internos, tanto deberes positivos como negativos, esta investigación estuvo abocada a responder la siguiente pregunta: ¿qué tipo de deber se infringe cuando un agente penitenciario no realiza un acto propio de su haz de actividades y de ello se deriva un daño para un bien jurídico de titularidad de un interno? En este sentido, después de brindar los argumentos correspondientes, se señaló que un funcionario penitenciario, al violar sus deberes positivos, en principio no realiza una acción equivalente a la causación activa del

resultado (a diferencia de los supuestos de violaciones a sus deberes negativos) y, por tanto, su quebrantamiento solo dará lugar a un delito de omisión propia.

Consecuentemente, sólo si un funcionario penitenciario ha asumido un compromiso específico de control de riesgos respecto de bienes jurídicos que atañen a los internos, su quebrantamiento al deber positivo dará lugar a la posibilidad de imputar el resultado lesivo por comisión por omisión. Este postulado encuentra pleno asidero en la concepción sobre los delitos de omisión impropia acuñada por Silva Sánchez, quien considera absolutamente imprescindible la existencia de un compromiso voluntario de asunción del riesgo específico del que se trate y para el bien jurídico que resulte afectado, ya que sólo en estos casos podría contemplarse una “plena identidad estructural y material en el plano normativo” entre comisión activa y la realización omisiva”. Este es el núcleo de la concepción del jurista español respecto de los delitos de comisión por omisión, y la posición de garante exigida en los mismos, estructurándose en la construcción teórica que explica de mejor manera este fenómeno dogmático.

Pero la problemática que presenta la aplicación de este modo de realización típica en contextos tan particulares como los sistemas penitenciarios, no se agota allí. En efecto, y tal como se puso de manifiesto en esta investigación, para Silva Sánchez los compromisos materialmente asumidos por esta clase de agentes (cacheos, registros, requisas, etc.) expresan inequívocamente la obligación, entre otras, de evitar fugas, impedir que de los internos se deriven agresiones dolosas, tanto para otros internos como para terceros, descartando que en las agresiones culposas pueda encontrarse la identidad estructural necesaria para sostener una imputación bajo la modalidad de comisión por omisión.

Esta circunstancia funcionó como disparador para introducir una posible solución a este predicamento a partir de la aceptación de incumbencias en Derecho penal, circunstancia que debe valorarse y analizarse junto con el carácter de institución “total” de las prisiones. Así las cosas, un funcionario penitenciario que asumió el compromiso específico de actuar como dique de contención de determinados riesgos que amenazan la integridad y seguridad de los internos, no podrá excusarse, por ejemplo, en el argumento de que no se encontraba presente en el momento en que aquellos sufrieron una lesión en sus bienes jurídicos -aunque la misma provenga de una conducta imprudente de ellos- si dentro de las tareas asumidas se encontraba evitar esa clase de riesgos.

El defecto de imputación invocado por el funcionario penitenciario no puede prosperar, ya que omitió desarrollar tareas que le incumbían producto de función voluntariamente asumida, circunstancia que permite rehabilitar de forma extraordinaria el juicio de imputación, en este caso bajo el formato de realización típica de comisión por omisión.

A modo de colofón, puede resaltarse que el ámbito de los sistemas carcelarios es un territorio propicio para evaluar el impacto que puede producir la aplicación de figuras dogmáticas de la ciencia jurídico-penal. En este sentido, ciñéndonos particularmente a la responsabilidad penal de los funcionarios de esta especial clase de institución, puede afirmarse que la noción de “incumbencia”, ofrece una interesante herramienta para evaluar si determinadas lesiones a bienes jurídicos producidas en el ambiente penitenciario y cometidas en perjuicio de internos u ocasionadas por estos a terceros, pueden ser imputadas a los agentes de la Administración Penitenciaria y con qué alcance.

Estos estudios de dogmática penal aplicada a distintos fenotipos, como el caso de los servicios penitenciarios, permiten observar que los juicios de imputación no siempre resultan lineales, sino que también pueden ser oblicuos, toda vez que aun cuando existen defectos de imputación, pueden ser restablecidos siempre que el sujeto haya creado libremente esa irregularidad o, dicho de otra manera, el individuo es responsable del defecto de imputación. En efecto, quien opera jurídicamente en el sistema penal muchas veces puede encontrarse con ámbitos en los que resulta sumamente complejo establecer juicios de imputación y la propuesta que aquí se postula habilitaría a mantener dichos juicios aun en casos en que, *prima facie*, no pueda apreciarse de forma diáfana una relación lógica entre un suceso y un sujeto determinado.

La solución que aquí se propicia es verdaderamente útil para valorar responsabilidades penales originadas en contextos donde los límites de riesgo permitido se encuentran considerablemente más reducidos que en otros ámbitos, habida cuenta de la estrecha dependencia que existe entre quienes se encuentran sometidos a un sistema y los encargados de operar el mismo, asumiendo éstos la obligación de proteger las esferas de organización de la parte más débil de este tipo de relaciones. Por tal motivo, el Derecho penal debe procurar un exhaustivo estudio de sus figuras dogmáticas para asegurar una correcta valoración de la problemática en análisis, garantizando una adecuada solución a todas las aristas subyacentes.

BIBLIOGRAFÍA

ALCACER GUIRAO, Rafael, *Los fines del Derecho Penal*, Buenos Aires, AD HOC, 2001.

ARIZA, Libardo José, ITURRALDE, Manuel, *Los muros de la infamia. Prisiones en Colombia y América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes, CIJUS, 2011.

ARAUJO PAULLADA, Gabriel “*La cárcel como pedagogía totalizante*”, Universidad Autónoma Metropolitana, Departamento de Educación y Comunicación, Xochimilco, México. Consultada en forma online en fecha 03/08/2018 en el siguiente link: <http://132.248.9.34/hevila/TramasMexicoDF/1993/no5/3.pdf>

BACIGALUPO, Enrique, *Hacia el nuevo Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006.

BACIGALUPO, Silvina, “Infracción De DEBER Y PARTICIPACIÓN”, EN *ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. Homenaje al profesor SANTIAGO MIR PUIG*, Madrid, B de F, 2017.

BERMEJO, Mateo Germán, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico económico*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

-“La observación del Criminal Compliance desde el enfoque de las Obliegenheiten”, EN SILVA SÁNCHEZ (ed.) *Estudios y debates en Derecho penal, t. XIII*, B de F, 2017, págs. 61-86.

BUTELER, Enrique R., “El problema de la función de sentido de los elementos subjetivos del injusto”, EN *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Lima, Ideas Solución Editorial, 2019.

CARO JOHN, José Antonio, "Sobre la autoría en el delito de infracción de deber", EN *Revista de Derecho Penal y Criminología* n° 89, Universidad Externado de Colombia, 2006.

- “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, EN *Anuario de Derecho penal*, Lima, Asociación Peruana de Derecho penal.

CORDINI, Nicolás Santiago, “La teoría de la imputación en Hruschka y sus implicancias en la teoría del delito”, En Papeles del Centro de Investigaciones, año 3, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2013.

-“El renacer de las teorías de la imputación en la dogmática jurídico-penal” EN *Revista Derecho Penal y Criminología*, volumen XXXV, número 100 (enero-junio de 2015).

CÓRDOBA, Fernando J., *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

- “Evitabilidad individual y lesividad en la teoría del ilícito”, EN *InDret*, 3/15.

-“Delitos de Infracción de Deber”, EN *Revista En Letra Penal* N° 1 (2015).

CRESPO, Eduardo Demetrio, “Crítica al funcionalismo normativista” EN *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n° 3, 2010, pág. 14.

DÍAZ ARANDA, Enrique, “Imputación normativa del resultado a la conducta” EN *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Tomo I*, GARCÍA VALDEZ, CUERRDA RIEZU, MAR´TINEZ ESCAMILLA, ALCÁCER GUIRADO, MARISCAL DE GANTE (coordinadores), Madrid, Edisofer, 2008.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.

FRISCH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2014.

FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General* (trad. SANCINETTI, Marcelo), Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribuciones a la teoría del Estado de Derecho”, EN *Revista de Administración Pública* N° 34, Madrid, Año 1961.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Estudios sobre el delito de omisión”, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2013.

GRACIA MARTÍN, Luis, “La Comisión por Omisión en el Derecho Penal Español”, En: *La Comisión por Omisión*. Enrique Gimbernat (Director), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

GOFFMAN, Erving, Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales (trad. OYUELA DE GRANT), Buenos Aires, Amorrortu, 1970.

HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Buenos Aires, B de F, 2008.

-“Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias” EN *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª. época, nº 5, 2000.

HUERTA TOCILDO, Susana, “Injerencia y art. 489, 3, CP”, EN: *ADPCP*, Madrid, 1985.

JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión* [trad. Sánchez-Vera], Bogotá, Universidad del Externado, 1996, pp. 53 ss.

- *Derecho penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación* [trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo], 2.a ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997.

- *Estudios de Derecho penal* (traducido por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá), Editorial Civitas.

- *La imputación objetiva en Derecho penal*, Buenos Aires, AD-HOC, 1997.

- “La competencia por organización en el delito omisivo”, EN *CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS* N° 1, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

- *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, Universidad del Externado, 2001.

- *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Lima, Palestra Editores, 2000.

- “El principio de culpabilidad”, EN *ADPCP*, Tomo XLV Fascículo III, 1992 (consultado online en <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/11.5guntherjakobs.pdf> -última consulta: 04/04/2020).

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, Comares, 2003.

JOSHI JUBERT, Ujala, “Normas de conducta y juicios de imputación”, EN *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat Tomo I*, GARCÍA VALDEZ, CUERRDA RIEZU, MARTÍNEZ ESCAMILLA, ALCÁCER GUIRADO, MARISCAL DE GANTE (coordinadores), Madrid, Edisofer, 2008.

KALINSKY, Beatriz, “El agente penitenciario: La cárcel como ámbito laboral”, EN *RUNA, Archivo Para Las Ciencias Del Hombre*, 28(1), 43-57 (consultado online en <https://doi.org/10.34096/runa.v28i1.1209>. Última consulta: 24/12/2018).

KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2006.

KUDLICH, Hans, *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal. Contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2018.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Omisiones equivalentes”, En: *ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. Homenaje al profesor SANTIAGO MIR PUIG*, Coor. Jesús-María Silva Sánchez y otros, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2017.

LESCH, Heiko, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, EN *ANUARIO DE DERECHO PENAL*, T.XLVIII, Fasc.III, Septiembre-Diciembre 1995.

LLERA, Carlos Enrique, “El concepto de "relación especial de sujeción" y los delitos de infracción de deber en el ámbito penitenciario” EN *DPyC*, 2012 (febrero).

LUZÓN PEÑA, Diego, “Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa”, En: *ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. Homenaje al profesor SANTIAGO MIR PUIG*, Coor. Jesús-María Silva Sánchez y otros, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2017.

MAÑALICH, Juan Pablo, “La imprudencia como estructura de imputación”, EN *Revista de Ciencias Penales*, 3 (2015).

-“Norma e imputación como categorías del hecho punible” EN *Revista de Estudios de la Justicia* Nº 12 (Año 2010).

MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, “La relación jurídica-penitenciaria. Especial referencia a la protección de la vida de los reclusos” EN *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, núm. 19-30.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1990.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2016.

-*Introducción a las bases del Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2003.

MONTIEL, Juan Pablo, “¿Existen las Obliegenheiten en Derecho penal?”, EN *InDret*, 4/2014.

- “Sobre la relevancia de la distinción entre incumbencias y deberes en la dogmática jurídico-penal. A su vez, reflexiones a propósito del *Vorverschulden*”, EN SILVA SÁNCHEZ (ed.) *Estudios y debates en Derecho penal*, t. XIII, B de F, 2017.

MÚÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

NAVAS MONDACA, Iván, “Acción y omisión en infracción de deberes negativos en derecho penal”, EN *Política Criminal*, vol. 10, n.º 20, 2015.

PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016.

-“El funcionario policial como garante de impedir delitos”, EN *InDret* 1/2008.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, EN *Doxa* 23, 2000, pág. 291. Consultado virtualmente en el siguiente link: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-sobre-la-influencia-del-funcionalismo-y-la-teoria->

de-sistemas-en-las-actuales-concepciones-de-la-pena-y-del-concepto-de-delito (última consulta: 02/04/2020).

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, AD HOC, Buenos Aires, 1999.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, 1º edición, Universidad Externado de Colombia, 2001.

PERRY, Nick, “Conflict on board ship: an interpretation”, EN *The Sociological Review*. University of Strathclyde, Reino Unido, 1974.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, “La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción”, EN *Revista de Administración Pública* N° 178, Madrid, 2009.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Aspectos histórico-dogmáticos, político-criminales y de derecho positivo en el ámbito de los delitos impropios de omisión*, disponible on line en el siguiente link: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_73.pdf (consultado por última vez en fecha 18/10/2019).

REVIRIEGO PICÓN, Fernando “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios” EN *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* / coord. por Manuel Carrasco Durán, Francisco Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra, Vol. 1, 2006.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2015.

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

- “Deberes negativos y positivos en Derecho Penal”, EN *InDret*, 4/2013.

- *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

- “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, EN *InDret Penal* (2), 2012.

RODRÍGUEZ-MARTOS DAUER, Ricardo, “*El buque mercante como institución total*”, tesis doctoral presentada en la Universitat Politècnica de Catalunya”. Consultada por internet el día 30/97/2018 en www.upcommons.upc.edu/handle/2117/94316.

RODRÍGUEZ OVIDE, Federico, “Reflexiones en torno a la imputación subjetiva ¿habrá luz al final del túnel?”, EN *Revista Nueva Crítica Penal*, Año 1 - Número 1 – enero-junio 2019.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I y II*, Thompson Reuters, 2014.

- *Autoría y Dominio del hecho en Derecho penal*, 7º edición traducida por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2000.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Barcelona, Atelier, 2013.

SÁINZ CANTERO, José Antonio, *La inexigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2018.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2008.

- *La libertad en Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, Atelier, 2014.

- “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, EN *InDret*, 1/2015.

- “Existencia y operatividad de las incumbencias jurídico-penales”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.) *Estudios y Debates en Derecho Penal*, t. XIII, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2017.

-“Imputación e incumbencias en Derecho penal”, en *Polit. Crim.*, vol. 12, n.º 24, 2017, p. 1219.

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

-“Delito de Infracción de Deber”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.) Estudios y Debates en Derecho Penal, t. VIII, Buenos Aires, B de F, 2014, pp. 288317.

-“Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte” EN *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, Fasc/Mes 1, 1995, págs. 187-264.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, “Disvalor de acción, disvalor de resultado y justificación en los delitos imprudentes” EN *Causalidad, riesgo e imputación*, SANCINETTI, Marcelo A. (Compilador), Buenos Aires, Hammurabbi, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2009.

- “Razonamiento sistemático en Derecho penal” EN *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Schünemann, Bernd (comp.), Madrid, Tecnos, 1991.

- “La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal” EN *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 44, Mes 3, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Estudios sobre los Delitos de Omisión*, Lima, Grijley, 2004.

- *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2015.

- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, B de F, 2006.

-“La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos”, EN *Estudios de derecho judicial* N° 73, 2005, págs.. 164-204.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J., *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, GRIJLEY, Lima, 2001.

STRATENWERTH, Gunter, *Derecho Penal. Parte General, Hecho Punible I* (traducción de la edición alemana de Gladys Nancy Romero), Buenos Aires, Fabián Di Plácido Editor, 1999.

SVAMPA, Maristella, *El dilema argentino: civilización o Barbarie*, Buenos Aires, Taurus, 2006.

URRACO-SOLANILLA, Mariano/NOGALES-BERMEJO, Gema, “Michael Foucault: El funcionamiento de la institución escolar propio de la Modernidad”, en *Revista Andaluza de Ciencias Sociales (ANDUCI)*, n.º 12, 2013.

VACHELLI, Ezequiel, “Una aplicación para la figura de la omissio libera in causa en la teoría de la participación delictiva”, en *Revista República y Derecho*, vol. I, Mendoza, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, 2016.

VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente, “Deberes de cuidado e incumbencias. Notas sobre la cláusula normativa inherente a la responsabilidad por imprudencia” EN *Enfoques Penales*, Abril (2019).

VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 5º Edición Actualizada, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *La estructura de la teoría del concurso de las infracciones*, Valencia, Universitat de Valencia, 1983.

WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner, SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura* (traducido por Raúl Pariona Arana), Instituto Pacífico, 2018.

WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Jurisprudencia internacional:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso "Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas", sentencia del 02/09/2004, Serie C n° 112.

- "Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela", Sentencia del 5 de julio de 2006.

-“Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

-“Caso Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001.

-“Caso Gelman vs. Uruguay”, sentencia del 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

Jurisprudencia nacional:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, M. 821. XLIII. "Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación" del 01/11/2011.

- "Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus" del 19/10/1995 (Fallos 318: 1894).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN, “M.L.J. c. Provincia de Neuquén”, sentencia del 27 de agosto de 2012 (LLPatagonia 2012 - diciembre-, 638).