

# LA RESPONSABILIDAD PENAL DE AUTORIDADES PENITENCIARIAS ANALIZADA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA OMISIÓN IMPROPIA Y DE LAS INCUMBENCIAS (“*OBLIEGENHEITEN*”)

Nicolás Eduardo AYESTARÁN

---

Fecha de recepción: 1 de octubre de 2017  
Fecha de aprobación: 22 de noviembre de 2017

## Resumen

La presente investigación tiene por objeto realizar un estudio de la responsabilidad de autoridades penitenciarias respecto de daños sufridos por los internos a su cargo o producidos por estos. En este sentido, se desarrollará un breve análisis genotípico de la omisión impropia 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”. Para abordar esta investigación, es preciso realizar un breve repaso de la existencia de deberes positivos y negativos en derecho penal, y cómo operan estos en el marco de una institución penitenciaria.

*Palabras clave:* Sistema penitenciario – Instituciones totales – Funcionarios públicos – Deberes positivos y negativos – Omisión impropia – Posición de garante – Incumbencias

**Title: Criminal Responsibility of Penitentiary Authorities through the Lens of the Legal Institutes of ‘Commission by Omission’ and Incumbencies (*Obliegenheiten*)**

---

· Dedicado a Mariana Gauto, por su incondicional apoyo y aliento.

· Abogado (Universidad Nacional de San Juan). Estudiante de la Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Nacional de Cuyo). Profesor en la carrera de Derecho (Universidad Nacional de San Juan). Correo electrónico: abog.nicolas.ayestaran@gmail.com/nayestaran@mpf.gov.ar.

## **Abstract**

The main goal of this research is to study the liability of penitentiary authorities for the injuries suffered by inmates or produced by them. Omissions and incumbencies (*Obliegenheiten*) will be briefly analyzed in a genotypic way, taking into account the unique phenotype of the penitentiary systems. The author considers that these theoretical concepts may contribute to solving everyday conflicts that take place in confinement, considering that such places have particular features and limitations, different from anything that may be observed in any other environment. This is why the penitentiary system is considered and framed as a “total institution”. To approach this investigation, it is required to make a brief account of positive and negative duties in Criminal Law and how they operate inside a penitentiary institution.

*Keywords: Penitentiary systems – Total institution – Omissions – Incumbencies – Positive and negative duties – Guarantor position*

## **Sumario**

**I. El sistema penitenciario como institución total; II. Funcionarios penitenciarios como garantes; III. ¿Qué tipo de riesgos se encuentran abarcados en la posición de garante que ostentan los funcionarios penitenciarios? Una posible respuesta a partir de la aceptación de incumbencias en derecho penal; IV. Palabras finales; V. Bibliografía**

## **I. El sistema penitenciario como institución total**

Como aclaración previa, y con el objeto de comprender cabalmente el análisis que se desarrollará en lo sucesivo, debe partirse de la siguiente premisa: el recluso que ingresa al sistema penitenciario es introducido en una “institución total”, donde todos los aspectos de su vida se encontrarán sometidos a una regulación fija y predeterminada. Este concepto, acuñado por el sociólogo Erwin GOFFMAN,<sup>1</sup> 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 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 y establecimientos educativos) 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)

---

<sup>1</sup> GOFFMAN, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales* (trad. OYUELA DE GRANT) Buenos Aires, Amorrortu, 1970, pp. 19-20.

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).<sup>2</sup>

En este orden de ideas, y a nivel jurídico-penal, esta particular especie de instituciones conlleva una importante disminución en las posibilidades de autoprotección,<sup>3</sup> lo cual se traduce necesariamente en un compromiso específico de mantener indemnes los bienes jurídicos que se refieren a los internos.

Dentro de este marco, el objetivo de este trabajo será determinar cuál es la responsabilidad penal de los funcionarios del servicio penitenciario por las lesiones sufridas por los internos, o que estos últimos pueden causarles a otras personas, durante el tiempo en el que se encuentran sometidos al régimen penitenciario. Para ello, en primer lugar, se analizará la posibilidad de que los funcionarios del servicio penitenciario puedan responder por omisión en estos supuestos (apartado II). En segundo lugar, se analizará cuál sería el alcance de la responsabilidad de los funcionarios en estos supuestos (apartado III). Finalmente, se ofrecerán unas breves reflexiones sobre el tema (apartado IV).

## II. Funcionarios penitenciarios como garantes

En primer lugar, debe destacarse que de acuerdo con el derecho vigente en Argentina, las autoridades penitenciarias integran el concepto de “funcionario público”. Así, de acuerdo con las prescripciones de nuestro ordenamiento jurídico interno, debe calificarse como “funcionario público” a toda persona que se encuentre comprendida en el art. 77, CP, que en su tramo pertinente reza: “[...] *Por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente*”.

Sin perjuicio del carácter de funcionario público de las autoridades penitenciarias, no cualquier clase o categoría de estos agentes públicos será susceptible de responder eventualmente como autor de un delito de omisión impropia. Lo primero que debemos preguntarnos, entonces, es qué clase de posición de garante ostentan las autoridades penitenciarias, para poder ser

---

<sup>2</sup> URRACO-SOLANILLA/NOGALES-BERMEJO, “Michael Foucault: El funcionamiento de la institución escolar propio de la Modernidad”, en *Revista Andaluza de Ciencias Sociales (ANDUCI)*, n.º 12, 2013, pp. 153-167.

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los Delitos de Omisión*, Lima, Grijley, 2004, p. 147.

responsables por omisión respecto de las lesiones que pueden sufrir los internos durante la detención. En particular, ¿recaen sobre ellos posiciones de garante? Y en caso afirmativo, ¿existe algún límite?

En principio, los funcionarios de instituciones penitenciarias tienen un claro deber de intervención en: 1) situaciones de peligro para los internos (o sobre cualquier bien jurídico de estos) y 2) en situaciones de peligro creadas por estos.<sup>4</sup> En este sentido, y situándonos en la clásica diferencia sostenida por la teoría funcional,<sup>5</sup> los funcionarios penitenciarios ostentarían una verdadera posición de garante de *protección* de los bienes jurídicos del interno, como así también de su *control* como fuente de peligro.

Sin embargo, 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 internos.

Con relación a la naturaleza de los deberes de los funcionarios penitenciarios, y de acuerdo con la clásica diferenciación consagrada por JAKOBS,<sup>6</sup> considero que por la dinámica propia de los regímenes penitenciarios, los funcionarios son titulares tanto de deberes negativos como así también positivos. En efecto, y con relación a la primera categoría, no caben dudas de que los funcionarios penitenciarios deben organizar su ámbito de libertad de forma tal que de su comportamiento no devengan daños a los internos. Dicho de otra manera, estos deberes se basan en el deber intersubjetivo de respeto *neminem laedere*<sup>7</sup> y, por esta razón, los internos tienen frente a los agentes penitenciarios un derecho a no ser lesionados. La ley general que vincula los deberes negativos con la responsabilidad por las consecuencias es la del ejercicio previo de libertad con respecto a las esferas jurídicas ajenas, de manera que puede legitimarse frente al propio individuo que es especialmente responsable de lo que suceda a otro por haber ejercido su libertad.<sup>8</sup> De estas

---

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 3, p. 93.

<sup>5</sup> KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga, Schwartz, 1959, p. 283.

<sup>6</sup> JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort, Klostermann 2012, p. 83.

<sup>7</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, pp. 178 ss.

<sup>8</sup> ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho Penal”, en *InDret*, 4/2013, p. 5.

instituciones negativas se desprende necesariamente que quien organiza debe responder de aquellas consecuencias que se deriven de su defectuosa organización, ya sea por acción u omisión.<sup>9</sup>

De igual manera, estos funcionarios ostentan también verdaderos deberes positivos, que 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”.<sup>10</sup> Tales deberes derivarían de la existencia de instituciones diferentes a la libertad de organización y libertad por las consecuencias (propio de 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 omisión.<sup>11</sup>

Retomando el análisis de infracción a deberes positivos, 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 competa al autor, es decir, que sea impuesto por una institución positiva.<sup>12</sup> En algunas ocasiones, el legislador no ha establecido tales

---

<sup>9</sup> 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. Esta tesis es la sencilla consecuencia de los principios básicos del Estado de Derecho: quien organiza, a quien se otorga libertad de organizar, responde por las consecuencias de su organización y, en última instancia, “*libertad de organizar sin contraer responsabilidad no es libertad, sino libertinaje*”.

<sup>10</sup> JAKOBS, *supra* nota 6, p. 83.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Delito de infracción de deber”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Estudios y Debates en Derecho Penal*, t. VIII, Buenos Aires, B de F, 2014, p. 293.

deberes de fomento expresamente positivados, 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.<sup>13</sup>

La pregunta que surge, entonces, es la de 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, por ejemplo, una afectación a su derecho a la vida. *Prima facie*,<sup>14</sup> nos encontramos ante la lesión de un deber positivo, toda vez que el agente

<sup>13</sup> 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 constituirlo. Sin embargo, limita el alcance de este concepto a “instituciones fuertes” jurídicamente reconocidas, como la relación paterno-filial, el matrimonio y los “deberes genuinamente estatales” (véase, JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión* [trad. SÁNCHEZ-VERA], Bogotá, Universidad del Externado, 1996, pp. 53 ss.; íDEM; *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]; íDEM, *supra* nota 6, p. 63). Solo a estas instituciones se les otorga un importante efecto, determinante para esta investigación: en un sentido jurídico-penal, la infracción de estos deberes positivos equivaldría a la infracción de un deber negativo, lo que permitiría imputar al autor la producción de un resultado lesivo. Lo decisivo en estos casos es que el hombre no solo 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 “estatus especial” que obliga a edificar un mundo en común con el bien jurídico protegido. Así, los deberes de los padres frente a 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). 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 las 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 con normas extrapenales.

<sup>14</sup> 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). Sin embargo, los

vulneraría la misión de mejorar ese mundo común que existe entre el bien jurídico y él. Sin embargo, ¿esto es suficiente, en los casos de omisiones, para fundamentar una responsabilidad por homicidio? Entiendo que esto no es suficiente, dado que, como señala ROBLES PLANAS, existe una diferencia entre las violaciones a los deberes positivos y negativos al momento de fundamentar una responsabilidad por omisión.<sup>15</sup> 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.

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 existiese.<sup>16</sup> 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 omisión.<sup>17</sup>

El lector informado se dará cuenta de que el postulado efectuado en el párrafo precedente 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

---

casos problemáticos, y más usuales, son los que implican una violación a deberes positivos, lo que será analizado a continuación.

<sup>15</sup> Véase, por todos, ROBLES PLANAS, *supra* nota 8, pp. 13 ss.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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](http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A8.pdf) [enlace verificado el 18 de diciembre de 2017].

afectado. Dicho de otra manera, se requiere, para la realización típica por comisión por omisión, que el sujeto eventualmente situado en una posición de responsabilidad agravada (por ejemplo, por una disposición de derecho público) *haya adoptado el compromiso efectivo y específico de actuar como barrera de contención de riesgos determinados*,<sup>18</sup> ya que es a partir de ese compromiso que puede sostenerse que existe una equivalencia, una identidad estructural entre las formas de realización típica. Este “compromiso material” se adquiere mediante la realización de actos inequívocos de contención del riesgo, los cuales suscitan en la colectividad como en los potenciales afectados la impresión de que un determinado conjunto de riesgos se encuentra “bajo control”, es decir, se provoca un efecto de confianza y de abandono, tanto en el sujeto potencialmente afectado, como en terceros potencialmente intervinientes.<sup>19</sup>

Por ello, SILVA SÁNCHEZ resalta enfáticamente que la realización típica por comisión por omisión requiere una “plena identidad estructural y material en el plano normativo” entre comisión activa y la realización omisiva”. 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.<sup>20</sup> Entonces, si el sujeto que adopta el compromiso inequívoco de mantener la indemnidad de un bien jurídico determinado permite o tolera que un riesgo, el cual debía neutralizar en virtud del compromiso asumido, se concrete en el resultado, este deberá serle imputado al omitente. Si bien el sujeto no causa activamente el resultado, domina la correspondiente relación de riesgo de igual forma que el autor de una comisión activa.<sup>21</sup>

De esta manera, se deja de lado cualquier tipo de vestigio de concepciones formalistas, pues no se trata, en rigor, de qué clase de deber se infringe, sin más, sino de si *se realiza el tipo* en el nivel de estructuras normativas.<sup>22</sup> Por tanto, el funcionario penitenciario debe cumplir con ciertos deberes positivos en las prisiones y, en lo que se refiere a la protección de los bienes del interno siempre, será responsable (por omisión) si se produce una afectación evitable, siempre y cuando la función de protección, en el caso concreto, haya sido asumida por el funcionario.

---

<sup>18</sup> SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 3, p. 104.

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2015, p. 471.

<sup>20</sup> SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 19, p. 471.

<sup>21</sup> Esta noción de “dominio” también es uno de los ejes fundamentales de la construcción teórica desarrollada por MIR PUIG y SCHÜNEMANN respecto de la figura dogmática de la omisión impropia.

<sup>22</sup> SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 19, p. 471.



### III. ¿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

La pregunta que surge en este contexto, es la de qué riesgos se encuentran abarcados el deber positivo del funcionario penitenciario y que eventualmente deberá asumir. 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.

El autor español citado, en su artículo titulado “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”,<sup>23</sup> responde al interrogante aludido y señala que 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. 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. 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-pública.

En este sentido, si el funcionario penitenciario no impide, cuando puede hacerlo, hechos de esta naturaleza, responderá por comisión por omisión, ya sea dolosa o imprudentemente, según la configuración de su no-impedimento. Si el hecho no impedido se tradujera en lesiones culposas, SILVA SÁNCHEZ admite que sobre el funcionario penitenciario recae un deber jurídico de asistencia, ya que el interno se encuentra en una relación de dependencia respecto de él, pero entiende que ello no es suficiente para sostener una identidad estructural en el plano normativo entre actuar y omitir, y por ello considera que solo se configura una omisión pura agravada.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Publicado en el marco de la obra *Estudios sobre los Delitos de Omisión*, citada *supra* nota 3.

<sup>24</sup> O, según su terminología, una “omisión pura de garante”.

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 solo 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 psico-física 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 *materialmente* excluir de la responsabilidad por comisión por omisión las agresiones 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 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 este trabajo, por razones expositivas, no ingresaré en asuntos tangenciales como su origen iusprivatista o el uso inflacionario que se le asigna al término,<sup>25</sup> sino que centraré el análisis en su operatividad para restablecer los juicios de imputación y, en concreto, la imputación de carácter extraordinario.<sup>26</sup> <sup>27</sup> Esta tiene lugar en aquellos supuestos en que un defecto en el sujeto impide la imputación ordinaria, que sin embargo se restablece en aquellos supuestos donde se hace responsable al sujeto del defecto en cuestión. A continuación, se apreciará de qué manera este instituto dogmático puede contribuir a solucionar problemas prácticos que se generan en el ámbito penitenciario.

---

<sup>25</sup> MONTIEL, “¿Existen las *Obliegenheiten* en Derecho penal?”, en *InDret*, 4/2014.

<sup>26</sup> HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, pp. 274-386; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2008, pp. 533-534.

<sup>27</sup> Existen otros autores que le asignan otro carácter a las incumbencias. Por ejemplo, CÓRDOBA establece que no se trata de deberes jurídicos, sino de cargas. Dicho de otra manera, se trata un deber estatuido en el propio interés de la persona a la que obliga, un deber consigo mismo (CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 153 ss.).

Antes de adentrarse en esta temática es imprescindible formular una importante aclaración respecto de qué implica la noción de “imputar”. Al efecto, resulta de inconmensurable valor el aporte de HRUSCHKA, que distingue entre reglas de conducta y reglas de imputación. Las primeras están compuestas por un sistema de prohibiciones, prescripciones, eximentes y permisiones.<sup>28</sup> 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 normativos.<sup>29</sup> 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, las cuales lógicamente presuponen la existencia de reglas de conducta dirigidas al destinatario, para que este las perciba como tales (función prospectiva).<sup>30</sup>

En este orden de ideas, resulta de relevante importancia indagar respecto del fundamento de la imputación extraordinaria en función de las incumbencias, cuya naturaleza parecería encontrar asidero en las reglas de conducta y no de imputación, ya que estas establecen cómo se debe actuar. SÁNCHEZ-OSTIZ se pregunta, en este punto, si las incumbencias son imperativos hipotéticos o categóricos.<sup>31</sup> Como imperativo, una proposición expresa un mensaje obligante, una expresión que pretende influir en su destinatario en términos de constricción. Para desarrollar esta cuestión, aconseja sujetarse a la doctrina de Kant. Así, el imperativo es una regla que exige una acción en términos de constricción al destinatario; es un principio objetivo de conducta. 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.

---

<sup>28</sup> HRUSCHKA, *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Buenos Aires, B de F, 2008, p. 5.

<sup>29</sup> CORDINI, “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, p. 8.

<sup>30</sup> CORDINI, *supra* nota 29, p. 9.

<sup>31</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, *InDret*, 1/2015, p. 11.

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 concretarlo.<sup>32</sup> 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 negativa, ya que se necesita 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’”.<sup>33</sup>

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.

Ahora bien, 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 respectivo.<sup>34</sup>

Veamos cómo puede funcionar este instituto dogmático en el contexto de sistemas penitenciarios y de qué manera puede contribuir a solucionar entramados de imputación de

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, “Imputación e incumbencias en Derecho penal”, en *Polit. Crim.*, vol. 12, n.º 24, 2017, p. 1219.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, *supra* nota 32, p. 53.

características complejas. A tal efecto, puede resultar útil traer a colación 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 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”.<sup>35</sup> 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 internos,<sup>36</sup> 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 responsabilidad (en este caso, la falta de asunción efectiva de la función de protección respecto de los riesgos generados de modo

---

<sup>35</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN, “M.L.J. c. Provincia de Neuquén”, sentencia del 27 de agosto de 2012 (LLPatagonia 12/2012, 638).

<sup>36</sup> V.gr. Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal (20.416), art. 5.º inc. “a”.

imprudente), toda vez que la infracción de incumbencias trae aparejado el restablecimiento del juicio de imputación.

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 autorresponsabilidad.<sup>37</sup>

Puede observarse, entonces, cómo la noción de “incumbencias” en derecho penal viene a introducir significativos cambios en las concepciones doctrinarias más arraigadas en materia de omisión impropia y posición de garante, cuya implementación repercutirá en los juicios de imputación que puedan llegar a formularse, ya que el deber de mantener la indemnidad de determinados bienes jurídicos se expandirá a nuevas situaciones que antes no se encontraban abarcadas —particularmente, tal como se señaló precedentemente, casos de agresiones imprudentes también se encontrarán englobados bajo la órbita de la posición de garante que ostentan algunos funcionarios—. Todo esto se traduce en una clara reducción de los espacios de riesgo permitido de funcionarios o agentes que actúan dentro del marco de instituciones totales.

#### **IV. Palabras finales**

A modo de colofón, puede concluirse, al menos provisionalmente, 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

---

<sup>37</sup> VACHELLI, “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.

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 circulares, 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.

Las incumbencias (*Obliegenheiten*), como pautas de comportamiento que posibilitan el fiel cumplimiento de determinadas reglas de conducta, ofrecen una nueva óptica para analizar aquellas conductas que combinan imprudencia con omisión impropia y que son frecuentes en algunos ámbitos como el aquí analizado. Así, nos encontramos ante una interesante ampliación de casos donde pueden operar juicios de imputación extraordinaria para fundamentar, a través de reglas adversativas, la responsabilidad penal por un suceso determinado. Dicho de otra manera, el aporte esencial de esta figura dogmática radica en que podrá imputarse a un agente un determinado hecho no meramente por haber violado un deber positivo, sino por actuar en forma contraria a ciertas incumbencias, tanto de *conocimiento* como de *disposición*.

Decididamente, resulta imperativo analizar profundamente estas figuras dogmáticas y su operatividad en distintos escenarios, circunstancia que permitirá comprender cómo deben evaluarse las cadenas de imputación en delitos en los que funcionarios públicos registran distintos niveles de intervención delictiva.

## V. Bibliografía

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.

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

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

HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988.

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

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 [1991];

— *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort, Klostermann 2012.

KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga, Schwartz, 1959.

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

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](http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A8.pdf) [enlace verificado el 18 de diciembre de 2017]

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

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

ROTERING, “Über die Verbindlichkeit des Handelden zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolgs au seiner selbst schuldlos erzeugten Gefahr”, en *GS* 34, 1883.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2008.

— “¿Incumbencias en Derecho penal? Depende”, *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, Buenos Aires, B de F, 2017, pp. 41-60.



—“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”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.) *Estudios y Debates en Derecho Penal*, t. VIII, Buenos Aires, B de F, 2014, pp. 288-317.

SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 412.

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.

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.

Jurisprudencia nacional:

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).