

El Agente Penitenciario como garante y cómplice de agresiones entre internos

Julieta Makintach

I. Introducción [\[arriba\]](#)

El jueves por la noche, el interno Mario Ortiz, de 23 años, apareció ahorcado en uno de los pabellones del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza. Aún no se determinó si fue un homicidio o un suicidio. Sus allegados descartan esta última posibilidad porque Ortiz, testigo de una muerte reciente de otro interno, en diciembre salía en libertad y no tenía un motivo para matarse. Lo cierto es que las versiones indican que fue abandonado a su suerte por un guardia cuando apenas habían pasado segundos de que se colgara[1].

Las cárceles, espacios cerrados, limitados y compartidos por desconocidos que no mantienen entre sí ningún otro lazo que no sea el vinculado a una infracción a la ley penal, priva al detenido de su libertad y además, de su intimidad, su medio socio-ambiental, espacial y físico de defensa. A cambio le ofrece prácticas invasivas de requisas y cacheos que disminuyen las posibilidades de defensa del afectado pero le garantizan que los demás se encuentran en igual situación.

Caracterizada por FOUCAULT bajo la idea de “institución completa y austera”[2], la prisión otorga a sus funcionarios un poder de sujeción y control para regular todos los aspectos de la vida de los internos y así los convierte en garantes de velar por la indemnidad de quienes sufren una disminución en sus posibilidades de autoprotección como consecuencia del acto de reclusión.

En este contexto son dos los deberes jurídicos de naturaleza pública que aparecen como esenciales: “vigilar”, para evitar fugas en el cumplimiento del régimen privativo de libertad y “cuidar” en la misión de protección de la vida, y bienes jurídicos fundamentales de quienes transitan la vida penitenciaria. El problema se presenta cuando la administración penitenciaria “...no vigila o no cuida...” y eso permite la afectación de la vida y la integridad física de los reclusos como medio de sometimiento o autopuesta en peligro[3].

Las estadísticas indican que los reclusos enfrentan situaciones de peligro para la vida con resultados letales de manera cotidiana en el ámbito carcelario, un sector de la realidad que, no obstante su calidad de institución pública protegida por garantías constitucionales y principios sentados en los distintos instrumentos internacionales[4], parece escapar al control punitivo estatal al tiempo de establecer la responsabilidad de sus funcionarios.

La intervención judicial nos brinda una mirada descriptiva de los hechos, sujeta a criterios causales empíricos que parece conformarse con el reproche dirigido a un único culpable “causante”, en su carácter de ejecutor y su calidad de recluso, de los delitos cometidos en el ámbito carcelario.

Una respuesta menos precipitada requiere indagar acerca de quiénes deben responder por el resultado producido en los derechos de la víctima: Solo quien causó activamente el resultado o también quienes tenían el control del riesgo y comprometidos a evitar su desarrollo permitieron que sucediera el delito?

Dicho esto, podemos afirmar con STRATENWERTH que en las formas básicas del delito no

sólo puede estar prohibido lesionar bienes jurídicos mediante comportamientos activos, sino que también puede estar mandado evitar la producción de ese mismo resultado lesivo[5]. En ese contexto, que quien sea denominado autor y quien tercero y probable partícipe, como señala JAKOBS, solo depende de la perspectiva adoptada en el esquema de imputación[6].

Los conflictos sociales interesantes al derecho penal se presentan en la actualidad como creaciones de riesgos jurídicamente desaprobados en esferas de bienes jurídicos ajenas. En el ámbito penitenciario, involucra vulneraciones de compromisos asumidos por el personal carcelario cuya identificación se vuelve más rica mediante el uso de las herramientas y alcances logrados en el área académica.

Afrontar la realidad carcelaria y la significación jurídica que le otorga la praxis judicial desde una perspectiva dogmática permite reducir esta “cuestión de lotería” aludida por GIMBERNAT[7] derivada aquí de la incertidumbre evidenciada en criterios judiciales dispares al tiempo de resolver cuestiones específicamente vinculadas a la aplicación de la figura de comisión por omisión. Tiene la pretensión de lograr decisiones jurisdiccionales dotadas de una mayor solvencia, racionalidad y respetuosa de los principios legitimantes del derecho penal.

II. Estado de la discusión [\[arriba\]](#)

El problema vinculado a los deberes de intervención del agente penitenciario frente a los eventos carcelarios tiene una extensión inabarcable dada la multiplicidad de situaciones de violencia institucional y presenta matices diferenciados dentro de las distintas opciones que propone la teoría del delito como solución al conflicto.

Basta solo mencionar la existencia de motines, incendios, tomas de rehenes, contagio de enfermedades, en particular el HIV, supuestos de autopuesta en peligro, autolesión, (el suicidio, la huelga de hambre), y entre otros, los casos de agresiones dolosas entre internos, a los que se limitará el presente trabajo.

En ese contexto nadie podría válidamente sostener que un funcionario policial o penitenciario deba brindar una garantía tan extensa y abstracta que lo convierta en omnícompetente guardián de cualesquiera de los peligros capaces de afectar todos bienes jurídicos imaginables en la persona de un detenido sin límite alguno.

Ante un incendio en la cárcel de Olmos la C.S.J.N. sostuvo: “...se evidencia que las autoridades carcelarias no pudieron salvaguardar ni la seguridad ni las vidas de los internos, (...) las graves insuficiencias de la unidad, que albergaba para entonces aproximadamente 3000 internos, excediendo notoriamente su capacidad, calculada en 1000. (...) la precariedad de las instalaciones eléctricas, el uso tolerado de calentadores que se utilizaban para cocinar ante la falta de suministro adecuado de alimentos, (...) carencia de elementos extintores....etc. [l]a sentencia ... aunque sobreseyó definitivamente al entonces director del establecimiento por los delitos de homicidio y lesiones culposas que se le imputaron, aclaró que ello no implica afirmar "que nada ha pasado en estos autos y que 35 personas muertas y 9 lesionadas, que se encontraban confiadas al Estado, obligado por las

mandas constitucionales transcriptas a velar por su seguridad no generan ningún estímulo al sistema penal que los internó en el establecimiento"[8].

Subyace aquí una distinción que creo conveniente remarcar. Existe por un lado una responsabilidad estatal vinculada a un déficit o funcionamiento anormal de la administración, que si comprende defectos estructurales y cualquier accidente imprudente o acaso tragedia que pueda ocurrir en los centros de reclusión de detenidos y otro ámbito de responsabilidad penal, englobando supuestos de hechos dolosos de un tercero[9].

Sobre esto último, los lineamientos expuestos por la C.S.J.N. no dejan ya margen de duda al expresar: "...es el Estado el que 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"[10].

Habrá que determinar en qué condiciones y circunstancias el funcionario que no evita delitos dolosos intramuros contra la vida, la integridad física, el patrimonio o la libertad sexual responde en calidad de autor o participe en comisión por omisión de un homicidio, lesiones, robo o violación de un detenido para con otro en estado de indefensión producto de su reclusión.

El estándar de decisión judicial frente a la responsabilidad jurídico penal del funcionario es confuso y plantea tres opciones posibles:

I. Su negación, convirtiendo a la cuestión en un interrogante que nunca llega a plantearse por los operadores del sistema, en una suerte de violencia institucional silenciada[11].

II. El tratamiento de la cuestión limitado a la consideración de una omisión pura y simple ligada a infracción de un mandato de nuda actividad y jurídicamente significado bajo el delito de incumplimiento de deberes de funcionario público. En estos armados típicos se privilegia la aplicación de tipos penales en los que el legislador optó por no integrar al resultado como elemento de su configuración. El ámbito de protección de la norma se circunscribe a resguardar la vigencia del principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, esto es, la regularidad de los actos funcionales ante la ley. La estructura del tipo se limita a la verificación de una acción distinta a la indicada y no establece ningún vínculo de imputación con el resultado lesivo de bienes jurídicos que pudiera ocurrir. Se aleja por mucho de los supuestos de comisión por omisión, tanto en su configuración típica como en su contenido de injusto y magnitud de reproche.

III. La última e inexplorada opción evidencia que el poder de configuración que el ámbito carcelario otorga a sus funcionarios permite afirmar que la gran mayoría de los supuestos de los delitos dolosos sucedidos dentro de los calabozos solo puede ser explicados a partir de una necesaria participación en comisión por omisión por parte del agente penitenciario.

La jurisprudencia dominante muestra resistencia al tiempo de establecer la responsabilidad penal del funcionario penitenciario que pasivo en su intervención tolera la afectación de derechos individuales, subestima su capacidad de control de la situación y se encuentra con obstáculos dogmáticos que parece no poder superar en pos de arribar a soluciones más justas.

La postura de la Corte en alusión a la posición especial de garante del agente penitenciario en función del poder de control y sujeción que ejercen sobre los internos aparece hoy consolidada por el precedente “MENDOZA” de la C.I.D.H.[12].

Si entonces asumimos que el funcionario es garante del interno y debe velar por su integridad en respeto al principio de dignidad humana, resta por determinar el alcance normativo y consecuencias jurídicas de tan noble postulado.

Existen herramientas elaboradas por la doctrina para lograr decisiones jurisdiccionales más precisas y ajustadas a derecho, tanto en su encuadre dogmático como en el alcance de sus consecuencias jurídicas proporcionales al grado de reproche y contenido de injusto verificado en estos supuestos.

Eliminada la opción que desvincula al funcionario de la violencia ejercida por un detenido contra otro, se podrían adoptar las siguientes variables. Con ese propósito se intenta abrir camino hacia una alternativa distinta de la clásica encrucijada usualmente planteada entre dos posiciones extremas como posibles soluciones.

A) la consideración de una omisión propia y sus variables: pura y simple desatendida de las consecuencias, (vgr. Incumplimiento de deberes de funcionarios) ó supuestos reglados de comisión por omisión, (vgr. Omisión de evitar tortura) - insuficientes para dar una respuesta acabada del conflicto.

b) el tratamiento del garante como autor o instigador: ligada a quienes funcionan bajo las reglas propias de la lógica de infracción de deber[13] y que, como título de intervención, en muchos casos ofrece reparos con matices de valoración axiológica y en ocasiones sustento técnico, como ocurre en presencia de elementos especiales del ánimo o la categoría de los delitos de propia mano[14] (vgr. abusos sexuales entre internos)

La realidad carcelaria con sus conflictos y atentados cotidianos contra la integridad sexual de los internos obliga a los operadores a enfrentar una dogmática novedosa y poco explorada en la jurisprudencia capaz de brindar una solución intermedia entre las omisiones simples guiadas bajo el *neminem laede* y la responsabilidad directa por el resultado enmarcadas bajo supuestos de autoría o extensión de autoría.

En este contexto, la participación en comisión por omisión es la encargada de llenar el vacío evidenciado en muchos de los delitos dolosos intramuros, reportando en su singularidad la accesoriidad requerida como presupuesto a su existencia y teniendo en especial consideración que no obstante manejar la misma escala punitiva, la determinación de la pena del partícipe es de menor cuantía en su imposición otorgando al juzgador un mayor margen de discreción.

Propongo a continuación verificar lo afirmado a partir de su adecuación al mundo de los hechos tomando como testigo un caso real ventilado en la justicia para luego cotejar su significación jurídica y así testear la capacidad de rendimiento de teoría aquí expuesta

III. Caso testigo [\[arriba\]](#)

Trata de un joven de 21 años sin antecedentes penales alojado un fin de semana en una Comisaría de la Provincia de Buenos Aires, indefenso, incomunicado, librado al sector de los calabozos, sufrió en su estadía el hostigamiento y acoso permanente del mandamás de la seccional. Un detenido que, libre en sus movimientos y armado, en ese contexto y a la vista de todos, coaccionándolo con una faca que obraba en su poder robó todas sus pertenencias y lo sometió a distintos abusos sexuales reiterados y con variado alcance.

Ingresó a la seccional por un impedimento procesal insertado en la plana de capturas que establecía debía estar en resguardo hasta tanto el Juzgado Federal determinara si interesaba su detención en una causa antigua por una tenencia simple de estupefacientes iniciada en su contra[15].

En un primer momento lo ubicaron en un cuartito que hacía las veces de lugar de aislamiento pero luego fue ubicado en el sector de los calabozos con el resto de la población y se lo expuso al contacto corporal directo con un detenido que gobernaba el sector. Se trataba de un individuo con antecedentes de agresión. Este fue quien primero se le acercó, prestándole particular atención. Aclara que existían dos rejas que lo separaban de aquel pero que el domingo por la mañana este solicitó a los funcionarios que le abrieran la reja que dividía el sector para poder baldear y destapar la rejilla que se había encargado de inundar. A partir de entonces se permitió que aquel deambulara por todo el pasillo de la seccional[16] con un palo de escoba y una faca, no detectada en las diligencias de requisas mencionadas como por demás agresivas e invasivas[17].

Estas circunstancias generaban una situación de peligro que ameritaba incrementar las medidas de observación y vigilancia de los presos.

Horas más tarde escuchó al imputado ordenar al encargado de vigilancia que fuera a comprar hielo. En ese contexto referencial, aprovecho que el imaginaria abandonó su puesto para robarle sus pertenencias. Cuando se sacó el pantalón frases insultantes de por medio y coaccionándolo con la utilización del cuchillo lo obligó a que se pusiera de espaldas contra la reja para poder abusar de quien indefenso debió someterse a tocamientos sexuales mientras le refería que se trataba tan solo de un adelanto de lo que pasaría horas más tarde.

Cuando la víctima acudió al auxilio del personal policial se hizo presente el jefe de guardia y anoticiado resto importancia a lo anoticiado y respondió “déjate de mariconear, el lunes pasas por el Juzgado y te vas en libertad”, entre tanto el ladrón repartía el botín.

Vencido por el cansancio se durmió. Según los dichos de otros presos esa noche el imaginaria durmió a unos escasos dos metros del sector de los calabozos pero del otro lado de la reja, en la antesala, lo que solía suceder cuando el agresor andaba suelto.

El joven despertó sobresaltado al sentir que alguien lo agarró del cuello intentando tapar su boca. Advirtió por la importante contextura física del agresor que se trataba del victimario quien lo obligó a que se quedara quieto y lo puso de espaldas contra la reja para accederlo carnalmente, lo que así sucedió sin que nadie acudiera en su ayuda.

Recuperó su libertad el lunes por la mañana y al día siguiente denunció lo que aquí se narra. Reservándose el derecho de instar la acción por la violación sufrida, principalmente solicitó se investigara la responsabilidad del personal policial de la Comisaría por los hechos que lo perjudicaron gravemente durante su estadía en la seccional.

El agresor fue condenado a una pena de veintitrés (23) años de prisión, en carácter de autor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de arma y abuso sexual reiterado en dos oportunidades, agravado por el empleo de armas, manteniéndose en él la condición de reincidente[18].

La solución jurídica que lo acusación propuso y que el Tribunal interviniente dio en respuesta al caso planteado se reduce al delito de incumplimiento de deberes del oficio. Una omisión pura y simple que asigna una pena de multa e inhabilitación especial de un mes a un año al funcionario público que "...ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio "[19].

El expediente judicial contiene afirmaciones que indican que varios incumplimientos funcionales permitieron que el agresor se acercara a la víctima, pudiera coaccionarlo con el uso de un cuchillo que le otorgaba un mayor poder vulnerante y tener un contacto corporal directo con él al punto de poder abusar sexualmente de él. No obstante optando por la segunda opción dentro de los posibles estándares de decisión nunca se llegó a establecer un significado jurídico vinculado a una intervención delictiva.

Sin embargo, el poder de configuración policial en el marco de ejecución de los hechos permite establecer que la decisión de no prestar la asistencia debida por quienes asumieron el compromiso de control del riesgo típico luego realizado en el resultado, implicó prestar una colaboración indispensable en la ejecución de los delitos de robo y violación.

IV. Presupuestos de participación en comisión por omisión [\[arriba\]](#)

En el ámbito de la tipicidad, los elementos comunes a toda omisión, complementados en su estructura vinculada a la atribución de un resultado, determinan tres tramos de imputación.

El primer segmento está determinado por la ocurrencia de una situación de peligro generadora del deber de actuar solo a quien ocupa una posición de garante. De allí que el tipo omisivo sea siempre circunstanciado y referencial, depende para suceder de la concurrencia de un contorno fáctico determinado para dar vida a la norma imperativa contenida en el tipo.

El acto de reclusión de una persona en el ámbito carcelario, conforma una situación de peligro que sienta ya desde entonces un cúmulo de deberes de asistencia y aseguramiento para su protección y vigilancia en lo atinente a sus condiciones de detención y características que rodean su lugar de alojamiento[20].

Luego de pasar revista por las distintas posturas elaboradas en torno a la posición de garante descubriendo que todas ellas mantienen alguna vigencia: sea aquella vinculada a las fuentes jurídicas del deber, la teoría material de las funciones o deberes agrupados atendiendo al fundamento de responsabilidad en virtud de una competencia por organización sea por una incumbencia institucional, todas ellas coinciden en asignar al agente penitenciario el rol de garante en virtud del control y poder de sujeción que ejerce en el ámbito carcelario.

Fácil es advertir que el agente penitenciario cumple dentro de la construcción de la teoría de las funciones elaborada por KAUFMANN tanto con la función de protección de bienes jurídicos como de control de una fuente de peligro[21], ello naturalmente en la medida de las competencias específicas de cada funcionario atendiendo a las reglas del principio de distribución funcional y la búsqueda de un fundamento material de responsabilidad.

En apoyo a esto último acudo a MIR PUIG[22] para destacar que una solución respetuosa de los principios de legalidad y culpabilidad exige la presencia de dos ideas centrales que cumplen un papel fundamental al tiempo de sustentar una auténtica y verdadera posición de garante: la atribuibilidad del riesgo y una concreta situación de dependencia personal.

La atribución del riesgo tiene lugar una vez constatada una creación o aumento de un peligro imputable al omitente, tanto por originar la fuente de peligro como por crear en los demás las expectativas de confianza indicativas de que el sector se encuentra “bajo control”, lo que aquí sucedió colocando a la víctima en una posición de concreta y efectiva dependencia demostrando a las claras que la indemnidad de su integridad física a merced de la voluntad de intervenir del personal penitenciario.

En Alemania, la doctrina y la jurisprudencia no dudan en asignar este rol de garante al funcionario penitenciario. En su origen formulada a propósito del médico penitenciario en función del monopolio de asistencia sanitaria, luego extendida a los demás personajes del servicio tiene por déficit una concepción formal vinculada a una suerte de status profesional.

En este sentido, la bibliografía permite vislumbrar un interesante confronto entre dos posturas, “infracción de deber vs equivalencia normativa”, que define la cuestión.[23]

La primer variable producto de una discusión teórica frustrada por la imposibilidad de hallar un elemento común entre acción y omisión luego de transitado el camino del causal naturalismo; neokantismo valorativo; finalismo; teoría social; concepción personal por ROXIN, que llega a sus últimas instancias con la teoría negativa de la acción que invierte el problema[24], optó por concebir a los delitos de acción como formas típicas de realización comisiva mientras que los omisivos fueron tratados bajo la lógica de delitos de infracción de un deber.

Su mismo nomen iuris, omisión impropia revela una consideración del problema desde una perspectiva axiológica. En efecto, se trataba de casos que desde lo ontológico estructural eran vistos como una omisión nunca equivalente en su estructura a la acción y por eso el diminuyente de pena, pero de mayor gravedad, en virtud de la presencia de un especial deber, intenso y cualificado, de garante de evitar un resultado. De allí la discusión gira en torno a cómo debía configurarse ese deber y en la imperiosa necesidad de salvaguardar el

principio de legalidad mediante una cláusula de conversión que habilitara la parificación y su consecuente recepción legal allá por el año 1975 en el §13 StGB[25]. Dentro de esta concepción formal parece ubicarse JAKOBS, ROXIN, SANCHEZ VERA; PAWLIK, SANCINETTI.

Una segunda visión más restrictiva en la aplicación de la figura de comisión por omisión, añade a la posición del deber de garantía un ídem normativo en las estructuras de imputación para su equiparación con los delitos comisivos de resultado. Esta corriente instalada en España y signada por su principal referente SILVA SÁNCHEZ involucra a un garante que adquiere el control del riesgo típico en virtud de un compromiso asumido que lo coloca en una situación determinada y de concreta dependencia personal para con el bien jurídico en peligro que reclama asistencia.

La figura construida a partir de un ídem normativo con la comisión activa, titulada comisión por omisión, comparte con la omisión su base ontológica porque no hay una creación del riesgo vía causal eficiente activa pero sí un control del riesgo idéntico a aquel que se tiene en delitos comisivos. Acompañan esta postura MIR PUIG; GIMBERNAT ORDEIG; GRACIA MARTIN, LUZON PEÑA, BALDO LAVILLA, CORCOY BIDASOLO, ROBLES PLANAS, entre otros.

Deriva de esta concepción la premisa que indica que los verbos típicos se encuentran semánticamente abiertos a la contemplación de la comisión por omisión, de allí la innecesariedad de la cláusula de complementación o conversión[26].

Lo decisivo entonces, como lo destaca Ricardo ROBLES no es el deber institucional o la esencialidad del ámbito para el sistema social sino el ejercicio de una decisión previa ejercitada en un espacio de libertad administrado por el individuo para con el hecho lesivo al adoptar el compromiso de contener el riesgo, con las connotaciones aportadas por SILVA SANCHEZ para ilustrar la necesaria equivalencia.

El segundo tramo de imputación se integra con la producción del resultado y la verificación de una acción distinta a la mandada para evitarlo. Así, menciona la doctrina en forma pacífica que al garante se le impute el deber de evitar el resultado, que una vez verificado se le adjudica normativamente como si lo hubiera causado en forma activa.

No obstante vale destacar que no cualquier incumplimiento funcional sustenta las bases para la atribución de una intervención omisiva en un delito de resultado, sino tan solo aquel que muestra que un riesgo no controlado por quien asumió ese compromiso de contención se realizó luego en el resultado lesivo de aquellos bienes jurídicos encomendados.

La responsabilidad penal se asienta en la idea de “...la creación de un riesgo desaprobado que tenga un nexo con el peligro que quiere evitar la norma que ha sido violada. Es decir, que el resultado debe ser la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado por la norma que regula los deberes”[27].

Así, la conducta efectiva desplegada por el personal policial a cargo de los calabozos (sustrato de imputación) y su discordancia con la pretensión de asistencia requerida (sentido típico omisivo[28]) se resume en dos ideas fundamentales: el haber vulnerado el deber de protección del joven de 21 años detenido por un fin de semana al exponerlo al

contacto con la población y la liberación del control de la fuente de peligro que el victimario significaba suelto y armado deambulando por el sector.

En cuanto a la capacidad de acción ó evitación del resultado, se trata de establecer un nexo de imputación que permita acreditar que la intervención omitida habría evitado el resultado, al menos con práctica seguridad[29] y requiere además que el riesgo no controlado sea aquel realizado en el resultado, conforme a los criterios de imputación objetiva[30].

En suma, el juicio a realizar no puede ser otro que aquel que surja de la vinculación subjetiva de cada uno de los personajes involucrados con las concretas circunstancias del caso, el conocimiento y control que pudieron tener de la situación típica de peligro, la capacidad de intervención y la necesidad de averiguar quiénes de los funcionarios han asumido el riesgo concreto que desbordó en el resultado.

“Y si resulta que cada uno tiene un deber de autoprotección (es garante de si mismo), quien priva intencionadamente a otro de la posibilidad de defenderse adopta, por compromiso inequívoco, funciones de protección sobre él [31].”

V. Resumen y conclusiones [\[arriba\]](#)

Estas páginas comprueban que la omisión de los deberes impuestos en el reglamento de detenidos no son simplemente meras irregularidades funcionales sino en general conductas desaprobadas creadoras de riesgos capaces de brindar la información necesaria y de la cual no puede prescindirse para la explicación de los delitos cometidos por un tercero que lleva a cabo sus designios delictivos a la perfección sin interferencia alguna.

La fuerte normativización de los conceptos que caracterizan al derecho penal moderno, permite considerar que en los tipos penales, mandatos y prohibiciones, acción y omisión, resultan idénticos en un plano superior normativo como títulos de imputación de un resultado[32]. En ese contexto creo que los verbos típicos tienen un sentido adscriptivo, de atribución de sentido, capaces de albergar en su contenido juicios normativos comprensivos de fenómenos omisivos.

Particularmente creo que incluir una variante omisiva en el modo de interpretar los delitos comisivos de resultado no implica asumir que “no matar” sea igual a “cuidar la vida del prójimo”, sino más bien considerar que el interés resguardado (vgr. vida) también puede lesionarse cuando quien tiene el control de los riesgos en una situación de peligro concreta tolera la lesión de un bien jurídico específico que se encuentra a su cuidado.

Me inclino entonces por compartir la visión que indica: “...todo concepto que tenga que ver con el derecho es puramente normativo... y, sobre todo, adscriptivo... El injusto penal tiene que ver con un juicio de desvalor; lo importante aquí es poder afirmar que algo es obra de alguien (luego viene la atribución lógica de la consecuencia jurídica de aquella afirmación)”[33].

Y en esta línea de pensamiento mantengo ciertas dudas acerca de la necesidad de incorporar una cláusula de conversión dentro del catálogo penal que rige nuestro ordenamiento. A mi ver, esta no es una respuesta necesaria, tampoco suficiente a efectos

de lograr que la figura obtenga una receptación uniforme y coherente por parte de los operadores del sistema. Además su ausencia reporta la ventaja de mantener al fenómeno de la omisión impropia dentro de sus justos y reducidos límites de punición.

Habría que determinar entonces cuales son las reglas de atribución y reparto de responsabilidades en una sociedad como la actual que reclama garantías de situaciones peligrosas que demandan prestaciones positivas de salvaguarda hacia los bienes jurídicos fundamentales. Esto sin olvidar la necesidad de verificar la presencia en cada caso concreto de cada uno de los presupuestos de imputación, en particular aquellos atinentes al principio de distribución funcional frente a varias personas involucradas en la escena y la necesaria correspondencia con el delito comisivo[34].

La ciencia jurídica actual liberada ya de las ataduras causales, debe preocuparse por desvalorar comportamientos vinculados a modos de control sobre el riesgo típico y, en todo caso verificar en cada caso concreto el alcance del compromiso asumido en salvaguarda del bien jurídico protegido.

En este ámbito, los presupuestos de imputación en comisión por omisión exigen la presencia del titular de un deber que ha vulnerado el compromiso adoptado de actuar a modo de barrera de contención de ciertos riesgos creados en una situación de peligro conocida por el omitente tolerando la lesión del bien jurídico que, encontrándose en relación de indefensión e dependencia con este, reclamaba su asistencia. Esa identidad estructural en el plano normativo, requiere además su complemento con una correspondencia típica en su forma de realización típica.

El cambio de paradigma del principio de legalidad delega una enorme cuota de responsabilidad en los encargados de aplicar la figura a los casos concretos. Razones de prudencia y seguridad jurídica aconsejan a los operadores jurídicos evitar decisiones precipitadas en respuesta a sucesos que han generado una gran conmoción social para sentar una jurisprudencia dotada de cierta solvencia y uniformidad.

Como enseña YACOBUCCI, la legitimidad del derecho penal de nuestros días “No viene dada por el solo respeto de las formas o procesos de formulación normativa -aunque expresen la voluntad del legislador- sino que deben asumir un elenco de principios, valores, estándares que expresen la configuración de la sociedad [35]. Así, entonces, reposa en operadores del sistema preparados jurídicamente para afrontar principios materiales del orden constitucional, político, ético y social.

A esa labor se intenta brindar herramientas para que la función jurisdiccional tenga la posibilidad de adoptar decisiones ajustadas a lo que es debido en base al derecho, guiadas por los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas y que no estén limitadas por el uso limitado de la dogmática penal.

BIBLIOGRAFIA

FOUCAULT, Michel: FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión, traductor Aurelio Garzón del Camino, 1ª edición, Siglo Veintiuno Ed, Buenos Aires, 2002.

GRACIA MARTIN, Luis: Actuar en lugar de otro en derecho penal, Teoría General. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, Colección Autores del Derecho Penal, dirigida por Alberto Edgardo Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

- La omisión impropia en la dogmática Alemana. Una Exposición. ADPCP, Vol L, 1997 disponible en internet <http://www.cienciaspenales.net> , 2013.

- “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?”, Monografías Jurídicas, n 29, Ed. Temis, Bogotá, 1983.

JAKOBS, Gunther: Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2da. Ed., corregida, traducción Joaquin CUELLO CONTRERAS, Jose Luis SERRANO GONZALEZ de MURILLO , Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

- La imputación objetiva en el derecho penal. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Ad Hoc S.R.L, Buenos Aires, 1996.

-La competencia por organización en el delito omisivo, trad. de Enrique PEÑARANDA RAMOS, Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 1995.

-La imputación penal de la acción y de la omisión, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos N° 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 1996.

- “El ocaso del dominio del hecho”, en Conferencias sobre temas penales Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2000.

- “La omisión: Estado de la cuestión”, traducción a cargo de Javier SANCHEZ VERA GOMEZ TRELLES, en Sobre el estado de la teoría del delito, (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra) Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, pp.129-153.

JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND Thomas: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5 Edición, corregida y ampliada, Ed. Comares, Granada, 2002.

MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal Parte General, 7ª edición, 2º reimpresión, BdeF, Julio Cesar Faira Editor, Buenos Aires, 2005.

NINO, Carlos S.: “¿Da lo mismo omitir que actuar? (Acerca de la valoración moral de los delitos de omisión)”, Revista jurídica argentina La Ley, Buenos Aires, 1979. pp. 801-817.

PAWLIK, Michael: "El funcionario policial como garante de impedir delitos" InDret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2008.

ROBLES PLANAS, Ricardo: Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2007. "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)" InDret, Revista para el análisis del derecho, disponible en www.indret.com, Barcelona, 2012.

ROXIN, Claus: - Autoría y dominio del hecho en derecho penal, traductor Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000.

SANCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, Javier: Delito de infracción de deber y participación delictiva, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2002.

- El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial. Colección Monografías de Derecho Penal N°2 Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

SANCINETTI, Marcelo A.: Casos de derecho penal, 3° edición reelaborada y ampliada, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 2005.

- El ilícito propio de participar en un hecho ajeno, Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos N°3, Bogotá-Colombia, 1998.

- "Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte General de los códigos penales", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, AÑO VII, N°11, Ad-Hoc S.R.L. Villela Editor, Buenos Aires, 2001, pp.93-150.

SERGI, Natalia: "Delitos imprudentes en el ámbito carcelario: La responsabilidad por omisión del agente penitenciario", en Cuestiones Particulares de la imprudencia en el derecho Penal, Julio B.J. MAIER -Compilador- Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires, Primera edición 1999, pp.37-60.

SILVA SANCHEZ, Jesús María: "La comisión por omisión y el nuevo código penal español" en Consideraciones sobre la teoría del delito. Editorial Ad. Hoc., Buenos Aires, 1998, pp.73-123.

- Estudios sobre los Delitos de omisión, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.

- El delito de omisión. Concepto y Sistema, 2° ed. Actualizada. 2° reimpresión. Bdef, Montevideo- Buenos Aires, 2010.

- La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, Tercera Edición ampliada, Editorial Bdef, Buenos Aires-Montevideo, 2011.

STRATENWERTH, Gunter: Derecho penal. Parte General, I, El hecho punible, 4° Edición totalmente relaborada. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

TROVATO Gustavo F.: “Incorporación legislativa de la comisión por omisión, ¿Más costos que beneficios? A propósito del análisis de Jesús María Silva Sánchez al artículo 11 del Código Penal español.” En Revista Lexis Nexis, fascículo 15, Buenos Aires, 2005.

YACOBUCCI, Guillermo J.: - “La conflictiva relación entre la ley penal e interpretación”, en Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal, IJ-L-841, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro: Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, Actualizado en diciembre de 2006, Ediar, Buenos Aires, 2009

JURISPRUDENCIA

- C.S.J.N., “ANTOGNAZZA, María Alejandra s/ abandono de persona calificado” causa N° 19.143/03, 11/12/2007.

- C.S.J.N. , “VERBITSKY, Horacio s/ Habeas Corpus” V. 856. XXXVIII, rto. el 03 de Mayo de 2005.

- C.S.J.N. “BADIN, Rubén y otros v. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 19/10/1995 JA, Fallos 318:2002.

- CIDH en el caso “Instituto de reeducación del Menor v. Paraguay”

- S.C.J.B.A., “CABRAL, MA. MERCEDES s/ homicidio agravado por el vínculo y por alevosía”. Expte.413, rto. el 30/06/04 .

- S.C.J. SANTA FE “FRATICELLI, Expte.413 “D., MG; F., C.A. s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía” del 30/06/04.

- CNAC. CASACION PENAL -Sala III- “ RAFAELLI, José y otros s/ recurso de casación”,

- CNCRIM. y CORREC. FED. -SALA I- “SANTOS, Rubén J. y otros s/ procesamiento” 26/07/2002.

- C.N.C.C., Sala V, PAGANI Francisco J y otros s/ art.144, sentencia de 20 de octubre de 1992.

- JUZG.FED. N 12, SEC.14, LAPA S.A. J Causa Nro.17.506 “DEUTSCH, Gustavo Andres s/ apel auto de procesamiento” Reg,19.970.

-TOC N° 24 de Capital Federal “CHABAN, Omar Emir y otros s/recurso de casación.” Causa N° 2157.

[1] Cfr. “Otro ahorcado en el penal de Ezeiza”, Boletín de noticias de la Asociación de Pensamiento Penal, disponible en internet www.pensamientopenal.org.ar, el 20 de septiembre de 2013.

[2] FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión, traductor Aurelio Garzón del Camino, 1ª edición, Siglo Veintiuno Ed, Buenos Aires, 2002.

[3] Cfr. SERGI, Natalia, “Delitos imprudentes en el ámbito carcelario: La responsabilidad por omisión del agente penitenciario” (No obstante el título de la obra en cuanto a su aspecto subjetivo, la autora indica que dada de la existencia de delitos culposos en el ámbito carcelario ya que en la gran mayoría de los casos el dolo eventual será aquel que guiará el actuar del agente penitenciario), en Cuestiones Particulares de la imprudencia en el derecho Penal, Compilador Julio B.J. MAIER, Ed. Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires, 1999, pp.37-60. En consonancia, y no obstante tratarse de otra ciudad, un interesante artículo del NEW YORK TIMES indica que 1 de cada 10 sufren ataques sexuales al ser aprisionados. Se desconocen las estadísticas en nuestro país, pero de ser así o similar, un riesgo de tan elevado porcentaje parece indicar que el personal carcelario asume y acepta la producción del resultado. Cfr. “Estados Unidos: histórica adopción de estándares sobre violaciones sexuales en prisión. Disponible en internet 18 de mayo de 2012. En argentina la CPM destacó que en 2011 se produjeron 236 muertes en las cárceles, lo que representa un promedio de 10 personas cada mes, 18 fueron por VIH, Informe Anual 2011, Comité contra la Tortura, Comisión por la memoria, Offset Gráficos, Buenos Aires, 2011.

[4] El artículo 18 de nuestra C.N prescribe: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...”. Este principio se ve reforzado en distintos tratados internacionales, vgr. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, entre otros propios de nuestro ordenamiento interno que se detallarán a lo largo de la presente.

[5] STRATENWERTH, Gunther, Derecho penal, Parte general I, El hecho punible. 4ª edición, traducción de Manuel CANCIO MELIA y Marcelo A. SANCINETTI. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p.453.

[6] Cfr. JAKOBS, Gunther, Fundamentos de la imputación objetiva del comportamiento, Ad-Hoc SRL Buenos Aires, p.15.

[7] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”, Monografías Jurídicas, N° 29, Temis- Bogotá, Colombia, 1983, con cita de ENGISCH, p.27.

[8] C.S.J.N. “Badín, Rubén y otros v. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 19/10/1995 JA, Fallos 318:2002. Disponible en Internet en www.abeledoperrot.com, Lexis N° 954063.

[9] Esta idea se ve claramente reflejada en el artículo de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Muerte violenta de un recluso en un centro penitenciario: ¿Solo responsabilidad patrimonial de la Administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?. Allí indica que también en España hay una franca reticencia por parte de los Tribunales frente al establecimiento de responsabilidades penales de los funcionarios penitenciarios y aconseja a los Jueces de Instrucción, Fiscales y Audiencias provinciales advertir la posibilidad de tales responsabilidades, en Estudios sobre los Delitos de omisión, Ed. Grijley,

p.168.

[10] C.S.J.N., considerando 45 del fallo “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus ” V.856 XXXVIII, rto. el 3 de mayo de 2005.

[11] Los organismos públicos extra-poder indican en base a datos oficiales que de 11 mil expedientes con denuncias contra fuerzas de seguridad solo el 1% de las causas fue elevado a juicio. (periodo 2000-2008 del ámbito provincial bonaerense) cfr. Informe Anual 2009, Comité contra la Tortura, Comisión por la memoria, Offset Gráficos, Buenos Aires, 2009, p.22 y ss.

[12] Cfr. CIDH: “Caso Mendoza y otros Vs. Argentina”, rta. el 14 de mayo de 2013 párr. 188 reafirmando postura ya expuesta en “Instituto de Reeduación del Menor vs Paraguay”, rta. el 2 de septiembre de 2004. Serie C No.112, párr.152 y “Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador”, rto. el 23 de noviembre de 2010. Serie C No.218 párr 216.

[13] Esta concepción genera un concepto extensivo de autor mediante la aplicación de un doble patrón: dominio del hecho para quien actúa, infracción del deber que convierte a su titular en autor, obteniéndose así dos autores simultáneos concebidos autónomamente. Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, traductor Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000., p.499; JAKOBS en virtud de una competencia institucional, y SANCHEZ VERA-GOMEZ TRELLES profundizando la visión Jakobsiana, cfr. Delito de infracción de deber y participación delictiva, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2002.

SANCHEZ VERA-GOMEZ TRELLES, El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial. Colección Monografías de Derecho Penal N°2 Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

[14] Aún aquellos enrolados dentro de la idea de infracción de deber estiman que en los delitos de propia mano se trata de deberes altamente personales que solo pueden ser lesionados mediante una realización personal de la acción típica. En contra SANCHEZ VERA-GOMEZ TRELLES, dedica una de sus obras a remover el obstáculo alegando que la categoría de delitos de propia mano carece de sustento y fundamento. Cfr. El denominado delito de propia mano..., passim

[15] El artículo 19 del Reglamento de detenidos en Comisarías establece: “al ingresar un detenido, se evitará que tome contacto con otros detenidos (...) hasta tanto preste declaración, se lo alojará en una celda... separándose los primarios de los reincidentes, jóvenes de adultos y asilado a los perversos”. En el caso particular el art.29 de igual cuerpo normativo prescribe: “[E]n caso de rebeldía (...) los responsables serán aislados y recluidos en celdas individuales, cualquiera sea la causa de detención.”

[16] El art. 16 de la ley 12.155 indica que: “... la internación en los calabozos será de carácter permanente y al detenido solo se le permitirá salir en casos indispensables”.

[17] El nomenclador de funciones asigna a la labor del imaginaria de calabozos, el deber de “custodiar a los presos allí alojados, extremando las requisas de las celdas para evitar que los presos cuenten con elementos o utensilios que puedan ser utilizados como arma contra su propia integridad o la de terceros”.

[18] Cfr. Sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro, que data de fecha 18/03/08 en causa N° 12.226.

[19] El artículo 249 del C.P.: “Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.” Bajo esta normativa y escala punitiva el imaginaria que quedó dormido una distancia próxima mientras sucedía una violación anunciada, resolvió el conflicto en un juicio abreviado afrontando una multa insignificante (\$ 1.500) y escasos seis meses de inhabilitación para el

ejercicio del cargo. Cfr. Expediente N° 2.730 del juzgado en lo Correccional N° 3 del mismo Departamento Judicial.

[20] Los principios sentados por la normativa vigente prohíbe a los funcionarios causar un resultado perjudicial a los detenidos al someterlos a una medida de encierro y mandan asegurar la plena protección de la integridad física, psíquica y moral de aquellos sujetos a su custodia.

[21] Sobre esto SILVA SÁNCHEZ afirma: “la posición de garante del funcionario penitenciario es tanto de protección de los bienes jurídicos del interno como de control del mismo como fuente del peligro”, cfr. Estudios sobre..., p.96.

[22] MIR PUIG; Santiago, en Derecho Penal Parte General, 7ª edición, 2º reimpression, BdeF, Julio Cesar Faira Editor, Buenos Aires, 2005., pp.306-307. En el planteamiento de la teoría del compromiso previo, SILVA SÁNCHEZ toma las ideas de su maestro, y las utiliza para su concreción por referencia a la equivalencia material de estructuras normativas. Así acción y omisión pese a su radical divergencia ontológica, en un plano superior normativo son “dos modos de dominio (control) del riesgo típico) cfr. Estudios sobre... p.101.

[23] La idea de dos posturas doctrinarias encontradas se ve plasmada por SILVA SÁNCHEZ, “La comisión por omisión y el nuevo código penal español” en Consideraciones sobre la teoría del delito. Editorial Ad. Hoc., Buenos Aires, 1998, pp.73-123. Véase también: TROVATO Gustavo F., “Incorporación legislativa de la comisión por omisión, ¿Más costos que beneficios? A propósito del análisis de Jesús María Silva Sánchez al artículo 11 del Código Penal español.” En Revista Lexis Nexis, fascículo 15, Buenos Aires, 2005.

[24] Esta teoría tiene por referentes a HERZBERG, JAKOBS, y es objeto de críticas por parte de GIMBERNAT que sostiene: “...parte de la dogmática de la omisión (considerablemente más retrasada) para trasponerla a una más elaborada y consolidada... con ese proceder ...quedan diluidos los sólidos conocimientos adquiridos, con un gran esfuerzo, sobre la estructura de los delitos de acción. Con lo que al final ya no vamos a saber no lo que es un delito de acción, ni lo que es uno de omisión” cfr. La omisión impropia en la dogmática Alemana. Una Exposición. ADPCP, Vol L, 1997 disponible en internet <http://www.cienciaspenales.net> marzo 2013, pp.101-102.

[25] El §13 StGB prescribe: “1) El que omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley sólo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo penal legal por un hacer.2) La pena puede ser atenuada conforme lo dispuesto en el § 49 párr 1.”

[26] En este contexto las aguas se dividen entre quienes consideran que tales supuestos están incluidos en los tipos originales de comisión y aquellos que entienden se trata de tipos no escritos ajenos a los establecidos. Para los primeros, se trata de una interpretación extensiva permitida por el campo semántico del enunciado. Los segundos objetan que nos hallamos frente a una operación integrativa analógica in malam partem, que opera como obstáculo legal a la construcción dogmática aquí realizada. La actitud asumida por nuestra jurisprudencia es la de asumirlos incluidos dentro de los tipos comisivos, sobre todo en aquellos generadores de una gran conmoción social en nuestro país: vgr. “SANTOS”, “LAPA. S.A.”, “CROMAÑÓN”, “FRATICELLI”, entre otros. Incluso en alguna proporción de aquellos se ha receptado el criterio de equivalencia normativa de SILVA SÁNCHEZ que aquí se defiende [26] no obstante los serios embates dados por un sector de la doctrina y jurisprudencia que declara su aplicación resulta inconstitucional. Existen opiniones que mantienen esta postura aún ante una eventual incorporación de la cláusula de conversión al ordenamiento jurídico. Para esta última postura la única solución legal, como se dijo es la opción del “numerus clausus”. Vgr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En este sentido, el voto disidente de la C.S.J.N en el precedente “ANTOGNAZZA, María Alejandra s/ abandono de persona calificado” causa N° 19.143/03, rto. 11/12/2007.

[27] YACOBUCCI, Guillermo J ,“Algunos criterios de imputación empresaria”, artículo inédito provisto por el autor como material para el trabajo en clase de Cuestiones Fundamentales de Teoría del Delito I, Posgrado de Especialización Penal en la Universidad Austral, Clase N 5, 15 de junio de 2006. p.35 .

[28] Sostengo que la real dimensión predicable respecto del concepto de omisión se aleja de concepciones formales asociadas a la mera infracción de un deber para encontrarse con la idea que subyace en su esencia vinculada a una prestación positiva de asistencia reclamada para un bien jurídico en peligro subyace en su esencia. Este concepto dotado de contenido material es a mi ver el que clarifica y mejor define aquel otro vinculado a las omisiones equiparables.

[29] Cfr. MIR PUIG, PG, pp. 318-319.

[30] Vgr. Criterios vinculados a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, prohibición de regreso, principio de confianza, fin de protección de la norma, como destacados en esta teoría.

[31] SILVA SÁNCHEZ, Estudios sobre... particularmente en los capítulos: “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario” pp.99-142; “Muerte Violenta de un recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios? En Estudios sobre los delitos de omisión, pp. 143-168.

[32] Cfr. Teoría expuesta en profundidad por SILVA SÁNCHEZ, referente continuo y obligado en el tratamiento de la temática en- “La comisión por omisión y el nuevo código penal español” en Consideraciones sobre la teoría del delito. Editorial Ad. Hoc., Buenos Aires, 1998, pp.73-123; Estudios sobre los Delitos de omisión, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004; El delito de omisión. Concepto y Sistema, 2° ed. Actualizada. 2° reimpresión. Bdef, Montevideo- Buenos Aires, 2010.

[33] LAPORTA, Mario H., a lo que agrega para ejemplificarlo en las clases de especialización en derecho penal: “el contexto de valoración no se da en el terreno natural, sino en lo jurídico. <> puede ser tanto blandir un as de espadas frente a un as de basto (en un contexto lúdico) como asestar un puñal en el hecho (en un contexto jurídico)”en comentario al libro de SORIA, Juan Manuel, “La omisión en el sistema penal. Relación entre las figuras de homicidio y abandono de persona”, Catedra Jurídica, Buenos Aires, 2009.” Revista de Derecho Procesal y Procesal Penal, N° 12, Director Pedro. J. Bertolino, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Diciembre 2009 p.2200-2202

[34] El grado de intervención en el reparto de responsabilidades es como se adelantó uno de los temas de mayor complejidad de la temática en estudio ante el modo de realización típica y la naturaleza de los delitos involucrados, dentro de los cuales uno viene caracterizado como de propia mano. Fue abordado en detalle en mi tesis de maestría de la universidad y allí me remito tan solo adelanto aquí que definiendo la idea de una participación en comisión por omisión del agente penitenciario.

[35] YACOBUCCI, “La conflictiva relación entre ley penal e interpretación” en Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal, IJ-L-841, 29/11/2011, p1-15 passim. Donde explica: ” la ley penal a través de su enunciado, brinda el punto de partida y el límite extremo de la disponibilidad ... el juez se mueve merced a criterios interpretativos, reglas de imputación y conceptos emergentes de la dogmática, que encuentran su verdadero límite en principios materiales de orden constitucional, político, social u ético.” p.7.