

## DIVISIÓN DE TAREAS Y RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL FUNCIONARIO POLICIAL\*

LEANDRO A. DÍAS\*\*

**Resumen:** Un problema especialmente discutido en la dogmática jurídico-penal es la cuestión de si el Estado ocupa una posición de garante de protección respecto de los ciudadanos que no se encuentran en una relación de dependencia especial. En particular, la doctrina mayoritaria considera que los funcionarios policiales están obligados a impedir delitos contra particulares y que, de no hacerlo, deben ser responsabilizados como autores o partícipes del ilícito. En esta ponencia se ofrecerá una fundamentación de dicha posición de garante, basada en la teoría de la libertad, a partir de la cual podría derivarse responsabilidad por omisión del funcionario policial que decide no impedir un delito, pudiendo evitarlo. A su vez, estos fundamentos servirán de guía para solucionar un problema dogmático específico: la posibilidad de que se produzca una limitación de las competencias de los policías a partir de una división de tareas interna.

**Palabras clave:** comisión por omisión – responsabilidad por omisiones – deberes positivos – funcionarios policiales – dogmática penal

**Abstract:** A specially controversial issue in Criminal Law theory refers to whether the State may guarantee protection to citizens even if they are not in a specific situation of dependency. Most scholars consider that police officers are obliged to prevent crimes against individuals and, in case of not acting as so, they must be held accountable as perpetrators or accomplices, according to the rules of ‘commission by omission’. In this lecture, it will be offered an explanation of

\* Recepción del original: 22/06/2015. Aceptación: 2/08/2015.

Este trabajo fue presentado en el marco del V Congreso de Derecho Penal para Estudiantes y Jóvenes Graduados: “Política Criminal y Estado de Derecho”.

\*\* Abogado, Universidad de Buenos Aires (UBA). Ayudante de segunda en la asignatura “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, UBA, cátedra del prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti. Profesor adjunto interino en la asignatura “Derecho Penal y Contravencional”, Instituto Superior de Seguridad Pública, cátedra del prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti.

this special guarantee – duty of the State based on the Theory of Freedom, from which it would be plausible to derive criminal liability for omission, to that police officer who decides not to prevent a crime from occurring even when being able to do so. Moreover, this elucidation may serve as a guide to solve a specific theoretical problem: the possibility of limiting the scope of those powers that police officers enjoy by implementing an internal division of tasks.

**Keywords:** commission by omission – omission liability – positive duties – police officers – criminal law theory

## I. INTRODUCCIÓN

Según el Derecho policial, y también como consecuencia de una serie de obligaciones en materia de derechos humanos,<sup>1</sup> la policía tiene el deber de proceder discrecionalmente contra las perturbaciones de la seguridad o del orden público, entre las que se encuentra la comisión de delitos.<sup>2</sup> En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ejemplo, la Ley de Seguridad Pública establece, en su artículo 33, que la Policía Metropolitana tiene la función de brindar seguridad a personas y bienes, de prevenir la comisión de delitos, contravenciones y faltas, o de eventualmente hacer cesar su ejecución.<sup>3</sup> Surge la pregunta, entonces, sobre si se corresponde con esta obligación jurídico-policial un deber de actuar jurídico-penal para impedir delitos, que de ser incumplido podría permitir la imposición de una pena al policía que omitió actuar, en virtud de las reglas de los delitos de omisión impropia.<sup>4</sup>

1. Sobre el tema, véase, CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 57, 31 diciembre 2009, párr. 41, con referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema.

2. . PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", en *La libertad institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 182.

3. Art. 33, Ley de Seguridad Pública, n° 2.894. Señala SANCINETTI que, en ese sentido, la policía debe intervenir para o bien intentar impedir la consumación del hecho o bien hacer cesar su comisión si ya estuviese consumado, pero su comisión perdurase en el tiempo o, si no, al menos individualizar a sus autores y dar cuenta a la autoridad judicial. Cf. SANCINETTI, M., "Concepto de Pena. Teorías de la pena", en *Manual de Derecho Penal y Contravencional*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 4.

4. PAWLIK, M., *ob. cit.*, p. 182.

Sobre el tema, la doctrina mayoritaria considera que los funcionarios policiales están alcanzados, en el marco del ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de sus competencias, por el deber de impedir delitos y de proteger los bienes jurídicos de los individuos o de la generalidad.<sup>5</sup> Esta posición ha sido respaldada por una decisión del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), en la que se afirmó que las fuerzas policiales cuentan con una posición de garante en virtud de una relación de protección, debido a que los funcionarios estatales pueden adoptar medidas más eficaces que los ciudadanos para la protección frente al peligro.<sup>6</sup> La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en una causa en la que se debatió la responsabilidad civil del Estado, ha asumido esta interpretación y, remitiéndose al dictamen del Procurador, ofreció la siguiente explicación: "el estado policial implica el deber de velar adecuadamente por la integridad física de los miembros de la sociedad y la preservación de sus bienes, y que dicho deber es [...] indivisible respecto de la personalidad del policía. Como consecuencia natural de ello, la ley autoriza a los funcionarios a usar el arma reglamentaria para prevenir el delito".<sup>7</sup>

En esta ponencia, se defenderá una explicación basada en la teoría de la libertad sobre la existencia de un deber de impedir delitos en

5. Como obra representativa de la opinión dominante, véase WESSELS, J., BEULKE, W. y SATZGER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 43ª ed., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, C.F. Müller, 2013, p. 301, nº m. 721. Para un desarrollo de las distintas posiciones en la materia, ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, Verlag C. H. Beck, 2003, p. 739, nº m. 87 y ss.

6. BGHST, t. 38, p. 390.

7. CSJN, *Fallos*, 327:5295. El fallo continúa diciendo que "[s]obre esas bases, cabe concluir que el personal policial, quien por imperativo legal, debe defender, aun cuando vistiera de civil y se encontrara franco de servicio, las personas y de los bienes de los integrantes de la sociedad, está obligado a portar el arma en todo tiempo y lugar, pues tal conclusión está fundada en el estado policial permanente dado por su condición de policía de seguridad". Parecería que, entonces, el estado policial en Argentina obligaría a los policías a evitar la comisión de delitos en todo momento, incluso cuando no están de servicio, lo que daría lugar a una obligación desmedida y contra intuitiva. Por cuestiones de espacio, no se abordará esta temática y su relevancia al momento de analizar la responsabilidad penal del funcionario policial que, por ejemplo, no impide la comisión de un delito tras haber finalizado su turno o en una jurisdicción que le es ajena. Basta señalar solamente que la doctrina alemana limita la posición de garante, como ya se mencionó, al marco del ejercicio de las funciones y competencias del funcionario, sin exigir la evitación de delitos en todo tiempo y lugar.

cabeza de los funcionarios policiales y se intentará abarcar un problema particular de la imputación individual de omisiones en estos casos: ¿qué sucede cuando existe una división de tareas interna entre los distintos policías que deberían intervenir en la evitación de un delito? Para resolver esta cuestión, se examinarán los fundamentos del deber de garante de los funcionarios policiales de impedir delitos y, a partir de estos, se ofrecerán lineamientos mínimos para una solución aceptable al problema. A su vez, resulta importante señalar que la temática que aquí se aborda no es meramente teórica. De hecho, el deber de prevenir delitos y su incidencia en la responsabilidad penal de funcionarios policiales por distintos hechos ilícitos puede observarse en un importante caso reciente, en el cual siete policías, con tareas claramente definidas, no previnieron el homicidio de un joven activista.<sup>8</sup> Por lo tanto, la cuestión aquí tratada merece de una respuesta apoyada en fundamentos convincentes, a los fines de lograr un entendimiento razonable para la aplicación de una pena en estos casos.

## II. EL DEBER POSITIVO DEL FUNCIONARIO POLICIAL DE IMPEDIR DELITOS

Por ordenamiento jurídico liberal se entiende, principalmente, aquel que les garantiza a sus ciudadanos el reconocimiento de libertad de organización de su propia existencia y, dentro de este marco, el Derecho penal se encarga de garantizar que los individuos gocen de una libertad real y concreta.<sup>9</sup> A partir de este esquema básico, la imposición de una pena no estaría justificada por tratarse de una reacción contra la lesión de bienes corporales, sino en virtud de la infracción de determinados deberes de cooperación con la comunidad jurídica, que tienden a posibilitar esta libertad de guiar libremente la existencia.<sup>10</sup>

8. Tribunal Oral en lo Criminal N° 21, Caso Mariano Ferreyra, 13 de abril de 2013, jueces Horacio Leonardo Días, Carlos María Bossi y Diego Gustavo Barroetaveña. La sentencia fue confirmada parcialmente por la Cámara Federal de Casación Penal: CFCP, Sala III, Causa N° CCC 40825/2010/472/CFC5, "Favale, Cristian Daniel y otros s/recurso de casación", 10 de septiembre de 2015, jueces Liliana Elena Catucci, Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani.

9. PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 175.

10. *Ibid.*, pp. 107 y ss.

Así, la incorrección de una conducta puede estar vinculada con la violación de deberes de dos tipos. Por un lado, se encuentran los *deberes negativos* basados en el deber intersubjetivo de respeto *neminem laedere*,<sup>11</sup> que obligan a no dañar a otro por medio de la configuración del ámbito de organización propio<sup>12</sup> y que, por lo tanto, su contenido suele agotarse en algo negativo.<sup>13</sup> Cuando en este marco se habla de responsabilidad por omisión,<sup>14</sup> las posiciones de garante que dan lugar a un deber de actuar encuentran aquí su fundamento en el sinalagma de la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias, como condición básica para reconocer la libertad de acción.<sup>15</sup> A modo de ejemplo, el propietario de un inmueble se encuentra obligado a evitar los daños que se produzcan como consecuencia de las refacciones que está emprendiendo a su balcón, justamente porque la libertad de realizar refacciones en su propiedad acarrea, como contrapartida, el deber de no inmiscuirse en la libertad de terceros.

Por otro lado, esta libertad de organización que el Estado les concede a los ciudadanos no puede ser percibida por los miembros de la sociedad como una libertad meramente ficticia, sino que debe ser *real*.<sup>16</sup> En palabras

11. *Ibid.*, pp. 178 y ss.

12. JAKOBS, G., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, p. 83.

13. ROBLES PLANAS, R., "*Deberes negativos y positivos en Derecho penal*", InDret, 4/2013, p. 3, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/1008.pdf>] el 15/10/2015.

14. Se asume, solo a los fines de esta presentación, la postura clásica que considera que solo en los delitos de omisión se requiere de una posición de garante (o deber especial de actuar), que no existiría en los delitos de comisión. Esta postura, sin embargo, deja de lado que también en los delitos de comisión se requiere de una posición de garante como presupuesto de la responsabilidad penal. A modo de ejemplo, el taxista que conduce a un ladrón (sin un acuerdo previo y realizando el viaje según los parámetros habituales de un viaje en taxi) al lugar del hecho, no responde como cómplice del delito, por más que su conducta haya sido activa, debido a que no contaba con un deber de evitar la comisión de ese hecho punible. Incluso en casos "fáciles", como el de quien golpea a otro, ocasionándole lesiones, podría decirse que el autor es garante de su propio cuerpo no invada la esfera de organización de otro. Sobre el tema, véase: Lerman, M., *La omisión por comisión*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, pp. 159-162. Por lo tanto, una teoría de imputación penal racional debería centrarse únicamente en la violación de ciertos deberes (que aquí se clasifican en negativos y positivos), con independencia de que dicha violación se haya producido por acción u omisión (lo que en definitiva sería un dato naturalístico no decisivo).

15. PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", *ob. cit.*, p. 197.

16. *Ibid.*.

de PAWLIK, "[u]n ordenamiento jurídico y social basado en la concesión recíproca de libertad de organización no puede estabilizarse, ni perdurar, a partir de sí mismo; antes bien, que esto se logre depende de complejas condiciones previas, integradas sobre todo [...] por el rendimiento confiable de prestaciones acordes al orden, que una sociedad organizada descentralizadamente no puede garantizar de modo fiable por sus propias fuerzas".<sup>17</sup> Es decir, hace falta que existan deberes de realizar prestaciones positivas, indispensables para el surgimiento y mantenimiento de las esferas de libertad de organización,<sup>18</sup> y cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad penal. La existencia de estos deberes se ve entonces cimentada en la necesidad de contribuir al bienestar de los demás (posibilidad de existencia y mantenimiento de las esferas de organización ajenas) y se canaliza a través de *instituciones* básicas,<sup>19</sup> como las relaciones paterno-filiales, la confianza especial, las relaciones estatales, la seguridad elemental y la vinculación a la ley de la administración y del poder judicial como fundamento de todo Estado de Derecho.<sup>20</sup> Estos *deberes positivos*, por lo tanto, son propios de quien cuenta con un estatus especial,<sup>21</sup> en el marco de estas instituciones.

El deber de impedir delitos cometidos por los ciudadanos constituye el núcleo de los fines que ha asumido el Estado moderno y la policía aparece como la institución a la que le compete tal tarea.<sup>22</sup> En términos contractua-

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*, p. 198.

19. Por institución debe entenderse un modo de relacionarse permanente y jurídicamente reconocido en una sociedad, que se encuentra sustraído a la disposición de los individuos y que resulta una parte constitutiva de la sociedad. Cf. Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 994, nº m. 29/57, nota al pie de página nº 114.

20. Cfr. JAKOBS, G., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, *ob. cit.* pp. 83-84; Jakobs, G., *Theorie der Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 61 y ss.. En estas obras, queda finalmente claro que Jakobs abandonó la posición esbozada en su manual (*Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, nº m. 29/57 y ss.) y que consistía en considerar al matrimonio como una institución autónoma, negando a su vez la existencia de posiciones de garante derivadas de ciertas relaciones análogas (por ejemplo, parejas del mismo sexo, suponiendo que no contasen legalmente con la posibilidad de contraer matrimonio). Para un análisis del tema, a partir de los llamados "delitos de infracción de deber", véase: Córdoba, Fernando, "Delitos de infracción de deber", En *Letra. Derecho Penal*, vol. 1, 2015 [en prensa].

21. ROBLES PLANAS, R., *ob. cit.*, p. 3.

22. Cfr. PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", *ob. cit.*, pp. 198-200.

listas, el hombre asume su estatus de ciudadano, limita su libertad natural para la autodefensa y presta obediencia a las leyes, a cambio de la seguridad externa e interna que le brinda el Estado.<sup>23</sup> Este último debe, entonces, garantizar un estado de sociedad en el que los delitos sean percibidos como excepciones que no puedan conmover de modo considerable el sentimiento de libertad real de los ciudadanos, razón por la cual la *policía como institución* cuenta con un deber positivo de impedir estas anomalías capaces de afectar la libertad general.<sup>24</sup> Esta última obligación fuerte –por estar basada en el fin primordial de una institución básica de la sociedad– que excede al deber de solidaridad mínimo y que puede dar lugar, eventualmente, a la responsabilidad por omisión de los funcionarios que no impidan la comisión de un delito.<sup>25</sup> En otras palabras, surge aquí una posición de garante en cabeza de los policías, como representantes de la institución estatal que debe velar por la seguridad de los ciudadanos.<sup>26</sup>

### III. DIVISIÓN DE TAREAS Y DEBERES POSITIVOS

Las razones expuestas permiten derivar un deber positivo de la policía de impedir delitos para mantener la seguridad real de los ciudadanos. Así, en el marco de la imputación personal, deben determinarse las condiciones bajo las cuales este deber se actualiza en la persona de un funcionario poli-

23. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 1008, n° m. 29/77d.

24. PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", ob. cit., p. 200.

25. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 1008, n° m. 29/77d. Resulta importante aclarar que la distinción entre deberes negativos y positivos no debe asimilarse a la distinción entre acciones y omisiones. En ese sentido, un deber negativo puede ser violado tanto por acción como por omisión: viola el deber negativo de no generarle un daño a terceros tanto quien destruye las plantas del jardín de su vecino con una cortadora de césped, como quien no riega esas plantas, habiendo asumido esa tarea. Lo mismo sucede con los deberes positivos: el padre viola su deber positivo de velar por la salud de su hijo tanto si lo alimenta con comida en mal estado, como si omite alimentarlo. En palabras de ROBLES PLANAS (ob. cit., p. 3), esto significa que "la distinción entre deberes negativos y deberes positivos no tiene que ver con la configuración naturalística del comportamiento o de la situación del bien, sino con el diverso fundamento de cada uno de estos deberes".

26. Respecto de las particularidades de esta posición de garante y los problemas de las explicaciones habituales en la doctrina, véase PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", ob. cit., pp. 185 y ss.

cial en concreto.<sup>27</sup> A partir de ello, surge la pregunta central de este trabajo: ¿Podría un policía, que no impidió un delito pudiendo hacerlo, ampararse en una división de trabajo y afirmar que ese deber de impedir delitos cede ante uno más específico de cumplir solo cierta función dentro un plan general? Permítase ilustrar el problema con dos ejemplos:

Ejemplo 1:

*Dos policías divisan al individuo L amenazando al cajero de un pequeño almacén para que le entregue el contenido de la caja registradora. El policía A le dice a B: "Quedate en el auto y pedí refuerzos". B, quien podría haber evitado el delito por su cuenta en ese momento, considera apropiado el plan y, efectivamente, se queda en el auto pidiendo refuerzos. A reconoce a L, un viejo amigo de su infancia, y decide ayudarlo a escapar por una puerta trasera que B desconocía.*

Ejemplo 2:

*Misma situación fáctica inicial, pero en este caso A ingresa al almacén y al poco tiempo recibe un disparo de L en el pecho, que lo deja inconsciente. B, quien era un excelente tirador y podía neutralizar a L, observa todo lo que sucede y aun así decide solamente pedir refuerzos y quedarse observando la situación. Mientras tanto, L toma el dinero de la caja registradora y, momentos después, huye con el botín.*

Resulta evidente que en ambos casos los policías A y B estaban obligados a impedir el delito, pero también es cierto que las funciones estaban divididas de modo tal que el comportamiento debido de B parecería estar limitado al pedido de refuerzos. Sobre el tema, debe decirse que la división de trabajo en el cumplimiento de tareas derivadas de deberes positivos resulta indispensable, ya que de lo contrario se producirían problemas de coordinación irresolubles:<sup>28</sup> sin una división de las funciones, apta para

27. *Ibid.*, p. 201.

28. FEINBERG, J., "The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan", *Criminal Justice Ethics*, vol. 3, 1984, p. 67. FEINBERG en su artículo se refiere únicamente a los deberes que se encontrarían detrás de lo que en la discusión anglosajona se conoce como las cláusulas del mal samaritano, que serían un equivalente a los tipos penales que criminalizan la violación de deberes de solidaridad mínimos en los sistemas continentales (por ejemplo, el artículo 108 del Código Penal argentino). Estas conclusiones de todos modos, pueden ser

determinar los alcances de los deberes de actuar, se afectaría notoriamente la eficiencia de los salvamentos.

En aquellos casos en los que resulta posible adoptar distintas alternativas de comportamiento, los representantes de la institución pueden fraccionar su competencia con el fin de reaccionar del mejor modo posible, conforme la *lex artis*. Los límites a esta libertad de actuación policial dependerán de un análisis normativo de las conductas de los agentes, sensible a las características del rol de los funcionarios policiales como representantes del Estado en su cometido de impedir delitos.<sup>29</sup> Por razones de brevedad no se puede profundizar demasiado en este aspecto, pero basta mencionar que las nociones básicas de la teoría de la imputación objetiva resultan aplicables. Así, un policía puede confiar en que sus compañeros van a cumplir con la distribución de competencias planificada y no será responsable por el comportamiento desviado del otro, a menos que tenga razones para creer que se comportará de modo ilegítimo. Se trata, ni más ni menos, que de la aplicación del principio de confianza y que, en el primer caso, llevaría a que se considere impune la "intervención" del agente B en el robo,<sup>30</sup> en tanto no tuviese

---

perfectamente trasladables a un esquema general de imputación de acciones y omisiones, y de eso se ha encargado FERRANTE ("Causation in criminal responsibility", *New Criminal Law Review*, vol. II, n° 3, 2008, pp. 478 y ss.). De todos modos, la división que realiza FEINBERG entre deberes negativos y positivos parecería coincidir (equivocadamente) con la diferenciación entre actuar y omitir. Sobre el tema, véase *supra* nota 25.

29. PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", *ob. cit.*, p. 201.

30. Se utilizan comillas debido a que, según los criterios que pueden observarse en las más recientes reflexiones de JAKOBS (*Theorie der Beteiligung*, *ob. cit.*, pp. 61 y ss., sin perjuicio de que en obras anteriores ya comenzaban a observarse esta clase de criterios), en el ámbito de los deberes positivos no existe, respecto de los obligados, intervención delictiva, sino antes bien solo ejecución. A modo de ejemplo, el padre que no impide que un tercero mate a su hijo pequeño no es un partícipe en el homicidio cometido por el otro individuo, sino que siempre realizará un ilícito a título de autor, derivado de la violación del mencionado deber positivo y no de la participación en la violación al deber negativo en la que ha incurrido el tercero. En el ejemplo 2, por lo tanto, B debería responder como autor de robo. Y en el caso de intervención delictiva de dos personas que cuentan con deberes positivos, ambos violarán autónomamente dicho deber. A una solución análoga para el caso del garante que interviene activamente en la omisión de un autor no garante llega LERMAN, M., *La omisión por comisión*, *ob. cit.*, pp. 333-338. Con dudas, SANCINETTI, M., *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 3ª ed., Tomo III, 2005, pp. 140-141. Los eventuales problemas axiológicos de esta imposibilidad de participación en sentido estricto en la violación de

razones para sospechar que su compañero iba a infringir su deber de impedir delitos.<sup>31</sup>

El segundo caso resulta problemático en tanto también debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones el grado de discrecionalidad del accionar policial será el equivalente a cero, o se reducirá a cero tras una primera actuación, debido a que no quedará otra alternativa más que actuar de modo directo. Así, la competencia del policía B en este segundo ejemplo estaba limitada en principio a pedir refuerzos, pero luego se convirtió en el único policía competente para impedir el delito en virtud de la modificación de las condiciones fácticas. En ese sentido, el deber general de impedir delitos no se anula por la división de tareas, sino que se encuentra latente y puede resurgir en esta clase de supuestos. Por lo tanto, B era el único representante de la institución policial competente para impedir el robo con posibilidad de hacerlo en ese momento y al no emprender la acción mandada (pudiendo hacerlo), el Derecho le atribuye responsabilidad penal por la violación al deber positivo en cuestión.

Resulta, además, razonable que los parlamentos competentes cuenten con cierto margen para transformar a la exigencia general de impedir delitos en deberes de roles de grupos concretos de funcionarios públicos.<sup>32</sup> El deber positivo que tiene el funcionario policial se deriva del cometido fundamental del Estado de garantizar la libertad de los ciudadanos a través del

---

deberes positivos, de todos modos, podrían ser matizados a través de una adecuada determinación de la pena. Así, en casos de violaciones a deberes positivos, las intervenciones cuantitativamente escasas (el policía que solo observa cómo se comete un robo con armas) deberían recibir menos pena que las intervenciones elevadas en términos cuantitativos (el policía que no solo observa la comisión del robo, sino que planificó la comisión y proporcionó las armas). El problema de si las escalas penales del derecho positivo actual permiten esta clase de soluciones y si, en todo caso, podrían imponerse penas inferiores al mínimo legal para resguardar el principio de proporcionalidad de las penas, es harina de otro costal.

31. Para un breve desarrollo del principio de confianza, véase: JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 24-26. En profundidad, JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 253-257. No afecta a esta conclusión lo mencionado en la nota anterior sobre la imposibilidad de que pueda haber participación en casos de violaciones a deberes positivos. Con esta división de tareas y la aplicación del principio de confianza no se "reparte" el deber positivo entre distintos intervinientes, sino que se determinan los límites de dicho deber. Es decir, se trata de establecer a partir de cuándo se produce una violación al deber y de excluir conductas lícitas de su alcance, según parámetros normativos.

32. PAWLIK, M., "El funcionario policial como garante de impedir delitos", ob. cit., p. 203.

impedimento de delitos y las legislaturas regulan la forma más eficiente de proceder en casos puntuales,<sup>33</sup> que en algunos casos obliga al funcionario policial a abstenerse de intervenir de modo directo, o a hacerlo solamente de un determinado modo. El Derecho penal debe tener en cuenta estas directrices policiales y, en ocasiones, el rol de estos funcionarios ya se encontrará preconfigurado jurídicamente.<sup>34</sup> Puede decirse que en estos casos el Derecho penal es accesorio del Derecho policial y, por lo tanto, el deber de garante del funcionario que no interviene solamente debe ser tenido en cuenta si existía tal deber según la normativa policial.<sup>35</sup> Por ejemplo, si para casos de secuestros con rehenes solo se puede proceder tras el cumplimiento de determinado protocolo, los policías que no actúan porque todavía no se han cumplido todas las medidas de aseguramiento no serán responsables por omisión, por más que estén en condiciones de impedir el delito.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

A modo de cierre, pueden ofrecerse las siguientes reflexiones:

El fin básico del Derecho penal, en un estado liberal, es el de asegurar la libertad de los ciudadanos. La imposición de una pena se fundamenta en la violación de deberes generales negativos o de deberes especiales positivos y la posición de garante del funcionario policial de impedir delitos es un ejemplo de esta última clase de deberes.

La división de trabajos entre funcionarios policiales obligados a realizar prestaciones positivas resulta indispensable, en virtud de la necesidad de coordinar la actuación de los garantes. Caso contrario los esfuerzos para impedir delitos podrían tornarse gravosos, o directamente ineficientes.

Sin embargo, la división de tareas en supuestos en los que se permite cierta discrecionalidad policial debe encontrar sus límites en criterios normativos de distribución de competencias. En ese sentido, los parámetros de

33. *Ibid.*, p. 203.

34. *Ibid.*, p. 203.

35. *Ibid.*, p. 204. Resulta problemática la cuestión relativa a si pueden haber excepciones a esta accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho policial, en especial cuando seguir la normativa policial resulte absolutamente inidóneo para que el funcionario pueda cumplir con su deber de evitar delitos. Lamentablemente, este tema requiere de un análisis particular, que excede los límites de esta ponencia.

la teoría de la imputación objetiva aparecen como una herramienta útil para determinar el alcance de las competencias de los garantes. A su vez, en los casos de discrecionalidad cero, los garantes deben actuar de modo directo.

Finalmente, el Derecho penal debe respetar los criterios de actuación propios del Derecho público policial y, en esa medida, resulta accesorio. Esto implica que las reglas generales de actuación y distribución de tareas establecidas, por ejemplo, legalmente a través de protocolos de actuación, deben ser tenidas en cuenta al momento de evaluar la posible responsabilidad por omisión del funcionario.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- CÓRDOBA, Fernando, "Delitos de infracción de deber", *En Letra. Derecho Penal*, vol. 1, 2015 [en prensa].
- FEINBERG, Joel, "The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan", *Criminal Justice Ethics*, vol. 3, 1984, pp. 56-69.
- FERRANTE, "Causation in criminal responsibility", *New Criminal Law Review*, vol. II, n° 3, 2008, pp. 470-497.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.
- , *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012.
- , *Theorie der Beteiligung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014
- LERMAN, Marcelo, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013.
- PAWLIK, Michael, "El funcionario policial como garante de impedir delitos", en EL MISMO, *La libertad institucionalizada*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 181-205.
- , *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, "Deberes negativos y positivos en Derecho penal", *InDret*, 4/2013, consultado en [<http://www.indret.com/pdf/1008.pdf>] el 15/10/2015.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, Verlag C. H. Beck, 2003.
- SANCINETTI, Marcelo, "Concepto de Pena. Teorías de la pena", en *Manual de Derecho Penal y Contravencional*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 3-16.

—, *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 3<sup>a</sup> ed., Tomo III, 2005.

WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 43<sup>a</sup> ed., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, C.F. Müller, 2013.