

En los límites del rol

Los conocimientos especiales del funcionario público

Ezequiel Vacchelli

Universidad Pompeu Fabra

Abstract

El presente trabajo se ocupa de los conocimientos especiales del funcionario público: cuáles son y qué debe hacer con ellos. Para responder a estas cuestiones realizamos una lectura restrictiva de la teoría del rol social distinguiendo conocimientos especiales formales y conocimientos especiales materiales. Los primeros son saberes obtenidos en el ejercicio de un rol diverso, su utilización en algunos casos está prohibida (deberes de confidencialidad y secreto) y en otros permitida facultativamente. Los segundos son aquellos adquiridos en el ejercicio y ocasión de la función, en un aprendizaje particular absorbido por la lógica de la institución o fortuitamente en la condición de ciudadano. Estos conocimientos emergen como presupuestos del fiel cumplimiento de la posición de garantía del funcionario público y su no activación, como regla general, acarrea responsabilidad disciplinaria y/o penal.

Diese Arbeit befasst sich mit dem Problem des Sonderwissens des Amtsträgers: Was kann als Sonderwissen bezeichnet werden? Was soll der Amtsträger mit Wissen machen? Um diese Fragen zu beantworten, wird eine eingeschränkte Auslegung der Lehre der sozialen Rolle, in der zwischen formellem Sonderwissen und materiellem Sonderwissen unterschieden wird. Das Ertere ist ein in der Ausübung einer verschiedenartigen Rolle erlangtes Wissen, dessen Benutzung in manchen Fällen verboten (Vertraulichkeits- und Geheimhaltungspflicht) und in anderen fakultativ erlaubt ist. Das Zweitere ist das in der Ausübung und anlässlich des Amtes erworbenenes Wissen, das in einer besonderen Erlernung erworben worden sind; dieses Wissen richtet sich nach der Logik der Institutionen oder gelegentlich nach der Logik der Bürgerschaft. Dieses Wissen erweist sich als Voraussetzung der treuen Erfüllung der Garantieposition des Amtsträgers und ihre Nicht-Aktivierung bringt grundsätzlich disziplinarische und/oder strafrechtlich Verantwortung mit sich.

This work concerns itself with the special knowledge of the civil servants: which it is and what has to be done with it. To answer these questions, we carry out a restrictive reading of the theory of the social role, distinguishing between special formal knowledge and special material knowledge. The first one is knowledge gained in the practice of a diverse role, whose use is in some cases forbidden (duty of confidentiality and secrecy) and in others optionally allowed. The second one is that acquired in the exercise and practice of the duty, in a particular learning absorbed by the logic of the institution or fortuitously in the position of citizen. This knowledge emerges as assumptions of the faithful fulfillment of the guarantee position of the civil servant and its non-activation in principle leads to disciplinary and criminal liability.

Titel: An den Grenzen der Rolle. Das Problem des Sonderwissens bei Amtsträgern.

Title: In the Limits of the Role. The Problems of the Special Knowledge Among Civil Servants.

Palabras clave: teoría de la imputación objetiva, conocimientos especiales, funcionario público, rol social.

Stichworte: Lehre von der objektiven Zurechnung, Sonderwissen, Amtsträger, soziale Rolle.

Keywords: doctrine of objective imputation, special knowledge, civil servant, social role.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Exposición crítica del estado de la discusión**
 - 2.1. Aproximación procesalista: los funcionarios encargados de la persecución penal**
 - 2.2. Aproximación dogmática: rol social, norma e institución**
- 3. Propuesta personal. Los conocimientos especiales del funcionario público**
- 4. Conclusiones**
- 5. Tabla de jurisprudencia citada**
- 6. Bibliografía**

1. Introducción

El núcleo problemático de los conocimientos especiales del funcionario público reside en determinar en qué circunstancias un mayor conocimiento tiene como correlato un deber mayor. Es decir, cuál es el límite hasta el que puede exigírsele a un garante que cumpla con su deber positivo especial. Si debería utilizar todos los medios que tiene a disposición o podríamos conformarnos con menos y, si es así, con cuánto menos. Esta cuestión suele afrontarse desde dos puntos de vista distintos que no son relacionados entre sí. Por un lado, a partir de consideraciones ligadas a la teoría de la imputación objetiva; por otro lado, realizándose una lectura estrictamente ceñida a la reglamentación administrativa, procesal y disciplinaria que preconfigura la actividad de los agentes estatales. Dicho análisis sesgado del problema se comprueba rápidamente cuando se hojeara la bibliografía y se hallan, o tratamientos específicos a partir de consideraciones de Derecho procesal y Derecho administrativo, o tratamientos genéricos a partir de la teoría de la imputación objetiva. En el primer caso, se obtienen resultados de corte exegético sin una visión de conjunto; en el segundo caso, las soluciones que se alcanzan son sistemáticamente más sólidas, pero presentan un dudoso anclaje positivo. El desafío que se encara en este trabajo consiste en acortar la brecha existente entre ambas perspectivas, las cuales, en efecto, se refieren a un mismo objeto: la cara externa de la posición de garantía del funcionario público. Explorar el espacio compartido entre ambos niveles de análisis nos permitirá iluminar sus puntos ciegos y así responder a la pregunta sobre la existencia y alcance del deber de actuar en virtud de información obtenida más allá del servicio.

2. Exposición y crítica del estado de la discusión

La actitud de la doctrina y la jurisprudencia frente a los contornos del deber del funcionario público de hacer uso de sus conocimientos particulares nos coloca, en principio, en una situación incómoda. Si se le exige al agente gestionar toda información adquirida fuera del servicio, correríamos el riesgo de reducir hasta la supresión total su esfera de privacidad [casos 1 y 2].

Pero, desde el enfoque opuesto, las cosas no fluirían con más facilidad. Una interpretación formal de la teoría de roles que rechazara drásticamente la existencia de un deber de activar los conocimientos especiales, nos enfrentaría con un agente al que se le requeriría erigir un muro impenetrable entre los distintos papeles que desempeña. Esta idea llevada hasta sus últimas consecuencias colocaría al funcionario en una situación esquizoide en la que, para cumplir con una determinada función, habría de perder todo contacto con la realidad inherente a su condición de ciudadano o al desempeño de otros roles [casos 3 y 4]. Por último, quienes pretenden generar una fisura en estas interpretaciones extremas mediante el recurso a criterios hermenéuticos intermedios, acaban construyendo laberintos de difícil salida, cuyos estrechos pasillos conducen a soluciones *ad-hoc* o, sencillamente, nos llevan demasiado lejos del principio de legalidad. A continuación, veamos en detalle el núcleo de cada una de estas propuestas.

2.1. Aproximación procesalista: los funcionarios encargados de la persecución penal

Los procesalistas se han ocupado casi exclusivamente del problema de los conocimientos especiales del funcionario público cuando quien adquiere información fuera del ejercicio del cargo es un agente de la fiscalía o del servicio de policía. Este recelo analítico, en medio de una casuística mucho más rica, no debería sorprendernos si tenemos en cuenta que estos supuestos son en la práctica los más frecuentes y que, por ende, se encuentran blindados con una reglamentación más sofisticada. En la doctrina y jurisprudencia alemana las propuestas de los autores pueden clasificarse en cuatro grupos. a) *En primer lugar*, los procesalistas clásicos defendían que el funcionario estaba siempre de servicio¹. Según este enfoque, sobre aquel pesaba la obligación de intervenir siempre que tuviera sospechas de un delito, aun cuando las alcanzara de modo no oficial: el fiscal debía investigar las circunstancias sospechosas para decidir sobre la interposición de la acusación (§ 160 StPO²) y el policía debía adoptar todas las diligencias necesarias para remitirlas sin demora a la fiscalía (§ 163 StPO³). b) *En segundo lugar*, un enfoque simétricamente inverso, defendía la idea de que los conocimientos adquiridos en ejercicio del cargo debían diferenciarse – por lo menos en el ámbito jurídico-penal – de manera tajante de los

¹ Así, VON KRIES, *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts*, 1892, pp. 470 ss., quien llega a afirmar que el fiscal ya se vería obligado a actuar ante un rumor, citado por GEERDS, «Tatverdacht und Verfolgungspflicht», *FS-Schröder*, 1978, p. 392, nota 10, quien además menciona como partidarios de esta tesis también a ROSENFELD, *Der Reichs-Strafprozess. Ein Lehrbuch*, 1912, p. 204; y GERLAND, *Der deutsche Strafprozess. Eine systematische Darstellung*, 1977, p. 299. Con más referencias, KRAUSE, «Erfüllt die Nichtverfolgung durch den Staatsanwalt bei privat erlangter Kenntnis einer strafbaren Handlung den Tatbestand des § 346 StGB?», *GA*, 1964, pp. 110 ss.; y ANTERIST, *Anzeigepflicht und Privatsphäre des Staatsanwalts*, 1968, p. 16; LAUBENTHAL, «Strafrechtliche Garantenhaftung von Polizisten und außerdienstliche Kenntniserlangung», *JuS*, (11), 1993, p. 910, en particular nota 37.

² § 160 *Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung*: I. *Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen.* [...]. El primer párrafo del § 160 StPO establece que tan pronto como la fiscalía tenga conocimiento de la sospecha de un delito mediante una denuncia o de otra forma, debe investigar las circunstancias para decidir si se debe interponer o no la acusación.

³ § 163 *Aufgaben der Polizei im Ermittlungsverfahren*: I. *Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. Zu diesem Zweck sind sie befugt, alle Behörden um Auskunft zu ersuchen, bei Gefahr im Verzug auch, die Auskunft zu verlangen, sowie Ermittlungen jeder Art vorzunehmen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln.* [...]. El primer párrafo del § 163 StPO hace referencia a los deberes de la policía y determina que las autoridades y funcionarios del servicio de policía deben investigar delitos y adoptar todas las diligencias que impidan cualquier aplazamiento, para impedir el encubrimiento del asunto.

adquiridos fuera de su ejercicio, vinculando al funcionario únicamente los primeros⁴. La fiscalía y el servicio de policía si bien se encontrarían facultados a actuar con base en sus conocimientos especiales, no estarían obligados a hacerlo en virtud de la ley. c) *En tercer lugar*, en la doctrina alemana existió un intento aislado de recurrir a los §§ 153 ss. StPO⁵: el funcionario encargado de la persecución penal no estaría obligado a activar un conocimiento especial que evitara la comisión de un delito o permitiera su esclarecimiento, si este hecho en cuestión pudiera dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad⁶. d) *Finalmente*, en las decisiones de los tribunales se impuso un criterio intermedio que dependía de si el hecho delictivo del que tomaba conocimiento el funcionario afectaba “en especial medida los intereses públicos y de la comunidad en general”⁷. Así, los tribunales se inclinaron por entender que el fiscal o el policía estaban obligados a proceder como si estuvieran en servicio cuando la sospecha alcanzada fuera del ejercicio del cargo se refiriera a la comisión de un hecho delictivo especialmente grave que amenazara los intereses del Estado o a la sociedad en general.

a) La idea de que los conocimientos adquiridos fuera del ejercicio del cargo vinculan siempre al funcionario yerra al perder de vista que una posición de garantía tan amplia no sólo fuerza la letra del Derecho positivo, sino que, además se presenta como impracticable y, en consecuencia, inútil. Esta objeción ha de mantenerse aun cuando se intentare restringir dicha propuesta hasta abarcar únicamente a las autoridades jerárquicas de la fiscalía y del servicio de policía. Piénsese que, al exigírseles una devoción tal a los funcionarios públicos se acabaría recortando su esfera de privacidad de una manera insoportable. Y esto encuentra su explicación —a diferencia de lo que sucede con los agentes estatales que se desempeñan en los servicios de inteligencia o los militares en tiempos de guerra⁸— en que los delitos cuya prevención, persecución e investigación se ha encargado a la fiscalía y la policía son extremadamente ubicuos y, por lo tanto, la lógica de la institución que define por diferenciación la estructura sistemática de su deber no podría

⁴ En esta línea, KRAUSE, GA, 1964, p. 110 ss.; ANTERIST, *Anzeigepflicht und Privatsphäre des Staatsanwalts*, 1968, pp. 63 ss.; WAGNER, *Amtsverbrechen*, 1975, pp. 296 ss.; RUDOLPHI, «§ 258a», *SK-StGB*, 9ª ed., 2016, nm. 1 ss.; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1987, p. 539; también, pero con matices, GEERDS, *FS-Schröder*, 1978, pp. 394 ss.

⁵ § 153 *Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit I. Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht.* [...] El § 153 StPO permite la no persecución de delitos de mínima cuantía. Si el proceso tiene como objeto un delito, entonces la fiscalía puede prescindir de la persecución con el consentimiento del tribunal competente para la apertura del plenario, si la culpabilidad del autor del delito fuera considerada escasa y si no existiera ningún interés público en la persecución.

⁶ Planteamiento que pertenece a SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, t. I, 2ª ed., 1964, núm. marg. 398 (pp. 226 ss.), citado por GEERDS, *FS-Schröder*, 1978, p. 393, nota 13.

⁷ Criterio asumido por el BGHSt 5, 1953, pp. 225, 229 a partir de las consideraciones del RGSt 70, p. 252. Véase también, BGHSt 1, 1958, pp. 277, 279 ss.; BGH 2, 1988, pp. 430 ss.; OLG Köln 3, 1981, p. 1794; BGHSt 4, 1992, p. 544. Con más referencias a la jurisprudencia y doctrina alemanas, STREE/HECKER, «§ 258a», *Sch/Sch*, 29ª ed., 2014, nm. 11; GEERDS, *FS-Schröder*, 1978, p. 394, nota 15; WAGNER, *Amtsverbrechen*, 1975, p. 295, nota 52; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1987, p. 539, nota. 97; LAUBENTHAL, *JuS*, (11), 1993, pp. 910 ss.

⁸ Ni siquiera estos agentes deben de activar sus conocimientos y habilidades especiales frente a todo tipo de sospecha delictiva, sino solo frente a aquellas que ponen en riesgo la seguridad nacional o los objetivos de sus misiones. Véase en detalle *infra*.

incorporar como una expectativa generalizable de la función a los conocimientos particulares⁹. Para entender esto construyamos dos ejemplos:

[Caso 1]: Un joven agente de policía integra la división de lucha contra el narcotráfico. En su tiempo libre disfruta de la música electrónica asistiendo a clubes donde se escucha y baila este género. En reiteradas ocasiones ha presenciado en los lavabos a personas consumiendo y vendiendo estupefacientes. Compartir tal conocimiento particular con sus colegas y superiores al momento de trazar procedimientos de prevención y persecución antidrogas, los haría más efectivos.

[Caso 2]: Un empleado de la Administración tributaria tiene como tarea principal fiscalizar locales comerciales para prevenir y sancionar conductas en infracción a la ley de recaudación impositiva. Cierta noche, en la que se encuentra celebrando su aniversario de matrimonio, percibe indicios graves y coincidentes de que la cadena de restaurantes en la que está cenando llevaría a cabo conductas de fraude fiscal.

Al pensar en estos casos es fácil ver que una perspectiva forjada con base en la concepción formalista del principio de legalidad imperante a finales del siglo XIX, al reducir la esfera de libertad individual del individuo de una manera intolerable, debe ser desechada por desbordante e inconstitucional. De otro modo, en ciertos ámbitos de interacción en donde es más usual percibir conductas en infracción a la ley de estupefacientes como puede ser una discoteca, un recital de rock o una fiesta, el agente policial debería proceder a informar a sus superiores y asegurar los medios de prueba que pudieran ser relevantes para el trámite de la investigación. En consecuencia, los empleados del servicio de policía y la fiscalía deberían recortar la neutralidad y suprimir el anonimato de su vida social: evitar ir al lavabo en las discotecas, no asistir a conciertos de música de rock o frecuentar únicamente fiestas familiares. A su vez, el superior jerárquico de este agente de policía estaría obligado a mantener su teléfono móvil encendido ininterrumpidamente para recibir llamadas a altas horas de la noche, bajo pena de omitir cumplir con su deber de investigar. Podríamos imaginarnos situaciones semejantes si se pretendiera una actuación constante de los empleados de los entes recaudadores. La exigencia de ser representante de la institución en todo tiempo y lugar frente a peligros ubicuos y generalizados

⁹ Debe ser la propia estructura sistemática del deber de garante respectivo la que fundamente la (in)existencia del deber del empleado policial de activar el conocimiento obtenido fuera del servicio. Con conclusiones que se distancian en diversas aristas de las alcanzadas en este trabajo, pero asumiendo esta premisa, PAWLIK, «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», *ZStW*, (111), 1999, pp. 370 ss.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, 2012, pp. 186 ss. No obstante, cuando la normativa distorsione el rol social del agente a tal punto que este se vuelva impracticable o inútil, entonces será legítimo volver a sus bases materiales para criticar o neutralizar la forma de la ley. Por ejemplo, en España la Ley Orgánica 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece en el art. 5.4 que sus miembros “deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana”. Frente a un precepto de esta índole existen dos alternativas. La primera, neutralizarlo en tanto expresión de deseo, impracticable como tal (un deber tan amplio no puede mantenerse en el tiempo cuando se trata de evitar riesgos ubicuos) e inconstitucional por recortar la neutralidad y suprimir el anonimato de la vida social del agente del Estado de una manera insoportable (imaginemos que si se pretendiera hacer efectivo este precepto el agente de policía constantemente habría de portar su arma reglamentaria, no consumir alcohol, mantenerse alerta, etc.). La segunda, interpretarlo como una norma que otorga al policía la *facultad* de intervenir en defensa de la ley y la seguridad ciudadana en cualquier momento: a quien le apetezca ser un *súper-policía*, pues bien, pero nunca desbordando los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad expresamente reconocidos en el art. 5.2 c) de la citada LOFCS. Sobre los límites del deber jurídico-penal policial de recurrir a la fuerza para evitar hechos antijurídicos, en detalle, COCA VILA, «El deber (jurídico-penal) de disparar a matar», *en prensa*, haciendo referencia a la cuestión de los hechos típicos en cumplimiento del deber realizados por el agente de policía fuera de servicio.

conduciría a un Estado distópico, opresivo e ineficiente. Es difícil, entonces, no advertir que en este planteamiento late una connotación moralizante de la función pública, más propia de Estados totalitarios –donde funcionarios y ciudadanos se encuentran incondicionalmente al servicio de la nación– que de Estados democráticos de Derecho –en los cuales, si bien ambos papeles no se disocian completamente, tampoco se confunden¹⁰–.

b) Sin embargo, no debemos dejarnos engañar por el enfoque opuesto que, al rechazar categóricamente el deber del funcionario público de activar sus conocimientos especiales –en la mayoría de las ocasiones con argumentos de Derecho procesal, pero en otras recurriendo a consideraciones materiales– con un tono marcadamente formalista tampoco resuelve de manera satisfactoria las tensiones existentes entre el rol de funcionario público y la condición de ciudadano. En rigor, aquí también se acaba despersonalizando al funcionario al pretender incorporarle, tal cual autómatas, un interruptor de encendido y apagado. En la drástica división entre conocimientos adquiridos dentro y fuera de la función suele acechar una perspectiva formalista, que llevada a sus últimas consecuencias implica resultados contraproducentes tanto para la Administración, como para sus representantes y representados. Aunque deberemos transitar un trecho más antes de adentrarnos en la solución de estos casos, ya estamos en condiciones de afirmar que no se puede construir una frontera rígida a partir de un instrumental que pone exclusiva atención en el marcado de la tarjeta de entrada y salida del funcionario público. Este enfoque, asimismo, suele postular que el funcionario no estaría obligado a activar sus conocimientos especiales, pero que sí estaría *facultado* a hacerlo.¹¹ Esta es otra conclusión que hemos de rechazar, tanto en el plano procesal como en el material, pues en ciertos casos, que no son pocos, la ley prohíbe expresamente recurrir a conocimientos que exceden el estándar ordinario, si estos han sido obtenidos en el ejercicio de un rol diverso. Aquí entran a jugar las normas jurídicas que protegen el secreto profesional o imponen deberes de lealtad y confidencialidad. En consecuencia, el criterio que asumamos debe ser normativo. Y esto significa tomar como punto de partida la reglamentación procesal, administrativa y disciplinaria que delimita la actividad del funcionario público, pero a través de una lectura estrictamente ceñida a la moderna teoría de la imputación objetiva. Solo un entendimiento dinámico de las complejas interrelaciones entre el rol y la condición de ciudadano define con precisión los contornos de los deberes positivos especiales del funcionario público. Sumemos dos ejemplos más para referir las ideas principales de este trabajo:

¹⁰ Este planteamiento inicialmente procesalista se corresponde naturalmente con aquel espectador imparcial y omnisciente construido por la dogmática que contextualiza al autor en el momento preciso de la acción teniendo en cuenta todos sus conocimientos. Cuando GRECO, «Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum "Problem" des Sonderwissens», *ZStW*, (117), 2005, p. 554, concluye que incluso cuando no exista ningún deber de adquirir conocimientos especiales, se puede fundamentar un deber de utilizar los conocimientos especiales disponibles a partir de la idea de que quien sabe más, puede más y este mayor conocimiento, y por consiguiente mayor libertad, conduce a una mayor responsabilidad, olvida comprobar casos como los que se analizan en este trabajo, en los que una expectativa de conducta de este tipo conduciría a una vida insostenible. El enfoque de la evitabilidad individual –inicialmente pensado para los casos de imprudencia y trasladado a los casos de los titulares de posiciones de garantía– postula una expectativa de conducta que comprendería todo aquello que esté a la mano del agente para evitar la producción del resultado lesivo. Si cada vez que se obtenga un saber fuera del servicio existe la obligación de utilizarlo con el fin de evitar lesiones para los bienes jurídicos, entonces, sencillamente deja de tener interés la pregunta sobre los conocimientos especiales.

¹¹ Así, GEERDS, *FS-Schröder*, 1987, p. 395; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1987, p. 541.

[Caso 3]: El juez penal integrante de un tribunal colegiado, que conoce del trámite de un juicio por homicidio consumado, reconoce a la supuesta víctima mientras asiste a un espectáculo deportivo. La misma se encuentra sentada delante de él y le comenta a un tercero cómo han sido manipuladas las pruebas para incriminar al acusado. Los elementos de convicción incorporados al proceso conducen inexorablemente a un veredicto de culpabilidad.

[Caso 4]: Un domingo al medio día, mientras almuerza con su familia, el fiscal escucha que golpean la puerta de su domicilio. Al asomarse encuentra una carta anónima conteniendo una prueba incriminadora clave en una causa en la que él interviene.

c) A esta temprana altura de la exposición contamos con algunos argumentos para no dejarnos convencer tan fácilmente de que la persona siempre debe llevar consigo el traje de funcionario para, a modo de superhéroe de historietas, mudar su vestimenta en una cabina telefónica, ni tampoco para caer en la trampa de que la función pública acaba en el momento en el que se atraviesa la puerta de la oficina¹². Entonces, ahora podemos avanzar sobre aquellos criterios intermedios que doctrina y jurisprudencia han generado por diferenciación. Entre ellos debe mencionarse aquel que recurre a la regulación del principio de oportunidad previsto en los §§ 153 ss. StPO: el fiscal no tendría el deber de activar sus conocimientos especiales, cuando, por ejemplo, la culpabilidad del autor del delito fuera considerada escasa y no exista ningún interés público en la persecución¹³. Ya en el nivel de una lectura inmediata es evidente que hay algo que no encaja, pues es difícil ver de qué manera esta idea pasaría un test basado en el principio de legalidad, cuando los §§ 153 ss. StPO tienen como finalidad regular la aplicación del principio de oportunidad de parte de los operadores judiciales y no la eventual aplicación de aquellas sospechas adquiridas fuera del marco del proceso penal¹⁴. Los §§ 153 ss. StPO describen un procedimiento preciso para la aplicación del principio de oportunidad, sin dejar en ningún momento al exclusivo arbitrio del funcionario judicial, de acuerdo a sus conocimientos individuales, el hacer o no uso de él. Idénticas consideraciones valdrían para un planteamiento análogo en el marco del Derecho procesal español. En efecto, la pretensión que se esconde detrás de este planteamiento no es otra que dotar de un ropaje positivo al criterio cuantitativo de la gravedad del hecho delictivo al que se refiere la sospecha.

d) No es ninguna sorpresa que el criterio preferido de los tribunales alemanes para resolver casos resonantes de no activación de conocimientos especiales haya sido el de la afectación en especial medida de los intereses públicos y de la comunidad en general. El éxito del recurso a la gravedad del hecho en la doctrina y jurisprudencia¹⁵ alemanas de mediados de siglo pasado es su

¹² Como veremos a continuación, sin embargo, esto podría admitirse para los empleados del Estado que realizan prestaciones de mantenimiento periférico de la institución, pero difícilmente podría ser la regla general para quienes conforman los pistones de su motor de marcha.

¹³ Véase nota 6.

¹⁴ Así, GEERDS, *FS-Schröder*, 1987, p. 394; WAGNER, *Amtsverbrechen*, 1975, p. 295.

¹⁵ En la sentencia BGHSt 5, 1953, pp. 225 ss., se considera que un robo en banda es un delito que «afecta en especial medida los intereses públicos y de la comunidad en general» y que origina en los empleados de la policía criminal un deber de transmitir a su autoridad que se ha recibido información fuera del ejercicio del deber sobre quiénes serían los autores del hecho (en consecuencia, se hace lugar al recurso de la fiscalía y se condena al funcionario acusado por la infracción del § 346 StGB). Por su parte, OLG Köln 3, 1981, p. 1794 establece que «en los delitos de estupefacientes existe una regla general que establece un deber de intervenir, cuando se presenta un caso particularmente grave en el sentido del § 29 III BtMG». Entiende que no existe un hecho que afecte los intereses de la comunidad en un supuesto de explotación de la prostitución, BGHSt 2, 1988, p. 430: «Un empleado

capacidad inicial para resolver los callejones sin salida a los que conducen los enfoques extremos¹⁶. Pero como no estamos frente a una pauta orientativa clara, sino una solución de compromiso para no avalar resultados “contraintuitivos” en casos concretos sometidos a decisión, en el fondo los problemas subsisten, pues ¿cuándo estamos frente a un delito grave y qué norma legitima tal pretensión hermenéutica? A su vez, si en un momento determinado aumenta el grado de peligro de lesiones para los bienes jurídicos (gravedad) y en otro disminuye, entonces ¿cómo se determinaría el contenido de la directiva de comportamiento en el curso de esa variación?¹⁷ Al presentarse el límite entre el deber de activar los saberes especiales y la libertad de no hacerlo como una cuestión de grado, se gana en plasticidad, pero se pierde en precisión pagándose un alto precio sistemático. No obstante, la existencia de un deber de usar el conocimiento obtenido de manera particular cuando tras ponderar el interés general en la persecución penal y el interés particular –principalmente el de la esfera de privacidad del individuo– predomine aquel, puede de la mano del correspondiente giro teórico ser de gran valor para orientar la discusión. Ello en tanto, la capacidad analítica que se encuentra oculta en este criterio reside precisamente en el modo en que se utiliza la oposición entre el interés institucional (el rol social) y el interés particular (la condición de ciudadano). Por otra parte, mediante una lectura normativista podemos rescatar un parámetro que se presenta a todas luces como indefinido y diplomático, un inesperado vínculo con el estado de necesidad. Aunque por la extensión del tema no puede ser aquí justificado suficientemente, entiendo que se trata de una vía conveniente para resolver aquellos problemas que se suscitan en casos límite en los que entran en colisión los deberes de fidelidad, secreto y confidencialidad del garante en relación con un determinado rol, por un lado, y la posible lesión de bienes jurídicos fundamentales en otra posición de garantía. Esta idea será apreciada más claramente después de explicar el concepto de conocimiento especial.

2.2. Aproximación dogmática: rol social, norma e institución

La tríada conceptual *rol-norma-institución* proyecta una zona enigmática en la que los instrumentos de navegación de la doctrina dominante se descalibran. Cuando se habla de deberes positivos especiales¹⁸, suele asumirse que forma parte del contenido de la institución

que es competente para intervenir en un procedimiento penal por explotación de la prostitución, no comete encubrimiento en ejercicio del cargo cuando oculta sus conocimientos sobre este hecho punible adquiridos fuera del servicio”. En la misma línea, BGHSt 4, 1992, p. 544. Un comentario detallado sobre esta última sentencia en LAUBENTHAL, *JuS*, 1993, (11), pp. 907 ss.

¹⁶ Así, WAGNER, *Amtsverbrechen*, 1975, pp. 296 ss. Pone de relieve RUDOLPHI, «§ 258a» *SK-StGB*, 9ª ed., 2016, nm. 1 ss. que con este criterio la doctrina y jurisprudencia dominante no pueden resolver si el padre fiscal debe o no denunciar a su hijo, si este le confesara que ha intervenido en un robo o en una tentativa de homicidio.

¹⁷ PAWLIK, *ZStW*, (111), 1999, pp. 370 ss. advierte que los reparos en razón del mandato de determinación del art. 103 II GG, tendrían una importancia secundaria frente a los problemas sistemáticos para fundamentar la imputación con base en el criterio de la gravedad del riesgo.

¹⁸ La distinción entre deberes negativos y deberes positivos se refiere a su diverso fundamento: a los deberes negativos subyace el principio *neminem laedere*, esto es, un deber intersubjetivo de respeto (no dañar a los demás), y a los deberes positivos les corresponde un deber de contribuir al bienestar de los demás, de toda la colectividad (solidaridad). A partir de aquí, la doctrina traza una distinción de segundo nivel entre deberes positivos generales y deberes positivos especiales. Aquellos comprenden a todos los ciudadanos, se basan en la solidaridad que se deben los ciudadanos recíprocamente y se concretan en las figuras de la omisión del deber de socorro y del deber de impedir delitos, al mismo tiempo que subyacen al deber de tolerancia inherente al estado de necesidad agresivo. Los deberes positivos especiales, por su parte, se dirigen únicamente al portador de un determinado rol,

“una comunidad más o menos completa entre garante y favorecido que en casos límite incluye todo conocimiento que el garante tenga, de modo que éste no puede dejar al margen de su rol unos determinados conocimientos especiales”¹⁹. El caso modelo es el de la relación paterno filial: cuando los hijos se encuentran en una situación de necesidad, si sus padres conocen cómo evitar una consecuencia lesiva, entonces pasa a formar parte de su rol la activación de este conocimiento. Ahora bien, ¿qué sucede con aquellos otros garantes especiales que también están obligados a favorecer la institución que representan? Frente a esta cuestión incluso la doctrina más normativista suele ser esquiva: “los detalles han de dejarse a la interpretación de la situación institucional correspondiente”²⁰. El artífice de la distinción (aplicada al Derecho penal) entre deberes positivos y negativos explica que en los deberes en virtud de responsabilidad institucional “ha de prestarse por lo general un estándar normal, pero no un sacrificio ni un empleo de capacidades extraordinarias. Otra cosa no podría mantenerse mucho tiempo en la realización, en parte profesional, de acciones, y por eso tampoco se espera en general del titular del rol en cuestión algo distinto”²¹. De este modo, JAKOBS postula que únicamente en el supuesto aislado de la relación paterno filial, es propio de la institución que el obligado emplee a favor del

como lo es en nuestro caso, el funcionario público. De lo que se trata aquí es de la infracción de determinados mandatos y prohibiciones derivados de la institución que permitirían imputar el daño: por ejemplo, “aquellas autoridades a las que incumbe oficialmente la persecución penal son garantes con arreglo a los §§ 258, 258a, 13 StGB” (JAKOBS, AT, 1991, 28/77). De lo anterior, una parte de la literatura deduce que al obligado especial se le podría imputar el daño derivado de la infracción de un deber positivo de un modo equivalente, en términos estructurales, a la imputación del daño basada en la infracción de un deber negativo. Así, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 5,61; EL MISMO, AT, 1991, 28/26 ss.; 28/57 ss.; EL MISMO, *Imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, pp. 26 ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 83 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 178 ss.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 268 ss.; MÜSSIG, «Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht», *FS-Rudolphi*, 2004, p. 177; SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 83 ss.

Pero lo anterior no está dicho fuera de toda discusión: ni está tan claro que la infracción de un deber positivo especial sea equivalente a la infracción de un deber negativo, ni tampoco que no se vulnere el principio de legalidad al no exigirse la tipificación expresa de los ataques del obligado especial a la institución. En rigor, el planteamiento dogmático de otra parte de la doctrina ha comprobado que la posición de garantía del funcionario público no se caracteriza por su eventual responsabilidad al lesionar bienes jurídicos en el desempeño de sus funciones, sino por la realización del contenido concreto de la institución estatal frente a la ciudadanía. Así, sin ánimo de exhaustividad, ZACZYK, «Zur Garantienstellung von Amtsträgern», *FS-Rudolphi*, 2004, pp. 366 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El Delito de omisión: concepto y sistema*, 1986, pp. 344 ss.; ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, (4), 2013, p. 13; COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, 2016, pp. 276 ss. Desde este punto de vista, al fundamento de la posición de garante del funcionario público no subyace la estructura de la responsabilidad por organización, es decir, un deber negativo de no lesionar. En el marco de la responsabilidad institucional, el quebrantamiento del deber positivo especial acarrea responsabilidad penal solo cuando este se encuentre contemplado en el Código penal como una omisión pura de garante, sin descartarse que la infracción del deber positivo pueda, además, discurrir por vía disciplinaria o administrativa. Las omisiones puras de garante, como tales, no dan lugar a la imputación del resultado, del mismo modo que sucede con las *omisiones puras de ciudadano*. Quien no socorre a una persona desamparada en peligro grave y manifiesto, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio o para terceros, responderá por su insolidaridad para con la víctima solo si la omisión de socorro se encuentra sancionada en el ordenamiento del que se trate. No existe una identidad estructural con la comisión: el agente no responderá por el resultado lesivo —la muerte del accidentado— sino por la infracción de un deber de solidaridad tipificado legalmente en el Código penal. La tipificación de la omisión pura necesaria para castigar al samaritano insolidario, por ende, también lo sería para responsabilizar a los garantes especiales.

¹⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, p. 66.

²⁰ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, p. 67; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 5, nota 3; EL MISMO, AT, 1991, 15/14 ss.

²¹ JAKOBS, AT, 1991, 15/15.

protegido sus capacidades y conocimientos especiales. En lo que sigue, comprobaremos que esta afirmación requiere precisiones o, más bien, correcciones²².

Como es sabido, ser causante del resultado no es siempre socialmente anómalo. En el ámbito del riesgo permitido se trata de acciones que por su forma no defraudan expectativas, porque su aceptación se presenta como necesaria para posibilitar determinados contactos sociales. La comprobación *ex post* de la inocencia del acusado no modifica retroactivamente el sentido de la conducta del juez que dictó un veredicto de culpabilidad con base en los elementos de convicción válidamente incorporados al proceso penal, pues su conducta se mantuvo dentro del riesgo de error permitido inherente a su actividad judicial. La condena de personas inocentes es un subproducto indeseable, pero tácitamente asumido por la sociedad, siempre que se actúe dentro los límites del proceso penal. Entre un proceso penal perfecto pero inalcanzable y un proceso penal imperfecto pero posible debe optarse por este último, absorbiendo y minimizando los costes de su realización. La determinación del carácter permitido de una acción debe realizarse con un criterio objetivo, conforme la situación y los bienes expuestos al riesgo, y *ex ante*, dado que la aceptación no depende de la ausencia de resultado, sino de la forma de la acción²³. Las particularidades de esta cuestión son tan conocidas que no merece insistir sobre ellas²⁴. Sólo me concentraré en aquellas constelaciones de casos en las que el obligado especial en virtud de una relación institucional posee un conocimiento superior al exigido por su rol, que le permitiría evitar el resultado²⁵. En el caso 3 el juez conoce por una vía distinta a la del proceso penal que, a pesar de las pruebas que conducen un veredicto de culpabilidad, el acusado es inocente.

²² Ya es dudoso que el padre deba emplear todos sus conocimientos y capacidades extraordinarias a favor de sus hijos, cuestión que reconoce parcialmente JAKOBS, *AT*, 1991, 15/15, cuando afirma que “los padres no tienen por qué donar a sus hijos un órgano necesario para su curación, e incluso los padres adinerados únicamente le deben a su hijo la asistencia médica adquirible hasta el estándar normal”.

²³ Véase, JAKOBS, *AT*, 1991, 7/47.

²⁴ En lo que respecta a la posición sistemática que corresponde a los conocimientos y capacidades individuales, dado el carácter personal de estos elementos, podría pensarse que se corresponden a la parte subjetiva del tipo, sin embargo, de la mano de la moderna teoría de la imputación objetiva, se ha comprobado que los mismos deben integrar el tipo objetivo. La cuestión, sin embargo, es controvertida. Sobre el tema, MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP*, (41-3), 1987, pp. 674 ss. Consúltese también, ROXIN, «Finalität und objektive Zurechnung», *FS-Armin Kaufmann*, 1989, pp. 250 ss., quien admite que en la realización del tipo objetivo podría depender también de factores subjetivos y psíquicos internos, agregando que incluso determinados factores subjetivos tendrían trascendencia en la imputación objetiva. En la misma línea, GRECO, *ZStW*, (117), 2005, pp. 531 ss. Con matices, FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, pp. 133 ss.; EL MISMO, «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático» (trad. Robles Planas), en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en el Derecho penal*, 2006, pp. 55 ss. Naturalmente, son más drásticas las consideraciones de JAKOBS en lo que respecta a impermeabilizar el tipo objetivo frente a eventuales irritaciones subjetivas basadas en lo que el sujeto sepa; véase, JAKOBS, «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», *FS-Armin Kaufmann*, 1989, pp. 237 ss.; EL MISMO, *Estudios de Derecho penal* (trad. Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá), 1997, pp. 223 ss.; EL MISMO, «Indiferencia como dolo indirecto» (trad. Pérez del Valle), en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 193.

²⁵ La posibilidad de evitar el resultado lesivo para el bien jurídico protegido, usualmente es afrontada por la doctrina en el ámbito de la imprudencia para determinar cuál es el alcance del deber de cuidado del agente. Así, y sin pretensión de exhaustividad, SACHER, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, 2006, pp. 28 ss.; KINDHÄUSER, «Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung», *GA*, 2007, pp. 447 ss.; ROXIN, *AT II*, 4ª ed., 2006, §§ 24/46 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1996, § 55 I; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, lecc. 11, nm. 35. Pero pocas veces se hace referencia a la situación de los garantes especiales en el marco de una relación institucional.

Nuestras intuiciones comienzan a tambalear: ¿debe el magistrado utilizar este saber para evitar que el acusado purgue una larga e injusta pena en prisión? Las respuestas posibles a esta cuestión no difieren mucho de aquella panorámica presentada en el dominio procesalista para los supuestos que involucran a los órganos encargados de la persecución penal: *debe utilizarlo, tiene la facultad de hacerlo o le está prohibido recurrir a él*. A los argumentos de la dogmática que se pronuncia a favor de que los utilice, subyace la idea del Derecho penal como maximizador de la protección de bienes jurídicos: “si el Juez *puede* evitar que un inocente vaya a prisión, entonces *debe* hacerlo”²⁶. En contra de tenerlos en cuenta en el juicio de imputación, el argumento principal consiste en que la atención que se prestara por encima del estándar habitual acarrearía consigo deberes de evitar que acabarían detonando la moderna teoría de la imputación objetiva desde sus profundos cimientos en la teoría del rol social. A su vez, hemos de recordar que en otras hipótesis se produciría una limitación no deseada e insoportable de la esfera de privacidad de la persona: en los casos 1 y 2, por ejemplo, el agente de policía y el empleado de hacienda deberían relegar su vida social o, cuando menos, hacerla permeable a su función pública.

En los casos de responsabilidad institucional que ahora nos interesan, los contornos del rol del agente no se definen a través del deber de evitar un resultado, sino con base en un espectro de interacciones, a los que puede pertenecer la activación de los conocimientos especiales. Para JAKOBS, sin embargo, esto sería excepcional, exigiéndose un rendimiento estándar. Frente a esta toma de postura, no se dan mayores argumentos y se razona de la siguiente manera: un sacrificio o empleo de capacidades extraordinarias no se podría mantener mucho en el tiempo²⁷. Aquí ya es oportuno realizar un primer reparo, tomando como punto de partida el análisis de la actividad de dos peculiares clases de funcionarios públicos: los agentes de inteligencia y los militares en tiempos de guerra. Pensemos a partir de los siguientes ejemplos:

[Caso 5]: Un agente del Centro Nacional de Inteligencia en su día libre se encuentra presenciando junto a su familia los festejos de fin de año en la Av. María Cristina, cuando escucha conversar a un grupo de desconocidos que se encuentran a su lado. En la charla se dan detalles precisos de lo que sería un atentado-bomba en el próximo desfile de Reyes.

[Caso 6]: El Jefe de regimiento Thorvald es uno de los francotiradores más precisos de las tropas alemanas y se le ha encargado la misión de asesinar selectivamente a otro francotirador de las filas soviéticas, el soldado Vassili Záitsev. Thorvald en su tiempo libre ha entablado amistad con un niño ruso que habilidosamente cruza las líneas enemigas en busca de comida. En una de sus charlas, el niño le comenta que conoce a Vassili y que puede darle su ubicación exacta un determinado día, lo que efectivamente hace²⁸.

²⁶ Por atractivo que aparezca el bloquear todas las vías de escape que puedan utilizar algunos agentes que poseen saberes y capacidades individuales para evitar la producción de resultados lesivos, no debemos olvidar que en esta norma con pretensiones desbordantes su directiva de comportamiento acabaría diluyéndose en la vaguedad, al mismo tiempo que recortaría de manera insoportable el espacio libre de actuación.

²⁷ JAKOBS, *AT*, 1991, 15/15.

²⁸ Ejemplo tomado del film *Enemy at the gates*, adaptación de la novela homónima de WILLIAM CRAIG, basada en hechos reales.

En ambos casos, caben pocas dudas sobre lo que sería un intenso vínculo institucional al que subyace una posición de garantía de contornos muy amplios²⁹. La norma de conducta que obliga a estos agentes parece establecer un *plus de deber* que rezaría “aplica todos tus conocimientos para cumplir con tu misión”. Tal descubrimiento no debería sorprendernos si valoramos que tales actividades son vitales para asegurar las condiciones básicas en las que el Estado de Derecho puede alcanzar sus fines. La seguridad exterior es un presupuesto previo a las funciones que se asuman como institucionalmente irrenunciables. Y esta afirmación debe procesarse normativamente, pues si bien es cierto que fácticamente es probable que la mayoría de las instituciones estatales seguirían funcionando después de que el Estado fuese invadido por una potencia extranjera, en ese mismo momento dejarían de existir como tales en relación con su configuración normativa original. En el plano fáctico, es probable que el régimen de recaudación tributaria, la Administración de justicia y los servicios de policía sigan operando, pero los mismos ya no se definirán como integrantes de aquella institución que fue sustituida; habrían perdido su identidad. En consecuencia, tanto el agente de inteligencia como el militar encomendado deben, respectivamente, hacer uso del saber adquirido en su tiempo libre para evitar un devastador atentado terrorista o cumplir con la misión que permitirá ganar la batalla decisiva. La normativa que regula sus funciones positivizando su rol institucional les obliga a hacerlo, siendo esta una manifestación formal del delicado ámbito de competencia de estos agentes, el cual se presenta como capital para la vigencia material del Estado de Derecho.

Lo que no debemos olvidar aquí es que, si bien en última instancia es el rol social el que preconfigura el núcleo de la posición de garantía, en el ámbito del Derecho penal no se trata de juzgar roles sino del cumplimiento o incumplimiento de las normas³⁰. Es verdad que el grado de abstracción de la dogmática jurídico-penal y la medida en la que las cuestiones jurídicas se deciden no pueden fijarse independientemente de las expectativas sociales³¹, pero no es menos cierto que estas últimas no deben arrollar el andamiaje normativo que apuntala la institución. Por ello, no basta con la mera expectativa social sobre cómo debe actuar el funcionario público – pensemos aquí en lo volátiles que pueden ser en algunos contextos las pretensiones de la ciudadanía sobre la actividad de los magistrados o los representantes del gobierno – sino que debemos fijarnos en cómo valora el ordenamiento jurídico el sector del tráfico jurídico correspondiente³². “Lo decisivo es, pues, la legitimación del recurso a lo interno. Y para ello habrá que atender al dato de la gestión de determinados ámbitos de riesgo por parte del sujeto”³³. De lo que se trata es de descubrir la especificidad del tejido normativo en el que se manifiestan los deberes de lealtad frente a una determinada institución. Por esto, no es accidental que hayamos seleccionado el caso de los agentes de inteligencia, pues aquí se advierte claramente la tríada *rol-norma-institución*. Si nos vamos al preámbulo del Código de ética del Centro Nacional

²⁹ Pero referido a un objeto muy preciso, la seguridad externa del Estado, lo que nos permite distinguir estructuralmente la actividad de los agentes de inteligencia y los militares en tiempos de guerra de la de los agentes del servicio de policía.

³⁰ Véase, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, 2003, p. 211.

³¹ Así, LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. Otto Pardo), 1983, p. 96.

³² “La expectativa es, pues, de entrada, un fenómeno puramente psicológico, que desde luego no tiene contenido normativo. Una expectativa deviene normativa, cuando se ha visto estabilizada a través de su incorporación a una norma –social o jurídica–, esto es, cuando se ha institucionalizado de modo más o menos cualificado”. (SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, p. 25).

³³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 211.

de Inteligencia de España (CNI a partir de ahora) leeremos que “representa el compromiso adquirido a lo largo del tiempo de respetar los principios que inspiran la actuación de quienes pertenecen al CNI”; asimismo, notaremos cómo se acude al rol social para concretar normativamente la institución cuando se menciona que “con el transcurso de los años, el CNI ha ido consolidando una suma de valores compartidos y una compilación de buenas prácticas”³⁴. La exigencia de la aplicación de la información adquirida de manera extraordinaria surge de aquellos valores y buenas prácticas (¡rol social!) y se condensa positivamente en la regulación-marco que establece el Código de ética. Según este último, los integrantes del CNI “se comprometen a desempeñar con diligencia las tareas que les sean asignadas y a responsabilizarse siempre y en cualquier circunstancia, de cumplir y respetar, de la manera más fiel” los principios de la institución [Preámbulo]. Los funcionarios del CNI le deben lealtad a la institución y para cumplir con los fines de protección del bien común no deberán escatimar esfuerzos ni sacrificios [art. 2], asimismo, no se excusarán para incumplir los preceptos que regulan su actuación y asumirán los inconvenientes personales y las exigencias profesionales que conlleva el cumplimiento de su misión [arts. 3 y 4]. Es interesante notar que el Código de ética describe a los integrantes del CNI como “funcionarios ejemplares” que “aportarán, en tiempo y forma, lo mejor de sus cualidades personales y profesionales, a fin de lograr, con su dedicación, entrega y buen hacer, el éxito de la misión” [art. 7] y “mostrarán su plena disponibilidad para prestar servicio cuando y donde se les exija, y evitarán que cualquier circunstancia personal o familiar sirva de excusa para incumplir la misión encomendada” [art. 14].

Por su parte, los integrantes de las fuerzas armadas en tiempos de guerra se encuentran en una situación similar a la de los agentes del CNI. Basta con citar el art. 31 del Código penal militar español según el cual “el militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer alguno de los delitos de traición o espionaje, no empleare los medios a su alcance para evitarlo será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si no lo denunciare a sus superiores se impondrá la pena en su mitad inferior”. Es probable que en el marco de estos peligros –que de concretarse pondrían en jaque la existencia misma de la institución militar e incluso del Estado– el ropaje “verdeoliva” avance sobre la condición de ciudadano impidiéndole al militar eximirse de responsabilidad, alegando que no los denunció pues el conocimiento de su comisión lo adquirió en un día de descanso. La seguridad externa e interna son fines primordiales del Estado, ya que bajo su protectorado el hombre pasa al status de ciudadano, limitando su libertad natural para la autodefensa y prestando obediencia a las leyes,³⁵ por ello las normas que definen los contornos de la posición de garantía de los funcionarios afectados a estos sectores del tráfico jurídico les exigen un mayor sacrificio. Pero si esto es realmente así, y el Estado de Derecho se define solo si puede prestar[se] seguridad en tanto y en cuanto existe, entonces, JAKOBS debería admitir que a quienes llevan adelante tales encargos podría exigírseles más, incluso hasta la extenuación³⁶. Basta sencillamente con aproximarnos al contexto institucional que rodea a estos

³⁴ La juridificación de expectativas originariamente solo sociales constituye una dinámica común en los Estados modernos, orientada al reforzamiento de aquellas, SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del notario: bases para una teoría general», *ADPE*, (2), 2012, p. 112; véase también, EL MISMO, «La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales», *Persona y Derecho*, (56), 2007, pp. 35 ss.

³⁵ Así, JAKOBS, *AT*, 1991, 28/77d.

³⁶ Esta idea es compatible con la afirmación de JAKOBS, *AT*, 1991, 15/15, en relación con los sacrificios que puede exigírseles a los soldados en tiempos de guerra, al no ser posible alcanzar los fines de la institución de otro modo.

agentes y verificar en qué consisten sus específicos deberes³⁷. Al afirmarse despreocupadamente que el deber del funcionario de aprovechar el conocimiento obtenido particularmente no constituye deber de garante, ya que el funcionario no ha recibido ese conocimiento en virtud de su cargo y, por lo tanto, con su inactividad tampoco defrauda la expectativa dirigida a tal cargo (no a él personalmente o a él en su calidad de funcionario)³⁸, se ignora que las expectativas que se erigen sobre los diversos agentes del Estado no son un bloque monolítico sino que gradualmente varían, desde aquellos empleados encargados de realizar prestaciones de mantenimiento periférico de la institución hasta aquellos a quienes se les encomienda la supervivencia de la misma.³⁹ Estos casos nos permiten comprobar que no es correcto articular automáticamente la

³⁷ El anverso de estos deberes más intensos son aquellas especificidades y ventajas que rodean el régimen laboral y previsional de tales actividades: compensaciones salariales, régimen de licencias, pensiones especiales, jubilación anticipada, etc.

³⁸ Así, JAKOBS, *AT*, 1991, 28/77e, n. 156e

³⁹ No es este el momento para tratar la diferencia categorial entre el funcionario público y el empleado público y cuáles pueden ser sus implicancias sistemáticas. Sin embargo, sí quisiera destacar algunas ideas básicas que exponen mi punto de vista sobre cómo debe abordarse la cuestión y que permiten, al menos, justificar parcialmente el uso distintivo que se hace en este trabajo de los términos empleado y funcionario. No debemos dejarnos engañar por la aparente banalidad de los matices entre estos dos términos. En el Derecho penal alemán, el § 11 II StGB realiza un tratamiento distintivo del titular de la función pública [*Amtsträger*] caracterizándolo como quien es funcionario (juez), se encuentra en una relación de Derecho público especial, es designado por una autoridad, es designado para un puesto especial o que en sus desempeños recibe tareas de la Administración pública y *quienes sin ser titulares de la función pública*, en su papel de autoridad o puesto especial reciban los encargos de la Administración pública. Usualmente, en el Derecho administrativo se nombran tres características esenciales del concepto de funcionario público: designación legal, carácter de permanencia y ejercicio de la función pública. Es evidente, no obstante, que, para responder a la pregunta sobre los límites de la responsabilidad del funcionario público en Derecho penal, no podemos conformarnos con las definiciones brindadas pensando exclusivamente en consecuencias contractuales en el ámbito administrativo y laboral. Las definiciones legales solo se presentan como un límite externo frente a los resultados hermenéuticos que se pretendan y, como tales, deben antes encontrar su fundamento material en una perspectiva sociológica determinada. De la mano del correspondiente giro teórico, las ideas de MESSNER, *El funcionario en la sociedad pluralista* (trad. de la Vega), 1962, pp. 10 ss. pueden servirnos para entender por qué los contornos de la posición de garantía de algunos agentes públicos son más plásticos frente a la condición de ciudadano que otros. MESSNER analiza la posición del funcionario en el proceso de toma de decisiones de la sociedad moderna y, desde una perspectiva sociológica, rechaza la idea de que el punto crucial del concepto de funcionario pase por alguna aquellas tres características brindadas por el Derecho administrativo. En rigor, designa como funcionario a toda *aquella persona que de manera profesional desempeña una función en la que se defienden o representan intereses colectivos*. Si identificamos al funcionario público con la defensa y representación de los intereses colectivos, entonces será más fácil ver por qué en estos casos existen vasos comunicantes entre su rol institucional y la condición de ciudadano, en contraste con los casos en que se trata de un empleado público, quien usualmente tiene a cargo el mantenimiento periférico de la institución. Esto se debe a la especial trascendencia del rol del agente estatal para la institución, lo que queda claro de manera extrema en los casos de los funcionarios de inteligencia y los militares, pero que también puede trasladarse a cargos jerárquicos desempeñados en el marco de la Administración de justicia y el gobierno central, entre otros. Las expectativas de conducta frente a los funcionarios públicos, con el alcance sociológico dado, son de mayor envergadura, que las que pesan sobre los empleados públicos. No todos los agentes estatales cumplen funciones con la misma importancia para el mantenimiento de las instituciones del Estado de derecho, ni todos tienen las mismas prerrogativas y obligaciones. Y esto es así, porque para el cumplimiento de los fines sociales se exige una compleja red de órganos y de puestos con una extensa variedad de status y de funciones. Es necesario, por ende, identificar matices que nos permitan determinar cuánto puede exigírsele a cada uno de ellos en orden a cumplir con las tareas encomendadas. Y desde luego, que este criterio no es simplemente una comprobación sociológica, sino que se encuentra apuntalado por una normativa positiva más o menos intensa conforme el sector del tráfico jurídico del que se trate. Este matiz es muy importante, pues nos permite ver por qué el cometido del funcionario (*Amtsträger*) dentro del Estado es de mayor envergadura que el del empleado (*Beamte*).

El dependiente de la fiscalía encargado del correcto estado de los ordenadores e impresoras no es funcionario en el mismo sentido que aquel que tiene a su cargo de modo exclusivo la gestión de intereses generales en ciertos ámbitos de interacción social que son esenciales para las instituciones del Estado de derecho. La sociedad espera

pareja de conceptos ciudadano-funcionario mediante la partícula disociativa *o*, sino que se presenta como adecuado el recurso analítico a la conjunción asociativa *y* como nexos coordinantes.

Con el recurso a las funciones de los agentes del CNI y los militares en tiempos de guerra pretendo defender dos ideas centrales. Por un lado, que la posición de garantía no es sinónimo de rol social, sino que se encuentra cincelada por la norma de comportamiento que evita tanto que sus contornos sean indescifrables y abstractos, como que se modifiquen irracionalmente conforme las variaciones del entorno. Por otro lado, que es un error despreciar la correlación que existe entre un determinado rol social normativamente acuñado y su trascendencia para la subsistencia de la institución, a efectos de definir los límites de la posición de garantía (y el lugar de los conocimientos del autor). En la relación sintética entre norma y rol social el marco pasa a ser parte del contenido enmarcado y la institución surge como algo concreto que puede ser apreciado en sus contornos mediante la aprehensión de la norma que la diseña como tal. De lo que se trata es de cómo regula la norma de comportamiento un determinado sector del tráfico jurídico según su relevancia para la consecución de los fines de la institución⁴⁰. La lección teórica que aprendemos aquí es la incorrección de la afirmación de que en determinadas actividades estatales no se exija un sacrificio o empleo de capacidades extraordinarias superior a la media porque esto sería insostenible en el tiempo. En esta línea, ciertamente tampoco es verdad que los contornos de un determinado rol no puedan irritar los límites de la condición de ciudadano de su titular: no se trata en estas hipótesis de ser ciudadano *o* funcionario, sino de ser ciudadano *y* funcionario. Esta perspectiva acentúa que cuando se hace referencia a los conocimientos necesarios no estamos ante una pregunta moldeada plásticamente a la luz de un concepto de rol social abstracto e incontenible, sino ante estándares jurídicos, únicos parámetros que definen qué conocimiento (no) debe activar el funcionario. Sin embargo, luego de una breve reflexión esto puede comenzar a parecer obvio, por ello, la pregunta más profunda que debemos plantearnos aquí es si, a la inversa, la condición de ciudadano puede irritar al rol de un determinado

del funcionario (*Amtsträger*) que asuma los intereses del Estado como suyos y los defienda, mientras que, la expectativa de comportamiento que recae sobre el empleado (*Beamte*) es más limitada, simplemente debe cumplir con la tarea que se le ha asignado: ejecutar una orden o instrucción sin considerar su fundamento. Al funcionario se le pide que sea leal a la institución: en distintos grados y niveles se aspira a que la fortalezca salvaguardando activamente sus intereses. El funcionario en sentido estricto –sentido que se utiliza en este trabajo– es algo más que un mero ejecutante de una función, es un ciudadano al que se le coloca, en el marco de los procedimientos propios de las democracias pluralistas, en una posición excluyente con poder para gestionar, representar y defender los intereses vitales del Estado de Derecho. Funcionarios entonces serán aquellos encargados de la seguridad exterior (militares en tiempos de guerra y agentes de inteligencia), y ciertos empleados jerárquicos insertos en el ámbito de las relaciones estatales de poder (magistrados en el ámbito de la Administración de justicia, integrantes de las cúpulas encargadas de la dirección de la burocracia estatal y agentes que ocupan posiciones claves en la Administración del Estado). Excluyo de tal categoría a los agentes estatales que integran el servicio de policía y la fiscalía. Por ello, es más fiel traducir al idioma español el término *Polizeibeamte* como empleado de policía. Aunque en el caso del jefe de policía y el fiscal, estaríamos ante funcionarios públicos con el sentido que se le ha dado a la expresión en este trabajo, los contornos de su rol institucional como funcionarios jerárquicos encargados de prevenir e investigar delitos, deben tratarse de manera estructuralmente análoga a la de un empleado público, en tanto los riesgos en función de los cuales su competencia les ha sido asignada, son extremadamente ubicuos y no sería sostenible en una plasticidad tal como la que puede predicarse de otros funcionarios estatales, por ej. el juez penal, el agente de inteligencia o el soldado en tiempos de guerra.

⁴⁰ Llevando estas ideas al plano de la imputación en la empresa, ROBLES PLANAS, «Principios de imputación en la empresa», en BACIGALUPO (dir.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo Fernández*, 2016, p. 503, pone de relieve que los estándares de conocimiento son relativos a cada sector y ámbito de actuación, contando cada uno de ellos con sus particularidades y haciendo referencia a la clase de riesgo que debe prevenirse: “Estos estándares delimitan la norma de conocimiento y, con ello, la propia posición de garantía del vigilante”.

funcionario público y, a su vez, si el desempeño simultáneo de dos roles distintos puede generar tensiones que deban resolverse priorizando a uno sobre el otro.

3. Propuesta personal. Los conocimientos especiales del funcionario público

Después de calibrar nuestros instrumentos, estamos en condiciones de afrontar directamente el objeto de este trabajo: cuáles son los conocimientos especiales del funcionario público y qué debe hacer con ellos. Hasta aquí hemos dicho que la valoración de una conducta como permitida o prohibida debe realizarse conforme a lo que una norma de comportamiento objetivamente obliga a saber y no según lo que sabe o quiere el agente⁴¹. El riesgo permitido se configura conforme a un estándar objetivo y no conforme a los especiales saberes del agente en el momento de actuar. Esto significa que es la específica configuración del contacto social la que subyace al trazado entre lo que el Derecho aprueba y lo que desaprueba, pero que sin la norma de comportamiento aquello no pasa de ser un parámetro pre-jurídico imperfecto. Son los parámetros relativos al rol que el agente desempeña los que determinan los límites de lo permitido, y estos usualmente estarán plasmados en una reglamentación expresa, aunque también puede suceder lo contrario – por ej. el conjunto de normas consuetudinarias sobre la correcta actuación en un determinado oficio o profesión o el juicio hipotético *ex ante* sobre cómo debería actuar un buen padre de familia, un empresario responsable, etc. – ⁴². Pero en lo que a nosotros nos interesa, el funcionario público no cae en dentro de estas excepciones no reglamentadas, sino que, por el contrario, las finalidades, los medios y los límites del ejercicio de su función están delimitados con precisión por el legislador en el plano administrativo, disciplinario, procesal y penal. El Código de ética del CNI respaldado por el respectivo régimen disciplinario, les impone a sus agentes cumplir con sus misiones siempre y en cualquier circunstancia, asumiendo los inconvenientes personales, mostrando plena disponibilidad y evitando excusarse en circunstancias personales o familiares. Esta expectativa de servicio irrestricto nos permite deducir fácilmente que sus deberes no terminan en el momento en el que marcan la tarjeta de salida. La institución no debe ser un todo inabarcable y supremo, sino un tejido normativo concreto que moldee las expectativas que se ciernen sobre sus representantes y defensores. El punto de partida para resolver los problemas que plantean los conocimientos especiales del funcionario público, entonces, solo puede ser la reglamentación vigente que regula su función.

No obstante, la apuesta de este trabajo no es reeditar una interpretación formalista y positivista de la cuestión, sino atacar el núcleo problemático de los casos presentados a través de la teoría de la imputación objetiva y sin desconocer el entramado del Derecho positivo. Se afirma que los conocimientos son especiales cuando superan el estándar exigido en un determinado ámbito del tráfico jurídico o, en otras palabras, cuando sobrepasan los propios del rol del autor⁴³. Ese *plus*

⁴¹ En la línea del planteamiento de JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1994, p. 64.

⁴² Así, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 2001, p. 99.

⁴³ Así, JAKOBS, «¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?», *LH-Struensee*, 2012, p. 273; EL MISMO, *FS-Armin Kaufmann*, 1989, pp. 271 ss., 275 ss.; EL MISMO, *AT*, 1991, 7/50; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 133 ss., 358 s.; ROBLES PLANAS, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch» en FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2006, pp. 96 s.

subjetivo se explica, en consecuencia, como un concepto relacional o de referencia⁴⁴. Pero estas conceptualizaciones han de ser nutridas de contenido si se pretenden resolver los casos límite. Para avanzar en esa tarea, en primer término, debemos distinguir las capacidades extraordinarias de los conocimientos especiales⁴⁵. No cabe conformarse con un tratamiento equivalente basado en la idea de que quien conoce más tendrá una mayor capacidad para evitar un determinado resultado y, a la inversa, que quien tiene una mayor capacidad, puede hacerse más fácilmente con los conocimientos necesarios para alcanzar tal fin.

Lo que el enfoque tradicional no consigue captar es que en muchos casos –entre ellos, los que interesan en este estudio– podrá exigirse al agente que active un conocimiento especial adquirido de manera fortuita para controlar o evitar un posible resultado, pero no que ponga a disposición todas sus capacidades hasta caer exhausto: al funcionario puede exigírsele que para alcanzar Z active su conocimiento Y pero no que utilice su capacidad X⁴⁶. Entonces, podríamos pretender válidamente exigirse al agente que active todos sus conocimientos, pero no que haga uso de todas sus facultades⁴⁷, y esto no implicaría desconocer su esfera de privacidad individual ni predicar un imperativo imposible. Una de las tesis que se defienden en este trabajo, es que el funcionario público debe activar aquellos conocimientos adquiridos fuera del ejercicio del cargo, siempre que se trate de información obtenida en su condición de ciudadano y no en ejercicio de otro rol. Por ello, debemos ser muy precisos para no confundir conocimientos particulares con capacidades extraordinarias. De otro modo, nos veríamos forzados a afirmar que el magistrado habría de destinar su tiempo libre para investigar aquellos casos en los que tuviera la corazonada de que el acusado sobreseído por falta de pruebas es culpable, tal cual lo hacía el protagonista de una antigua serie televisiva titulada *Dark Justice*⁴⁸. Si bien en muchos casos el grado de saber sobre los extremos de una determinada situación estará interrelacionado con la capacidad técnica para dominarla, no siempre será así y el caso paradigmático es el de los saberes adquiridos fortuitamente en la condición de ciudadano.

Si pretendemos ser precisos al resolver qué debe hacer el funcionario público con aquella información que ha obtenido fuera del ejercicio del cargo, entonces será necesario determinar normativamente cuándo un conocimiento es especial y cuándo es ordinario. A la perspectiva que se defiende en este trabajo subyacen cuatro premisas. *Primero*, no existe conocimiento especial sin rol social. Será esta categoría, que late detrás de la normativa generada por diferenciación, la que determine el carácter ordinario o especial de un determinado saber. *Segundo*, debe mantenerse como regla orientativa general que en el ejercicio de un rol social el agente no está obligado a hacer uso de la información adquirida fuera del desempeño de sus funciones, si ella no se corresponde con la lógica normativa de la institución de la que forma parte. *Tercero*, si el autor introduce facultativamente sus conocimientos y capacidades individuales en la relación con la institución, se incorporan al papel que caracteriza a su posición, aun cuando no formaran parte

⁴⁴ Así, GRECO, *ZStW*, (117), 2005, p. 531.

⁴⁵ En esta línea, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal*, 1995, pp. 263 ss.

⁴⁶ Distingue saber especial y poder especial en el ámbito de la imprudencia, SCHÜNEMANN, «Neue Horizont der Fahrlässigkeitsdogmatik?», *FS-Schaffstein*, 1975, pp. 159 ss.

⁴⁷ Aunque a la inversa las cosas serían distintas: si se le exige al agente que agote sus facultades para cumplir con su deber, entonces tendrá que hacer uso de todo su saber.

⁴⁸ Creada por JEFF FREILICH (1991-1993).

del estándar ordinario. *Cuarto*, no todos los conocimientos materialmente adquiridos fuera del ejercicio del rol social respectivo son, como tales, conocimientos especiales (en sentido formal). Aquí, la conclusión que habremos de evitar es el tratamiento equivalente entre la información obtenida por azar en la condición de ciudadano⁴⁹ y la información que es producto del desempeño de otro rol social.

a) Lo usual será que el agente adquiera el saber necesario para cumplir con su función en el marco del desempeño de su rol. El juez penal resuelve el destino del acusado tomando en consideración los elementos de convicción presentados por las partes e incorporados válidamente al proceso, el fiscal obtiene los indicios relativos a la comisión de un delito de acción pública a través de una denuncia, el empleado de policía sospecha que se ha llevado a cabo un delito al escuchar gritar a la víctima durante un patrullaje, el empleado de hacienda instruye un procedimiento sumarial al inspeccionar un local comercial, etc. En estos supuestos lo que el agente sabe se vincula directamente al desempeño de su función como juez, fiscal, policía, recaudador, etc. Naturalmente, debe utilizar tales conocimientos. Ahora bien, ¿qué sucede cuando el funcionario público consigue información útil para el desempeño de su cargo por vías que inicialmente se presentan como extrañas a las usuales? Para responder a esta pregunta será necesario realizar una nueva distinción entre conocimientos especiales en sentido material (o impropio) de los conocimientos especiales en sentido formal (o propio).

b) Los conocimientos presentan la nota de especialidad material cuando son superiores en grado al del rol social que desempeña el agente, pero están incluidos dentro del conjunto de expectativas legítimas que la institución tiene sobre el titular de la posición de garantía⁵⁰. Estos conocimientos no son especiales, o lo son únicamente en un sentido impropio, en tanto el plexo normativo que estructura el sector del tráfico jurídico respectivo obliga —*sólo en caso de poseerlos*— a actualizarlos. El conocimiento en sí no es inherente a la posición jurídica, incluso ella puede ser satisfecha dentro del estándar sin recurrir a ellos, pero debido a que el garante especial previamente los ha puesto a disposición de la institución, entonces se encuentra obligado a utilizarlos en caso de necesidad. Por ejemplo, el juez penal debe emplear sus conocimientos en psicología para valorar las declaraciones que presten los testigos en los procesos en los que él interviene, si su título de licenciado en psicología hubiera sido ponderado positivamente en el momento en que prestó concurso público de oposición de antecedentes para el cargo; el agente de policía que cuenta con un oído privilegiado, si escucha a la víctima pidiendo auxilio a la distancia, debe utilizar ese conocimiento para acudir en su ayuda si se hubiese valido de él para aprobar el examen físico de ingreso a la fuerza con un resultado sobresaliente. Aquí ha de determinarse si el recurso a saberes (y capacidades) superiores a la media se corresponde con la

⁴⁹ Información que no se origina en el desempeño del rol social, sino que es producto del espacio de juego social inherente a la condición de ciudadano. Nos alejamos de la definición de HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)», *ZStW*, (94), 1982, p. 274, quien entiende que serían conocimientos derivados del azar tanto los que surgen en ocasión de otra posición jurídica desempeñada por el mismo agente como aquellos que se adquieren por acontecimientos fortuitos.

⁵⁰ Esta idea puede ser articulada con el denominado «pensamiento de la auto-obligación [*Selbstverpflichtung*] que despierta confianza» como factor de legitimación de los límites de los deberes estatales. Sobre ello, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss., en especial nota 210; en profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 281 ss.

lógica de la institución –que los habría tenido en cuenta al momento de la designación en el cargo⁵¹–.

Lo decisivo es la valoración tasada de aquellos aprendizajes particularmente intensos del individuo en el momento en que el agente entra o avanza en el escalafón de la estructura estatal. Si el título de licenciado en psicología o la capacidad auditiva superior fueron valorados positivamente por la institución al momento de otorgarle la titularidad del cargo en el proceso de selección de candidatos, entonces debe hacer uso de ellos, en tanto ese conocimiento fue explicitado *por y para* la función pública. Esta comprobación, inicialmente inductiva, y que por ello nos implicaría forzosamente un estudio pormenorizado de la regulación específica de cada posición de garantía, tolera un salto deductivo a través de la idea de selectividad: *es natural* que un Estado que pretende evolucionar y volverse más eficiente, al escoger a sus miembros valore positivamente aquellos conocimientos y habilidades que les permitan desempeñar sus cargos de mejor manera, incorporándolos como presupuestos de exigibilidad de sus posiciones jurídicas. En estos casos el conocimiento no debe reputarse especial (en sentido formal o estricto), en tanto ha sido tenido en cuenta para desempeñar una función específica por su utilidad para alcanzar los fines de la institución. Cuando así sea –generalmente se reflejará en los códigos de ética, reglamentos que regulan los requisitos de ingreso al cargo y la normativa administrativa– el agente estará obligado a hacer uso de tales saberes.

c) Los conocimientos materialmente relevantes del funcionario público no serán, como regla general, únicamente aquellos adquiridos en el *ejercicio de la función (supra)*, sino también aquellos alcanzados en condiciones bajo las cuales un cometido estatal determinado se actualiza en *ocasión de su función*⁵². El mismo art. 74 inc. 3 del Reglamento de funcionarios de la Administración local, establece como deber del funcionario público el observar sigilo escrupuloso respecto de los asuntos que conozcan *por razón* de su cargo. Esta idea, a la que subyace el principio de informalismo a favor del administrado⁵³, nos acerca a la solución del caso 4, al permitirnos trazar un paralelismo entre ejercicio del cargo y la función oficial, por un lado, y la ocasión (o razón) del ejercicio del cargo y la posición oficial, por otro. Dicho brevemente, el funcionario encargado de la persecución penal tiene el deber de activar el conocimiento adquirido en relación con un hecho

⁵¹ Así lo entiende SILVA SÁNCHEZ, *ADPE*, (2), 2012, p. 114, en relación con la actividad del notario, en tanto “los conocimientos especiales son, en efecto, la base del ejercicio competitivo de la función notarial”.

⁵² La única excepción a esta regla general se presenta en el caso de los agentes estatales que están encargados de prevenir e investigar hechos delictivos ubicuos, como sucede en aquellos dependientes de los servicios de policía y la fiscalía.

⁵³ Si bien este es un principio original del Derecho administrativo, puede servirnos como guía hermenéutica para interpretar casos problemáticos en el Derecho penal procesal y material pues, aquí también se trata de priorizar la seguridad y la protección jurídica de las víctimas y testigos como actores fundamentales del proceso penal. La denuncia no está sujeta a formas preestablecidas rígidas, tanto es así, que el mismo § 160 StPO establece que el fiscal está obligado a intervenir cuando adquiera la información sobre el hecho delictivo *por otros medios*, y si estos medios, son presentados al funcionario debido a su posición oficial no quedan dudas de que tal información debe ser inmediatamente diligenciada. En el caso 4 el fiscal recibe la *notitia criminis* en virtud de su condición de personal perteneciente a la Administración de justicia y tiene el deber de darle trámite, aun cuando no sea competente para entender en la investigación.

delictivo, tanto cuando llega a saber de él con base en su específica actividad (función oficial), como cuando es producto del eco social de su específica actividad (posición oficial)⁵⁴.

El fiscal que recibe una carta en su domicilio fuera de su horario de trabajo, en la cual se le informa que se ejecutará un hecho delictivo que pondrá en riesgo la vida, integridad, salud o libertad de las personas, o que contiene una prueba fundamental para un proceso judicial no se encuentra en ejercicio de su función oficial, pero sí en ocasión de ella, es decir, en *posición oficial*. Por lo tanto, debe llamar al Secretario de la fiscalía, levantar acta y realizar las diligencias correspondientes; y en su defecto, si él no fuera competente para entender en la causa a la que se refiere la investigación, deberá poner en conocimiento a su superior jerárquico. Si no lo hace, responderá por la omisión del deber de impedir delitos o de promover su investigación del § 138 StGB o de los arts. 408 y 450 segundo párrafo del CP español. Asimismo, deberán considerarse las consecuencias de tal omisión en el ámbito disciplinario, pues el llamado a la actuación se dirige a él como funcionario estatal que ocupa una específica posición institucional (fiscal)⁵⁵. Pero distinto y más complejo es el caso en el que el fiscal percibe *por sí mismo y fortuitamente* información que puede ser decisiva en un proceso judicial o que puede evitar la comisión de un hecho delictivo. Aquí, la adquisición del saber relevante ya no lo es en el marco de su *posición oficial de fiscal*, sino en su *condición general de ciudadano*. Al efecto de resolver este otro supuesto son de plena aplicación las siguientes consideraciones.

d) Cabe también que la información haya sido adquirida fuera del ejercicio del rol social, pero en el marco de la condición de ciudadano. Esta es la hipótesis de los conocimientos adquiridos por azar representada en los ejemplos 3, 5 y 6. En rigor, cuando hablamos del buen ciudadano no estamos haciendo referencia a un rol específico, sino al sustrato necesario para que pueda tener lugar la teoría del rol social. Por ello, con el fin de que nuestra exposición gane en claridad será mejor referirnos a la ciudadanía como una condición o estado y no como un rol social. “Las capacidades llevadas diariamente a la práctica deben ser siempre aplicadas; conocimientos especiales sólo puede haber en los roles divisibles”⁵⁶. Ser un ciudadano fiel al Derecho no es cumplir con un rol social particular. La ciudadanía es el armazón original que se ornamenta con distintos ropajes jurídicos para actuar en un específico sector del tráfico jurídico. Los conocimientos adquiridos casualmente en la condición de ciudadano no son especiales, en tanto son accesibles a cualquier agente independientemente de su posición en el tráfico jurídico, es decir, no son extraños en cuanto a la vía de adquisición y, por lo tanto, no cumplen con la nota de especialidad formal. Si no se puede hablar de rol social en abstracto, entonces tampoco de especialidad en abstracto: ésta se determina en cada caso según el conjunto de expectativas que el Estado impone a la específica función que el agente desempeña en la sociedad⁵⁷. Cuando la persona solo ostente su condición de ciudadano al margen de cualquier rol, su no utilización (¡exclusivamente en su condición de ciudadano!) podrá acarrearle responsabilidad con base en

⁵⁴ Véase el comentario de VOGLER, «Schrifttum», GA, 1969, pp. 253 ss.

⁵⁵ En esta línea, GEERDS, FS-Schröder, 1978, p. 395, afirma que cuando el vecino se acerca al domicilio del fiscal y le avisa que su coche ha desaparecido y presumiblemente ha sido robado, este se encuentra obligado a evacuar este conocimiento que ha sido adquirido por su carácter de personal perteneciente a la Administración de Justicia.

⁵⁶ JAKOBS, LH-Struensee, 2012, p. 281.

⁵⁷ Véase, DÍAZ ARANA, «La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado», Cuadernos de Derecho penal, (11), 2014, p. 139.

los §§ 138 y 323c StGB o arts. 195 y 450 CP, pero no, en relación con las figuras del § 258a o el art. 408 CP.

Pero es inevitable que cuando el ciudadano adquiriera una mayor libertad y responsabilidad comience a desempeñar diversos roles sociales. Y aquí me permito una referencia al ejemplo de los hongos venenosos, pues si no queremos acabar convirtiendo al camarero de JAKOBS⁵⁸ en el camarero de SARTRE⁵⁹, entonces deberemos admitir que es inevitable el solapamiento entre la condición de ciudadano y una determinada posición de garantía, produciéndose tensiones e incompatibilidades en ambas direcciones. En *El ser y la nada*, SARTRE realiza una teatralización exagerada de un camarero francés en un café que, con movimientos rápidos y decididos, actúa como un autómatas hasta desaparecer en el papel que representa. Este recurso estético nos lleva de vuelta a nuestra crítica inicial pues, ¿acaso no es esta actitud artificial la que late en quienes defienden una rígida división de roles, pretendiendo una “sobre-identificación” del agente con el papel? Desde luego, acaban obteniendo su efecto contrario, la disociación total entre el rol y la realidad: pensemos en la teatralización *sartriana* a la que nos conduciría el caso 3: jueces que (saben que) condenan inocentes y actúan como si lo ignoraran. Detrás del rol social existe una persona real que es ciudadano y además ocupa otras posiciones sociales que no pueden ser aisladas o reducidas sin obtenerse un caos formalmente ornamentado. El agente debe tomar distancia y separarse de dicho rol y así reafirmar su subjetividad frente a otras normas de comportamiento que atraviesan tangencialmente su posición de garantía. Por ello, usualmente existirá una normativa que a modo de vaso comunicante conecte los dos mundos, el del ciudadano y el del rol social. Esta normativa, de carácter ético, disciplinario, procesal o administrativo, pero en algunos casos también penal, se encarga de equilibrar ambas dimensiones de interacción hasta alcanzar una síntesis armónica. Conservando la teoría del rol social como piedra fundamental de nuestro enfoque, esta comprobación nos permite resolver satisfactoriamente el caso 3 sin desconocer el Derecho positivo y alcanzado una solución materialmente justa. Una drástica separación de papeles yerra al presentarse como excesivamente formalista y extraña a la realidad de la dinámica social, donde existen numerosas regulaciones que consideran que las personas ostentan necesariamente distintas posiciones jurídicas: el juez es deudor, el fiscal es padre y todos son ciudadanos⁶⁰.

En el caso 3, aunque el magistrado alcanza la información fuera del ejercicio de su función, no se trata de un dato adquirido en el ejercicio de otro rol –que como veremos a continuación, es el único conocimiento especial en sentido estricto (formal) considerado no vinculante para el garante—. Si se postula una división impermeable de papeles y, en consecuencia, se argumenta que el juez igualmente debe cumplir con su rol de juzgador y condenar al inocente por homicidio, se confunde la condición de ciudadano con un rol social. El resultado sería, desde luego, extravagante y paradójico: el juez condenaría a un inocente, sabiendo que existe un testigo

⁵⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1994 p. 63.

⁵⁹ SARTRE, *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology* (trad. E. Barnes), 1957, p. 59.

⁶⁰ Una distinción aplastante y formalista entre los roles también debe repensarse en el ámbito de la responsabilidad por organización, pues ¿no es acaso el llamado por JAKOBS «contexto caótico» una salida diplomática para excepcionar de una manera sugerente pero poco sólida la separación de roles? En la grieta que abre esta solución en el edificio teórico *jakobsiano* no puede entrarse ahora. Sobre este tema, véase ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2006, pp. 84 ss.

que puede darle un giro inesperado al proceso (¡él mismo!). Pero, a su vez, para encontrarse efectivamente habilitado a fallar, y no caer en las incompatibilidades que existen para los magistrados que han sido testigos en la causa en que intervienen, no debería en su condición de ciudadano acudir a las autoridades para impedir que se cometa un delito en contra de la libertad del acusado y, por lo tanto, infringiría el § 138 StGB o el segundo párrafo del art. 450 CP. De este modo, el magistrado se hallaría realmente en aprietos, pues si guiado por el ideal de Justicia absuelve a pesar de que todas las pruebas conducen a un veredicto de culpabilidad, debería ser castigado por prevaricación (§ 339 StGB, art. 446 CP). Pero si resignado opta por la única opción posible, se dirige a la fiscalía y declara como testigo, al salir de allí, probablemente deberá, conforme los §§ 22, 24 StPO o el art. 219.5 LOPJ, abstenerse de conocer (en tanto juez) del procedimiento penal en concreto. Entonces, la pregunta clave que debemos plantearnos aquí es ¿dónde queda la ortodoxia propia de la teoría del rol social?

Ya hemos anticipado que una de las claves para descifrar este caso se encuentra en la regulación de las causales de inhibición que funcionan como vasos comunicantes entre la condición de ciudadano y el ejercicio del rol de magistrado. La jurisprudencia y doctrina alemana ha discutido de una manera muy sugestiva la diferencia entre los conocimientos privados y los conocimientos adquiridos en ejercicio del cargo con el fin de determinar el campo de aplicación del antiguo § 346 StGB⁶¹. De lo que se trataba era de determinar si cuando el funcionario encargado de la persecución penal llegaba a tomar conocimiento de un delito en su ámbito privado y omitía denunciarlo, debía ser castigado con la escala penal del delito de encubrimiento en ejercicio del cargo. ANTERIST estaba en lo correcto cuando rechazaba un deber de persecución jurídico-procesal para los casos en los que el conocimiento sobre el hecho delictivo era privado y al mismo tiempo admitía bajo determinados presupuestos un deber de persecución derivado del ámbito del Derecho disciplinario⁶². Es que, el Derecho penal no puede sencillamente ignorar las reglas de Derecho administrativo que pre-configuran la posición de garantía del funcionario público. Los roles sociales normativamente blindados se ven irritados por contextos que generan situaciones de necesidad o incompatibilidad. Estas vicisitudes inherentes a la vida en sociedad entran en colisión o generan fricciones aparentes con el ejercicio de determinados roles sociales, sin embargo, usualmente tales interacciones ya han sido comprendidas por reglamentaciones propias de la profesión, códigos de ética, reglamentos disciplinarios, códigos de procedimiento, etc.

El magistrado que toma conocimiento fuera del ejercicio del cargo de que el acusado es inocente y de que todo el proceso penal ha sido fraguado por una de las partes para atentar contra la libertad de la otra, debe en su condición de ciudadano, dar noticia a la autoridad competente y así cumplir con el mandato contenido en el § 138 StGB o en los arts. 450, segundo párrafo CP. Ahora bien, esta adquisición fortuita de conocimiento lo colocará, desde luego, en una especial situación de conflicto de intereses respecto del procedimiento penal del que conoce. Este

⁶¹ Hoy la cuestión se traslada al ámbito de aplicación del § 258a. Sobre ello véase RUDOLPHI, «§ 258a», *SK-StGB*, 9ª ed., 2016, nm. 1 ss.; GEERDS, *FS-Schröder*, 1978, p. 394 ss.; WAGNER, *Amtsverbrechen*, 1975, pp. 294 ss.; SANGENSTEDT, *Garantstellung und Garantspflicht von Amtsträgern*, 1987, pp. 538 ss.; LAUBENTHAL, *JuS*, (11), 1993, pp. 909 ss.

⁶² Así lo advierten, VOGLER, *GA*, 1969, pp. 253 ss.; y GEERDS, *FS-Schröder*, 1978, pp. 404 ss.

supuesto ya ha sido contemplado en los §§ 22, 24 StPO y en el art. 219.5 LOPJ que obligan al juzgador a abstenerse de conocer de una causa cuando posee la condición material de testigo de los hechos enjuiciados⁶³. Este inciso pretende garantizar que el conocimiento de los hechos que hubiese adquirido el juez sea consecuencia de la actividad probatoria desarrollada por las partes en el proceso, sin que ningún conocimiento privado pueda interferir en la valoración de las pruebas practicadas ante él⁶⁴. Una interpretación de esta causa de abstención debería conducirnos a establecer el deber del juez en el caso 3 de apartarse del proceso penal que se sigue contra el acusado. Es este el puente jurídico que el legislador tiende entre ambos mundos para equilibrarlos en una dinámica recíproca en la que el rol de funcionario público irrita a la condición de ciudadano – por ejemplo, incompatibilidades para realizar actividades comerciales, ejercer determinados puestos políticos, etc. – y a la inversa la condición de ciudadano irrita el rol de funcionario – régimen de abstenciones y recusaciones –.

El caso del juez penal presenta una particularidad que lo hace muy interesante y cuya mención no podemos ahorrarnos: la relación específica que existe entre el régimen de causas de abstención y el delito de prevaricación. El magistrado que decidiera no abstenerse de entender en la causa cuando existiera una causal manifiesta que lo obliga (su condición de testigo, por ejemplo) inicialmente respondería únicamente por la omisión pura contemplada en el art. 417.8 LOPJ conforme al cual se castiga como falta disciplinaria muy grave “la inobservancia del deber de abstención, a sabiendas, de que concurre alguna de las causas legalmente previstas”⁶⁵. Entonces podríamos arriesgar la hipótesis de que el juez que no se inhibe cuando conoce que existe una causa manifiesta que le obliga a abstenerse de entender en determinado pleito, e igualmente dicta sentencia, infringe su deber positivo de imparcialidad para con la Administración de justicia y podría ser castigado por prevaricación. Sin embargo, no debe perderse de vista que no toda omisión del garante es automáticamente equivalente a la comisión y, por lo tanto, todavía quedaría pendiente comprobar la correspondiente imputación objetiva de la ulterior lesión de bienes jurídicos; me refiero aquí a la privación ilegítima de la libertad del acusado en caso de que decidiera no declarar⁶⁶. Por su parte, en contextos de pluralidad de intervinientes en los que la

⁶³ “Desde un punto de vista teleológico en lo que concierne a la prueba testifical pudiera parecer más adecuado atenerse al aspecto material de la condición de testigo que al hecho de haber sido propuesto” (GALÁN GONZÁLEZ, *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, 2005, p. 258).

⁶⁴ Así, GALÁN GONZÁLEZ, *Protección de la imparcialidad judicial*, 2005, p. 258.

⁶⁵ Ampliamente sobre la naturaleza jurídica del deber de abstención, GALÁN GONZÁLEZ, *Protección de la imparcialidad judicial*, 2005, p. 314 ss.

⁶⁶ Aun cuando estemos hablando de aquellas instituciones que tienen una relevancia significativa para la subsistencia de la sociedad, en la lesión del garante a la relación institucional, en nuestro caso, el funcionario respecto de la Administración, deberá comprobarse una relación de imputación objetiva entre la creación desaprobada del riesgo y el resultado. Y esto deberá ser así tanto respecto a las lesiones que se causen a la institución, como respecto a las lesiones que se causen a ulteriores bienes jurídicos. Estas consideraciones son fundamentales para resolver los ejemplos problemáticos que se presentan en este trabajo. En el caso 3, la omisión de activar un conocimiento especial no acarrea (automáticamente) responsabilidad por prevaricación en concurso con privación ilegítima de la libertad, si no se comprueba el nexo de imputación objetiva entre la omisión y los resultados. Cuando el agente se integra a la institución lo hace también en una compleja red de expectativas que condicionan su actividad y configuran su posición institucional, haciendo de él un centro de imputación de específicos derechos y deberes (SILVA SÁNCHEZ, *ADPE*, [2], 2012, p. 112). Las expectativas de comportamiento que se dirigen contra el funcionario público en su específico rol, son producto de la relación institucional en la que este entra voluntariamente, en consecuencia, 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 predeterminados que subyace a ella (ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 211; EL MISMO, *InDret*, (4), 2013, p. 10). Es precisamente esta la esencia de la teoría

prevaricación tenga el sentido delictivo de una adaptación al plan del autor, cabe considerar una participación omisiva del juez en el delito de privación ilegítima de libertad: imaginemos una modificación del caso 3 en la que nuestro juez llega a su casa luego de ver a la víctima con vida en el espectáculo deportivo y recibe un llamado telefónico en el que se le ofrece una suma de dinero a cambio de su silencio que acepta.

e) Por último, tendrán una solución diversa aquellos casos en los que el conocimiento surge del desempeño de otro rol, pues en estos casos no estaremos frente a un conocimiento adquirido en el ejercicio del rol (a), absorbido por la lógica de la institución (b), alcanzado en ocasión del ejercicio del rol (c) u obtenido en la condición de ciudadano (d). El conocimiento conseguido en el ejercicio de otro rol será el único especial en sentido formal o propio. Veámoslo a través del siguiente ejemplo:

[Caso 7] El Ministro de medio ambiente antes de asumir su cargo ejerció como sacerdote. En el momento en el que su dependencia debe intervenir con un dictamen vinculante para conceder un área de explotación a una empresa minera, recuerda que su CEO, un antiguo miembro de su parroquia, le había revelado como confesor que su empresa reducía costos vertiendo residuos tóxicos de un modo que era indetectable para el organismo de control y con graves consecuencias contaminantes a mediano plazo.

Este es un supuesto modélico en el que el agente ostenta un conocimiento especial formal y que, como tal, no debe activar. La nota de especialidad formal será la que caracterice al conocimiento obtenido por medio de un rol social distinto. Estos serán los únicos conocimientos que deben ser considerados especiales en sentido estricto y a cuya utilización, como regla general, no está obligado el funcionario público. Es más, la división tajante de roles no solo liberará al agente de la obligación de activar la información, sino que, en muchos casos le prohibirá utilizarla, por ejemplo, bajo pena de infringir normas que castigan la revelación de secretos ajenos que hayan sido conocidos por razón del oficio o relaciones laborales⁶⁷. El sacerdote no debe utilizar aquella información que le reveló el CEO de la empresa ofertante, pues la misma no ha sido adquirida en el ejercicio del cargo —supongamos mediante la denuncia de un contraofertante o la presentación realizada por una organización ecologista— ni tampoco es producto de un contacto accidental inherente a la condición de ciudadano —no ha escuchado fortuitamente en el tren los detalles de la maniobra contaminante—. Si en el futuro se comprueba que la empresa ganadora de la concesión contaminó los ríos del pueblo y el Ministro de medio ambiente tenía conocimiento de este dato al momento de generar su dictamen vinculante (que se basó exclusivamente en elementos objetivos y válidamente incorporados al proceso administrativo), inicialmente no habrá responsabilidad alguna, pues el conocimiento de tal circunstancia lo obtuvo en ejercicio de otro rol social, el del Ministerio eclesiástico. No obstante, excepcionalmente en estos casos podría suscitarse un conflicto de deberes a resolverse mediante un estado de necesidad, cuando el sacerdote tuviese que decidir si violar el secreto de confesión o impedir

de la imputación objetiva en lo que respecta a la determinación de riesgos prohibidos y permitidos, conforme a la cual las normativas extrapenales y extrajurídicas se convierten en elementos fundamentales para calificar una omisión como un comportamiento desaprobado vinculado con la producción de un determinado resultado (ÍDEM).

⁶⁷ La decisión sobre la utilización del conocimiento adquirido en el ejercicio de otro rol social usualmente no será dejada en manos de su poseedor. Sobre los canales institucionalizados en la resolución de los conflictos entre razones de obligación, en detalle, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 306 ss.

lesiones para otros bienes jurídicos, tales como la vida de los habitantes del pueblo en el que tendría lugar la explotación minera. De momento, esta cuestión debe permanecer abierta.

4. Conclusiones

Las premisas de este trabajo se estructuran sobre un doble eje: condición de ciudadano vs. rol social y conocimientos ordinarios materiales vs. conocimientos especiales formales. Nuestro objetivo no ha sido sencillamente defender el potencial de un entendimiento normativo de los roles sociales como sustrato de la moderna teoría de la imputación objetiva, demostrando que una concepción drástica de aquellos no alcanza su objetivo por formalista y que, en última instancia, requiere precisiones en los casos límite. Esto sería un ejercicio puramente académico que no nos permitiría fisurar la visión de paralaje que atraviesa la discusión sobre qué hacer con lo que llega a saber el funcionario público al margen de su función. El punto crucial de nuestra tesis se encuentra representada en la solución brindada a los casos 3, 5 y 6 donde se identifica la envoltura formal del error que padece la doctrina mayoritaria, tanto en el ámbito procesal como material. En el análisis de estos supuestos, atacamos la clásica imagen engañosa de la función pública como una posición de garante de contornos rígidos, pero paradójicamente abstractos y, al mismo tiempo, comprobamos que a la pareja de conceptos rol social/condición de ciudadano subyacen numerosos vasos comunicantes que conectan ambos mundos y que hacen posible la plasticidad de la máscara frente a la auténtica posición individual de la persona. Sin embargo, solo al analizar el caso 7 puede verse que lo que está en juego en nuestro esfuerzo teórico-práctico no es únicamente identificar la estrecha conexión que existe entre la dimensión del funcionario y el ciudadano, sino advertir que la nota esencial de la especialidad formal de un conocimiento y su efecto cerrojo, se encuentra demarcada por el desempeño de otro rol social. Finalmente, la importancia de la esfera privada del ciudadano, se pone de relieve cuando postulamos una solución sostenible en el tiempo para los casos 1, 2 y 4, respetando el derecho a la intimidad del empleado público.

En resumen:

- I. El funcionario público se encuentra obligado a utilizar aquella información que supere el estándar medio exigido por la función cuando sea adquirida: en ejercicio del cargo (función oficial); en ocasión de su ejercicio (posición oficial); en un aprendizaje particular que ha sido absorbido por la lógica de la institución o fortuitamente en su condición de ciudadano (regulación comunicante).
- II. Estos *conocimientos materiales* son *especiales solo en apariencia* ya que se presentan como presupuestos ordinarios del fiel cumplimiento de la posición de garantía.
- III. Su no utilización acarreará, al menos, responsabilidad disciplinaria y/o penal a título de omisión en el sector del tráfico jurídico correspondiente.
- IV. Para abordar las tensiones que pudieran presentarse entre la condición de ciudadano y el desempeño de un determinado rol social se deberá estar a la regulación procesal,

administrativa y disciplinaria, que vincula las diversas posiciones jurídicas, obstruyendo en algunos casos y posibilitando en otros flujos de información relevante (régimenes de incompatibilidades y causas de abstención específicas de los funcionarios públicos).

- V. Estos postulados diseñan una teoría restrictiva y normativa del rol social, en donde la *nota de especialidad formal* de un determinado saber consiste únicamente en que este se ha obtenido en el *ejercicio de un rol distinto*.
- VI. Como regla general, el funcionario público no está obligado a utilizar sus conocimientos especiales *formales* para cumplir con su posición de garantía.
- VII. Es más, su activación usualmente estará prohibida al existir deberes de confidencialidad o secreto. Caso contrario, podrá incorporarlos facultativamente pasando a formar parte de su relación con la institución.
- VIII. En este último supuesto, su manipulación implicará responsabilidad en comisión por omisión.
- IX. Cuando la omisión del funcionario público en contextos de pluralidad de intervinientes adquiera el sentido de una adaptación al hecho delictivo del autor, podrá considerarse una participación omisiva.
- X. Excepcionalmente, el titular de un rol podrá verse excusado de su deber de reserva cuando exista una colisión de deberes en el marco de una eventual lesión a bienes jurídicos fundamentales a resolverse mediante el estado de necesidad.

5. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Archivo</i>	<i>Referencia</i>
BGH, 15.12.1953	Az. 5 StR 294/53	<i>NJW</i> (1954)
BGH, 16.12.1958	Az. 1 StR 456/58	<i>NJW</i> (1959)
BGH, 09.09.1988	Az. 2 StR 352/88	<i>NJW</i> (1989)
BGH, 29.10.1992	Az. 4 StR 358/92	<i>NJW</i> (1993)
OLG Köln, 18.03.1981	Az. 3 Ss 1111/80	<i>NJW</i> (1981)

6. Bibliografía

ANTERIST (1968), *Anzeigepflicht und Privatsphäre des Staatsanwalts*, Luchterhand, Berlín.

CANCIO MELIÁ (2001), *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

CANCIO MELIÁ/FERRANTE/SANCINETTI (1998), *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

COCA VILA (2017), «El deber (jurídico-penal) de disparar a matar», *en prensa*.

————— (2016), *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*. Atelier, Barcelona.

DÍAZ ARANA (2014), «La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado», *Cuadernos de Derecho penal*, (11), pp. 113 ss.

FRISCH (1983), *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Carl Heymanns, Colonia.

FRISCH/ROBLES PLANAS (2006), *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en el Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Montevideo.

GALÁN GONZÁLEZ (2005), *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GEERDS (1978), «Kenntnisnahme vom Tatverdacht und Verfolgungspflicht», en STREE (ed.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Beck, Múnich, pp. 389 ss.

GERLAND (1977), *Der deutsche Strafprozeß. Eine systematische Darstellung*, Scientia Verlag, Aalen.

GRECO (2005), «Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum “Problem” des Sonderwissens», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (117), pp. 519 ss.

HIRSCH (1982), «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (94), pp. 239 ss.

JAKOBS (2014), *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tubinga.

————— (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

- (2012), «¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva?», en SANCINETTI/SCHÖNE (eds.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro homenaje a Eberhard Struensee, Ad-Hoc*, Buenos Aires, pp. 273 ss.
- (2004), «Indiferencia como dolo indirecto» (trad. Pérez del Valle), en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, pp. 189 ss.
- (1997), *Estudios de Derecho penal* (trad. Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá), Civitas, Madrid.
- (1994), *Imputación objetiva en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá.
- (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlín.
- (1989), «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, pp. 271 ss.
- JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.
- KAUFMANN (1988), *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Schwartz, Gotinga.
- KINDHÄUSER (2007), «Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 447 ss.
- KRAUSE (1964), «Erfüllt die Nichtverfolgung durch den Staatsanwalt bei privat erlangter Kenntnis einer strafbaren Handlung den Tatbestand des § 346 StGB?», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 110 ss.
- LAUBENTHAL (1993), «Strafrechtliche Garantenhaftung von Polizisten und außerdienstliche Kenntniserlangung», *Juristische Schulung*, (11), pp. 907 ss.
- LESCH (1992), *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.
- LUHMANN (1983), *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. Otto Pardo), Centro de estudios constitucionales, Madrid.
- MAURACH (2012), *Strafrecht Besonderer Teil*, t. II, 10ª ed., Müller, Heidelberg.
- MESSNER, (1962) *El funcionario en la sociedad pluralista* (trad. De La Vega), Rialp, Madrid.
- MIR PUIG (2015), *Derecho Penal parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

————— (1987) «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (41-3), pp. 661 ss.

MIRÓ LINARES (2009), *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Atelier, Barcelona.

MÜSSIG (2004), «Rechts-und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht», en ROGALL (ed.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Múnich, pp. 165 ss.

PAREDES CASTAÑÓN (1995), *El riesgo permitido en Derecho penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid.

PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.

————— (1999), «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (111), pp. 335 ss.

ROSENFELD (1912), *Der Reichs-Strafprozeß. Ein Lehrbuch*, Walter de Gruyter, Berlín.

ROBLES PLANAS (2016), «Principios de imputación en la empresa», en BACIGALUPO (dir.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo Fernández*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 487 ss.

————— (2013), «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4).

————— (2006), *Garantes y cómplices, la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.

————— (2003), *La participación en el delito, fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid.

ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 4ª ed., Beck, Múnich.

————— (1989), «Finalität und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich.

RUDOLPHI (et al) (2016), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9ª ed., Metzner, Fráncfort del Meno.

SACHER (2006), *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Duncker & Humblot, Berlín.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.

SANGENSTEDT (1987), *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

SARTRE (1957), *Being and Nothingness: An Essay on Phenomenological Ontology* (trad. Barnes), Methuen, Londres.

SCHMIDT (1964), *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, t. I., 2ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga.

STREE/HECKER (2014), «§ 258a», en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., Beck, Múnich.

SCHÜNEMANN (2009), «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt», en BÖSE/LIEBEN (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín.

————— (1975), «Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?», en GRÜNWALD (ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Schwartz, Gotinga.

SILVA SÁNCHEZ (2012), «La responsabilidad penal del notario: bases para una teoría general», *Anuario de Derecho Penal y de la Empresa*, (2), pp. 111 ss.

————— (2007), «La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales», *Persona y Derecho*, (56), pp. 35 ss.

————— (2004), *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima.

————— (2003), *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires.

————— (1986), *El Delito de omisión: concepto y sistema*, Bosch, Barcelona.

VON KRIES (1892), *Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts*, Mohr Siebeck, Tubinga.

WAGNER (1975), *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, Berlín.

ZACZYK (2004), «Zur Garantenstellung von Amtsträgern», en ROGALL (ed.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Múnich.