EDGARDO ALBERTO DONNA

Antiguo becario de la Alexander von Humboldt Stiftung
Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires
Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano

# DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahu ano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires
Tucumán 2644 – Tel. (0342) 455-5520 – S3000CAF Santa Fe

ISBN 950-727-263-X

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.
Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

## COLABORADORES

Sandro Abraldes

María Mercedes Rubio

María del Rosario Picasso

Gustavo Aboso

Inés Cantisani

María Eugenia Nieto

Marcelo Alvero

Laura Astengo

Horacio Días

# PRÓLOGO

Macbeth: Siendo mi voluntad la
única justificación de mi poder.

SHAKESPEARE,
Macbeth, III, i, 118-119

*El libro que presentamos sobre delitos contra la administración pública trata, fundamentalmente, de los hechos típicos de los funcionarios públicos. En otras palabras, de las acciones que cometen aquellos que han sido elegidos por el pueblo, para cumplir con los deberes legales y que, sin embargo, utilizan al Estado como un medio para tener más poder, ejercerlo de manera dictatorial y, por último, enriquecerse a costa del trabajo de la comunidad.*

*Se trata de conductas que, en el fondo, son fruto de un modelo totalitario-inquisitivo del Estado, que busca verdades sustanciales, al decir de Ferrajoli, que se configuran como una verdad máxima, sin ninguna limitación normativa, que tiene por base juicios de valor no posibles de ser refutados*[1].

*Es en el fondo el Estado en el cual "la culpa y no la inocencia debe ser demostrada, y es la prueba de la culpa y no la de la inocencia, que se presume desde el principio, la que forma el objeto del juicio penal"*[2].

*Esta forma de ver al Estado, tal como Hobbes lo había imaginado, privilegia la seguridad por sobre la libertad, la entrega de todos los derechos para que el Estado se fortalezca y con ello el propio funcionario de turno que está a su cargo. Y este es el Estado que se intenta consolidar, en donde los juristas han decidido cambiar los principios, por la seguridad, la entrega a la demagogia populista de los valores que la civilización occidental construyó con esfuerzo. Es una especie de lógica del terror, en donde no hay límites y como ya lo demostró la Revolución Francesa la dialéctica de los acontecimientos devora a sus propios creadores.*

*Sin embargo, estamos convencidos, como dice Otfried Höffe, que "en los derechos humanos llega a su plenitud el proyecto ético, político de la modernidad.*

[1] FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, p. 549; del mismo autor, *Derechos y garantías*, Trotta, ps. 23 y ss.

[2] FERRAJOLI, *Derecho y razón* cit., p. 549.

*Por ello legitimar los derechos humanos significa defender el proyecto de la modernidad frente a proyectos anteriores, por ejemplo, los de la antigüedad"*[3].

*La cuestión del poder puede explicarse más profundamente desde la parábola de Safouan: "Se cuenta que luego de una batalla victoriosa un general acampa con su ejército para descansar al pie de una montaña. Al alzar la mirada, ve a un hombre sentado por encima de él sobre la montaña. Encolerizado, sube para interpelar al hombre. '¿Quién es usted para permitirse estar sentado por encima de mí?'. 'Sire –responde el hombre–, me pregunta quién soy sin decirme quién es usted'. 'Soy el jefe de este ejercito que ve allí abajo'. '¿Y quién está por encima de usted?'. 'El mariscal, por supuesto'. '¿Y encima del mariscal?' 'Sólo el rey está por encima del mariscal'. '¿Y por encima del rey?' 'Nada está por encima del rey'. 'Bueno, yo soy esa nada' dijo el hombre"... indicando así el punto donde todos somos iguales*[4].

*En otras palabras, por encima del poder terrenal está precisamente esa nada de la que nos olvidamos. Cuando uno se coloca en la cumbre de la montaña y pretende ser la nada, o la razón, entonces ha convertido su capricho en ley. Sin quererlo he comenzado con dos citas, que en el fondo y salvados los tiempos, dicen la misma cosa.*

*Por último, como siempre, debo agradecer a mis colaboradores, sin los cuales esta obra no hubiera sido editada. Sandro Abraldes colaboró en los delitos de atentado y resistencia a la autoridad, en los artículos 252 y 253, y en los delitos de evasión y quebrantamiento de pena. Nuevamente Mercedes Rubio me ayudó, y en este caso debo decir en la elaboración del libro, ya que colaboró en la revisión y corrección de todo el volumen. En modo igual María del Rosario Picasso a quien le debo varias jornadas de trabajo intenso. Gustavo Aboso trabajó en los delitos de falsa denuncia, usurpación de títulos y honores, violación de sellos y documentos, cohecho, malversación de caudales públicos y negociaciones incompatibles. Inés Cantisani, por su parte, en los delitos de abuso de autoridad y violación de deberes de funcionarios público, prevaricato y falso testimonio. María Eugenia Nieto y Marcelo Alvero lo hicieron en el delito de encubrimiento. Laura Atengo acercó la jurisprudencia sobre los primeros cinco títulos y Horacio Días me ayudó en la lectura de la primera parte del trabajo, dándome ideas sobre el concepto de funcionario y administración pública. A todos, mi agradecimiento más profundo.*

*Otoño de 2000*

[3] HÖFFE, Otfried, *Estudios sobre el Derecho y la justicia*, cit. por DONNA, *Teoría de la pena y el delito*, t. 1, p. 96.

[4] SAFOUAN, Moustpha, *La palabra o la muerte*, ediciones De la Flor, p. 155.

# INTRODUCCIÓN

SUMARIO: I. Concepto de "administración pública". El bien jurídico protegido. 1. El bien jurídico en la teoría italiana. 2. El bien jurídico en la teoría española. 3. La doctrina alemana y el bien jurídico. 4. El bien jurídico en la doctrina argentina. II. El autor. 1. Sujeto activo. 2. El concepto de funcionario público. 2.1. Planteo del problema. La teoría administrativista. 2.2. Jurisprudencia. 2.3. Análisis dogmático del término funcionario. 3. La función pública.

## I. Concepto de "administración pública". El bien jurídico protegido

El Estado de Derecho, protector de los derechos humanos básicos, que surge de nuestra Constitución, es un producto de la modernidad, que tiene su base en la teoría de la separación de poderes, originada en Inglaterra. El derecho fundamental clásico es la protección contra la detención arbitraria, que fue formulada por Coke de la siguiente forma: "*No man can be taken, arrested, attached, or imprisoned, but by due process of law and according to the law of the land*"[1]. Esto quería significar, en el lenguaje de la Carta Magna inglesa de 1215, un acto constitucional, por la cual los barones rechazaron las pretensiones de soberanía del rey, encuadrándolas en los límites de los viejos derechos constitucionales. De esa Carta Magna, surge el artículo 39 "ningún hombre libre puede ser detenido, mantenido preso, expropiado, desterrado, proscrito o de alguna manera destruido, salvo decisión judicial basada en la ley". Por ende, como ya hemos dicho en otra

[1] Citado por KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, Depalma, 1980, p. 208.

oportunidad, la base del Estado constitucional y de los derechos humanos se encuentra en esta idea, contenida en el Derecho Constitucional inglés, por el cual "la protección contra la detención y la persecución penal arbitraria, es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad"[2]. Y también es el fundamento de la división de poderes, que posteriormente toma Montesquieu, a partir de la experiencia de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de éste, hasta que se encuentra con límites. "*C'est une expérience éternelle, que tout homme qui'a du pouvoir est porte a en abuser: il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites*". La teoría de la división del poder estatal o por lo menos de sus órganos, y la oposición de las partes respectivas para que se contengan recíprocamente, sirve de base al Estado moderno, creado bajo la impronta de Hobbes y la idea de soberanía del Estado. En la lucha por la limitación de ese poder es que tanto ha gravitado la teoría en cuestión, y sin duda ha contribuido, con sus limitaciones, dentro del Estado constitucional, a la defensa de los derechos fundamentales del individuo.

Ayuda a esta división la distribución de las diferentes funciones estatales entre diversos órganos constituidos por personas físicas distintas. Para realizar tal distribución, se introdujo el principio de la separación de poderes, siguiendo la idea base que quien hace las leyes no debe ser el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas. El que las ejecuta no debe hacerlas ni aplicarlas. El que las aplica no las debe hacer ni ejecutar[3].

Se delimitan, con mayor precisión, los conceptos de legislación, administración y justicia. De la mencionada teoría se desprende que ésta se manifiesta en una "división de funciones" juntamente con una "división de órganos", de tal modo que el poder estatal debe ser ejercido por órganos diferenciados[4].

[2] KRIELE, ob. cit., p. 209. DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, t. 1, par. 8, ps. 89 y ss.

[3] GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1994, t. I, ps. VII, 1 y 2.

[4] Es de hacer notar la posición crítica que tiene sobre este tema Octavio de Toledo, en *Prevaricación del funcionario público* (Cívitas, 1980, ps. 189 y ss.). "Ahora

De todas formas, a los efectos teóricos hemos seguido la conceptualización de Agustín Gordillo con el objeto de determinar de qué se trata cada una de las funciones como tales. Sintéticamente se puede afirmar que la función legislativa consiste en el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso. La función jurisdiccional "es la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes, hecha por un órgano imparcial e independiente". Y por último la función administrativa "es toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales"[5].

Frente a esta teorización, el problema consiste en desentrañar qué debe entenderse por el concepto de administración pública como bien jurídico tutelado, dentro del título en cuestión. Y está claro que se trata del poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas. Pero también está claro que la expresión no está utilizada por el ordenamiento penal en la acepción técnica, que antes hemos intentado definir, y que es de la esencia del Derecho Administrativo, sino que adquiere una amplitud ciertamente mayor. El término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descriptas (la propiamente ejecutiva, la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas.

bien, arrancar del rechazo de la teoría de la separación de poderes implica en mi opinión –dice el autor citado– afirmar un principio de soberanía popular que es excluyente del de la división de poderes. O lo uno o lo otro. O soberanía popular o división de poderes. Y esta soberanía popular, lamentablemente, no puede encontrarse hoy en la realidad. Así las cosas, parece preferible en la actualidad seguir una vía alternativa que, intentando eludir (con la triste impresión de no conseguirlo) toda reconstrucción del sistema, y expuesta al peligro de hacer un uso alternativo de las instituciones burguesas que constituya una mistificación práctica, logre evitar ambas cosas y, en cambio, permita una elaboración teórica adecuada a la fase del desarrollo actual" (p. 193).

[5] GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo* cit., t. I, par. VIII, ps. 10/42.

En efecto, en la esfera del Derecho Penal, el concepto de Administración Pública es superado porque la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas propiamente dichas como sobre las otras funciones del Estado. Así el concepto de este Título XI del Código Penal sobre administración pública es algo muy amplio: es el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aun cuando éstos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes.

Por eso no es cierto que la administración pública sea lo mismo que la actividad administrativa, al decir de Altavilla[6]. Y esto es así porque esta idea contiene una concepción totalitaria del Estado, en la cual el bien jurídico es la defensa del Estado como tal.

### 1. *El bien jurídico en la teoría italiana*

La doctrina italiana ha intentado dar un concepto de este bien jurídico sosteniendo que es el regular desenvolvimiento de las funciones públicas estatales, esto es, que el Estado pueda desarrollar, sin alteraciones, sus actividades legisladoras, juzgadoras y administrativas, y así poder alcanzar sin perturbaciones los fines que tiene señalados. Al lado de este bien jurídico también se dice que los delitos protegen otros valores más particulares, cuales son el prestigio, decoro, deber de fidelidad, deber de cargo, disciplina, etcétera[7].

### 2. *El bien jurídico en la teoría española*

En España, según Groizard, lo que caracterizaba a estos delitos era que los sujetos activos sólo podían ser los que ejercían la función pública de que podían abusar. Por ende el funcionario público debe estar sometido a una religión estrecha y sujeto a una serie de obliga-

[6] ALTAVILLA, Enrico, *Concezione penalistica della administrazione*, en *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, 1938, p. 103.

[7] RANIERI, *Parte especial*, 181; MANZINI, *Trattato*, V. 1; ANTOLISEI, *Parte especial*, t. II, ps. 668/669. La síntesis se debe a Octavio de Toledo, ob. cit., p. 213.

ciones, que deben ser rigurosas y eficaces, de modo que sean garantía de que sus atribuciones no se constituirán en daños o menoscabos a los derechos de los particulares o de los mismos intereses públicos que debe defender. Dentro de estas obligaciones del funcionario público existen ciertos deberes que tienen mayor relevancia social y cuyo incumplimiento está incorporado a este título[8]. Esta posición ha llevado a que se sostenga que "concurren pues, ya en los comentarios al Código de 1870, los mismos rasgos que se destacaban en la opinión doctrinal italiana antes vista: protección de las funciones públicas, de la dignidad de la administración pública, infracción de los deberes del cargo, elevación de injustos administrativos a la categoría penal"[9].

Las opiniones de Antón Oneca y Jiménez de Asúa coinciden, respecto del bien jurídico, en que "para asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas, ha detallado el legislador las formas en que los funcionarios públicos pueden faltar a sus específicos deberes"[10].

Por su parte, Cobo afirma que la función pública es una forma de manifestación de la actividad del Estado, o mejor dicho, la manifestación del poder público desde un punto de vista teleológico, finalista. La función pública se caracteriza en cualquiera de sus manifestaciones por su contenido final, en el sentido de que el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones, que se proyectan en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa.

Por eso, cuando se le atribuye personalidad jurídica al Estado, la administración deja de identificarse con uno de los poderes, el Ejecutivo, para considerarse como una función de ese Estado-persona; ya no se ve en el Estado un conjunto de poderes individualizados (entre ellos el Poder Ejecutivo o la administración pública), sino una persona jurídica que realiza múltiples funciones, una de las cuales es, precisamente, administrar.

Cerezo Mir ha sostenido que "los preceptos del Derecho Penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos tienen como fin,

[8] GROIZARD, *El Código Penal*, t. IV, ps. 91/92.
[9] DE TOLEDO, ob. cit., p. 218.
[10] *Derecho Penal*, t. II, ps. 100/101.

lo mismo que en el Derecho disciplinario, el mantener a los funcionarios públicos en la observancia de sus deberes y el contribuir a la mejor organización del servicio público"[11].

### 3. *La doctrina alemana y el bien jurídico*

Si bien la doctrina distingue entre dos grupos de delitos que pueden llegar a cometerse en este ámbito, que son aquellos delitos que puede cometer el funcionario en relación con el cargo que tiene y los delitos que puede cometer el funcionario, pero que no tienen una relación estricta con el cargo o la función que tiene, hay coincidencia en sostener que sólo se puede hablar de un bien jurídico específico en el primero de los grupos, ya que en el segundo será el bien jurídico del delito que comete el funcionario, sin otra particularidad que se podrá agravar por la calidad del autor[12]. Y también es coincidente la doctrina al afirmar que la esencia de los delitos de funcionario está dada por el abuso de la autoridad como violación del deber del funcionario[13]. Y en parte como un ataque contra la pureza del ejercicio del cargo[14], parte como un peligro en el hacer del funcionamiento de la administración del Estado[15], y otra parte como un ataque interno contra el poder del Estado[16]. Pero en general se puede afirmar, y volvemos a Maurach, que el bien jurídico es la fidelidad a la pureza de la función pública[17].

En este punto no debe dejarse de analizar los llamados delitos de infracción de deber, que han sido elaborados, en su concepto básico, por Roxin. La esencia de estos delitos consiste en la infracción de un deber, esto es la violación de las exigencias derivadas del papel o de la función social que desempeña, que son deberes extrapenales. Y precisamente la violación de este deber es lo que fundamenta la autoría.

[11] CEREZO MIR, *Parte general*, I, 46.
[12] MAURACH, BT, § 81, II-A, Verlag Müller, Karlsruhe, 1956.
[13] WELZEL, AT, 396; SCHÖNKE y SCHRÖDER, *Vorbem I*, 336.
[14] MEZGER, II.280.
[15] LISZT y SCHMIDT, 815.
[16] BINDING, II, 395.
[17] MAURACH, BT, p. 612.

## 4. *El bien jurídico en la doctrina argentina*

El Código de 1921, que en este sentido ha sido mantenido, incluyó en este título, de los llamados delitos contra la administración pública, un variado catálogo de tipos penales que tienen en común, en principio, que son delitos cometidos por el funcionario público, aunque con ello no se alcance a todos los tipos penales del título.

El objeto de protección del Título XI, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, en la Argentina, que sigue en este aspecto a la italiana, es la regularidad y eficiencia de la función pública, entendida en un sentido amplio[18].

No habría discusión en sostener que se protege la función pública, entendida como el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres órganos del Estado, tal como se explicó, pero con la idea de que no sólo se refiere a la función específica de los poderes del Estado, sino además a la típica función administrativa de todos ellos. Se pretende asegurar la conducta de los funcionarios públicos, quienes con la inobservancia de los deberes a su cargo obstaculizan esa regularidad funcional, dañando no sólo a la función en sí, sino a los particulares. De modo que el bien jurídico en el Título XI es la preservación de la función pública, frente a los ataques que provienen, tanto de la propia organización burocrática del Estado y de sus miembros, como de los particulares.

Para Creus se incluye la función pública en sentido propio, "que es la que se realiza en virtud de un encargo, de una delegación de Estado en la persona del funcionario y que tiene una repercusión fuera de la administración, ya que expresa la voluntad del Estado frente a los administrados y sobre ellos, aunque sean a su vez funcionarios o empleados (por ej. en el Derecho disciplinario), ora que se configure como función pública asumida libremente por el funcionario, ora como

[18] CREUS, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, 1981, p. 4; SOLER, *Derecho Penal argentino*, 3ª ed., 1970, t. V, § 136; GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. V, Nº 1303; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, 1975; NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino*, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1974, t. VII, p. 18.

carga pública en quien se vio obligado a asumirla, ya se trate de una función de autoridad –representando e imponiendo la voluntad del Estado en cuanto desarrollo de poder– o de simple gestión"[19]. También incluye Creus al servicio público, siempre que se desenvuelva exclusivamente dentro de la administración, aunque se protege todo tipo de servicio público, ya sea que se preste dentro o fuera de la función[20].

No se podría terminar el concepto de bien jurídico, en este título, sin hacer una referencia a lo afirmado por Molinario y Aguirre Obarrio. Señalan estos autores, como antecedentes históricos de estos delitos, que la aglutinación de tipos penales en torno a la administración pública tiene su origen en el Código de Toscana de 1853. Luego es tomado por la legislación de Holanda de 1881 y de allí pasa al Código Zanardelli, de Italia de 1891. Éste sirve de fuente para el proyecto de 1891, el de 1906, y finalmente el de Rodolfo Moreno y el Código de 1921[21]. Pero el concepto más importante está en que afirman que en la base de estos delitos está la idea napoleónica que tiene como fundamento un binomio compuesto por la administración pública y el Derecho Administrativo, que lleva a agrupar los delitos de los funcionarios y los delitos contra los funcionarios públicos. Como Napoleón armó la administración, pero no su concepto, "se apeló a la pauta subjetiva (el funcionario), pues es la que primero se presenta al espíritu"[22]. Y por eso aciertan los autores antes citados en afirmar que sobre este punto poco se avanzó, salvo la referencia en los códigos modernos a la noción de función.

Por eso definen al bien jurídico como "el normal y continuo funcionamiento de los órganos que explicitan las funciones del Estado: la actuación legal y no perturbada de las personas que en ella actúan y el decoro de aquéllas y de éstas"[23]. Bien dice Aguirre Obarrio que

[19] CREUS, ob. cit., ps. 4/5. Se cita en este libro la opinión de administrativistas como Bielsa (*Derecho Administrativo*, t. III, ps. 6, 54 y 55) y Marienhoff (*Tratado*, t. II, p. 49).

[20] *CREUS, ob. cit., p. 5.*

[21] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos*, Tea, Buenos Aires, 1999, t. III, § 184.

[22] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, § 184.

[23] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., § 185.

también puede utilizarse la palabra prestigio, que era la empleada por Molinario, y que a nuestro entender es la que la doctrina italiana ha manejado.

Por su parte, Goscilo ha ido más lejos, al decir que la administración pública no es un bien jurídico como tal, sino que su concepto gira alrededor de intereses sociales e individuales, que tienen relación con la función pública[24].

## II. El autor

### 1. *Sujeto activo*

El Código en el título bajo estudio ha tipificado conductas que si bien pueden, en algunos casos, ser cometidas tanto por funcionarios públicos como por particulares, siguiendo el criterio napoleónico antes explicado, en su gran mayoría describe tipos penales que exigen un autor calificado, que lleva a que se especialice el delito, siendo este sujeto el funcionario público. En otras palabras, se trata de los llamados delitos especiales propios[25]. En estos delitos la autoría se limita al círculo de las personas cualificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho. De manera que el extraño no puede ser autor de estos hechos punibles ni como autor directo, ni como autor mediato, ni como coautor. Su participación es posible[26].

Lange había definido a estos delitos como aquellos que específicamente, en virtud de su especial injusto típico, sólo son comisibles por determinadas personas[27]. Cerezo habla de que en estos casos la conducta del autor lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico[28].

[24] GOSCILO, Antonieta, *Los bienes jurídicos penalmente protegidos*, en *Lecciones y ensayos*, segunda época, N° 1, diciembre 1981, ps. 35/37, cit. por Aguirre Obarrio, § 185.

[25] DONNA, *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, 1999.

[26] MAURACH y GÖSSEL, AT, 47, V, 116; RG 63, 35; BGH, 4, 359.

[27] LANGE, *Das Sonderverbrechen*, p. 456.

[28] CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte general*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, t. II, p. 113.

Desde otra perspectiva se ha sostenido que se trata de delitos de deber (*Pflichtdelikte*), en los cuales la autoría se funda en la lesión a un deber especial, que sería extratípico. Roxin contrapone los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*), a los delitos de deber (*Pflichtdelikte*). En estos últimos, señala el autor, no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del papel o del rol social que desempeña[29]. Por ende, no es el dominio del hecho, tal como lo hemos definido en otro lugar, el criterio para definir quién es autor, sino qué es la infracción de un deber extrapenal, que está lógicamente preordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos. La autoría se determina, desde esta perspectiva, por un deber específico cuya naturaleza aún requiere aclararse. Ahora bien, este deber exige que la persona se comporte de acuerdo a esta obligación, de modo que la infracción consciente del deber, fundamenta la teoría[30]. Este deber no surge de la norma penal, que es la que desencadena la sanción prevista en el tipo, existente en todo delito. Se trata de un deber extrapenal, que no se extiende a todos los implicados en el delito. Son deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que se originan en otras ramas del Derecho[31]. Esto lleva a que poco importe, en estos delitos, que la infracción sea por acción o por omisión[32].

La teoría de Roxin ha sido criticada. En primer lugar se afirma que de seguirse este concepto sólo existiría un desvalor de acción, pero no un desvalor de resultado, en el sentido de lesión o peligro al bien jurídico. De modo que sólo se podría hablar de un desvalor de acción que es la infracción al deber[33]. Si se quisiera afirmar que en estos delitos también existe un desvalor de resultado, debería recono-

[29] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* cit., ps. 383 y ss.

[30] Ídem nota anterior, ps. 383/384.

[31] ROXIN, ob. cit., p. 385; la crítica está en MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., § 47, nota marginal 117.

[32] La doctrina mayoritaria ha aceptado esta posición. Puede verse CRAMER, en SCHÖNKE y SCHRÖDER, 21ª ed., p. 322, 32. También la doctrina fue admitida en España, de manera completa. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, conferencia dictada en la Facultad de Derecho, UBA, t. 1, p. 316.

[33] GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 333.

cerse que la autoría no sólo se fundamenta en la infracción de deber, sino que habría un requisito más. En palabras de Gracia Martín, "por lo menos en la producción de un resultado y, cuando así se requiera por el tipo, en que ese resultado derive de una concreta modalidad de acción. Como consecuencia lógica no podría tampoco, distinguirse entre delito consumado y tentativa, ya que la infracción al deber es lo que constituye lo injusto de tales delitos"[34].

Sin duda la crítica más fuerte estaría en la contraposición con un Estado de Derecho, debido a la vaguedad de los deberes. Y esto vale seriamente en los delitos de funcionarios que estamos estudiando. Así, Gracia afirma que "en los delitos de funcionarios, no habría más remedio que referir la infracción del deber a vagos y genéricos conceptos como 'deber de fidelidad', 'deber de obediencia', 'deber de subordinación', etcétera"[35].

La crítica de Gracia Martín se sintetiza con sus palabras: "en los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elemento del tipo. Pero, contrariamente a lo que se sostiene por un amplio sector doctrinario, inspirándose en Roxin, creo que la lesión de un deber extrapenal –formalizado o no– puede ser a lo sumo indicio de la tipicidad de lo injusto especial"[36]. Por ende, se trataría de una tautología. Que el funcionario que revela secretos que haya tenido por su cargo infringe obligaciones que tenía por su rango y jerarquía, está fuera de duda, ya que esta violación es de gravedad. Pero no se explica la esencia del delito especial. Por ende, para esta posición hay que buscar la esencia de estos delitos en otro lugar.

Gracia afirma, y creemos con razón, que el autor calificado se encuentra en una relación especial con el bien jurídico protegido. Explica el autor que existen bienes jurídicos primarios, cuya agresión está al alcance de cualquier persona. Por el contrario, hay otros bienes jurídicos que no se encuentran a disposición de cualquiera, y que cumplen sus funciones en estructuras cerradas, limitadas, a las que no tienen acceso todos los individuos, sino sólo los habilitados. A esta relación entre estos bienes jurídicos y las personas habilitadas para

[34] GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 334.
[35] Ídem, p. 335.
[36] Ídem, p. 337.

agredirlos o respetarlos Gracia Martín la llama "relación de dominio", pues su fundamento se encuentra en la posición de poder que detentan determinados sujetos sobre determinados bienes jurídicos[37]. Luego, la pregunta acerca de cuál es la razón por la que el legislador ha restringido la autoría en los delitos especiales. La respuesta estaría dada por la estrecha relación que existe entre el autor y el bien jurídico, situación que no existe con respecto a terceras personas. "En los delitos especiales sujeto y objeto no son intercambiables. Así por ejemplo, la acción típica del delito de prevaricación judicial es 'dictar sentencia injusta'. Pero dicha acción de agresión al bien jurídico protegido –la recta administración de justicia– sólo puede realizarla el sujeto que ostente la calificación de juez, porque sólo él tiene acceso a ese bien jurídico. Sólo un juez puede dictar una sentencia injusta. Y por pasiva, una sentencia injusta puede ser dictada sólo por un juez"[38].

También la posición de Roxin ha sufrido críticas desde otra perspectiva[39]. En efecto, se ha afirmado que quien siga esta posición debe aceptar como autor a todo aquel que, como titular del deber especial, realice simultáneamente la lesión de éste y la lesión típica del bien jurídico, con la consecuencia de que dicho titular jamás podrá ser partícipe en el ámbito de los hechos dolosos. La crítica, sin embargo, consiste en que la lesión de un deber extratípico no puede decidir acerca de la calidad de sujeto del hecho determinado en el tipo y, además, que aun dada la existencia de los elementos esenciales, puede faltar el dominio del hecho, considerado, aun para estos delitos, como básico. Luego la mera participación es posible ante la existencia de los elementos especiales de autoría por propia mano[40].

## 2. *El concepto de funcionario público*

### 2.1. *Planteo del problema. La teoría administrativista*

Con esta base es necesario analizar, entonces, qué se entiende por el concepto de funcionario público, que la ley determina como autor

[37] GRACIA MARTÍN, ob. cit.
[38] GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 338.
[39] MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., t. II, § 47, 5, 117.
[40] Ídem nota anterior.

de la mayoría de los tipos penales de este título. La ley ha definido el concepto en el artículo 77 del Código Penal, cuando expresa que, por los términos funcionario público y empleado público, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

La expresión es tomada del proyecto de 1906 (art. 82), que a su vez venía del proyecto de 1891 (art. 109), en cuya Exposición de Motivos se hacía referencia a que se había imitado al Código holandés, al agrupar en un solo título las palabras y las locuciones "cuya exacta significación debe fijarse para mayor inteligencia de la ley que las emplea"[41]. Téngase en cuenta que el doctor Rojas sostenía la idea de que debía suprimirse el artículo, dado que no era necesario[42]. No hay pues ninguna otra ayuda legal sobre este tema, salvo el artículo 268-(2), que habla de cargo o empleo público, que puede ayudar en la distinción, que, como se verá, sostiene una parte de la doctrina, entre funcionario y empleado público.

La doctrina argentina no ha sido clara con respecto a qué debe entenderse por funcionario público y su diferencia con el empleado público, posición que, como es obvio, ha seguido la jurisprudencia. De todas formas, parecen ser dos las posiciones doctrinarias seguidas en el Derecho Penal argentino.

Una primera corriente es seguida por Ramos Mejía, quien afirma que el término "funcionario público" debe entenderse en el sentido admitido por el Código Penal, coincida o no con el alcance que pueda tener la expresión en el Derecho Administrativo, siendo tal sistema el acertado para el autor, debido a que tiende a unificar a la jurisprudencia y a simplificar al sistema del Derecho Administrativo[43].

En la misma postura se encuentra Soler, quien interpreta que el término de "funcionario público" es el previsto por el propio Código

[41] ZAFFARONI, Eugenio y ARNEDO, Miguel (dirs.), *Digesto de Codificación Penal argentina*, AZ, t. 2, Exposición de motivos, p. 380.

[42] MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. III, ps. 251 y ss.

[43] RAMOS MEJÍA, Enrique, *El delito de concusión*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 54.

Penal. Aclara Soler que el concepto de funcionario público está fijado por el artículo 77 del Código Penal, con validez para las definiciones del presente título, con las excepciones que la propia ley trae.

Otra posición es la de Núñez, quien conceptualiza al funcionario público –en analogía a lo sostenido por Bielsa y Marienhoff– diciendo que en lo que al Derecho Penal atañe, lo que da la idea de lo que es un funcionario o empleado público es la participación o el ejercicio de funciones públicas. Esta participación existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público, y agrega que, excepcionalmente, el Código Penal reputa como funcionario público a una persona a la cual no se ha delegado el ejercicio de la función pública por elección popular o nombramiento de autoridad competente. Hace esto en el artículo 239, párrafo segundo (decreto-ley 17.567), que dispone que a los efectos de los artículos 237 y 238 se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito[44].

Creus, por su parte, afirma que el Código no ha equiparado al funcionario y al empleado público, ya que al describirlos se refiere a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, es decir, como todo aquel que cumple una función pública. Claramente, pues, lo que define la norma es el funcionario público en las acepciones del Derecho Administrativo, simplemente, indicando que cuando la ley habla de empleado público puede referirse también al funcionario público en sentido propio[45].

Como se sabe, el problema viene al campo penal debido a que los administrativistas habían diferenciado entre empleado público y funcionario público. En esta línea se encuentran autores como Bielsa[46] y Marienhoff[47]. En contraposición Gordillo ha descartado esa distin-

[44] NÚÑEZ, Ricardo C., *El significado del concepto de "funcionario público" en el Código Penal*, en J. A. 1970-544, doctrina.

[45] CREUS, *Delitos contra la administración pública* cit., p. 6.

[46] BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, t. III, p. 29.

[47] MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, t. III-B, par. 839, p. 37.

ción[48], afirmando que ella no tiene sustento real o lógico, ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar, pudiendo, en consecuencia, ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina. En efecto, el funcionario que se podría considerar de más jerarquía, o sea, el propio presidente de la República, no desempeña sus funciones sólo a través de órdenes o decisiones, también realiza comportamientos materiales que no implican la toma de decisiones, tal como asistir a un acto público, pronunciar un discurso, descubrir una placa, colocar la piedra fundamental de un edificio, etcétera. Lo mismo puede decirse de un empleado de poca jerarquía administrativa, por ejemplo, un ordenanza, quien, cuando debe preparar el café, no realiza una pura operación material, pues también debe lógicamente decidir, en el ejercicio de su función, qué taza habrá de emplear, si el café está suficientemente caliente, etcétera. En igual forma un agente de policía actuará como "funcionario" cuando dé la orden de detención a un sospechoso, cuando decida detener el tránsito o darle paso, pero luego actuará como "empleado" cuando deba trasladar un preso a tribunales, o cuando deba llevar un expediente a otra oficina, etcétera.

Ningún agente de la administración tendrá así la calidad exclusiva de "funcionario" o "empleado"; todos serían al mismo tiempo, o alternativamente, tanto lo uno como lo otro. Con ello se advierte, según el autor citado, que la distinción carece de sustento real, por cuanto no nos permite diferenciar distintos tipos de agentes del Estado, sino a lo sumo distintos tipos de actuación de ellos. Y para marcar que la diferencia tampoco tiene base legal, expresa que no sólo la distinción no tiene básica lógica y real, sino que tampoco se ajusta al Derecho positivo; ello se advierte claramente tanto en el Código Civil y en el Código Penal, como en el Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional.

El Código Civil establece en su artículo 1112: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales

[48] GORDILLO, ob. cit., t. I, par. X, ps. 1/2.

que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título", y agrega en la nota: "De los jueces y oficiales del Ministerio Público, de los párrocos en los actos del estado civil, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos, procuradores y de todos los empleados en la administración del Estado". Como se advierte, mientras el artículo utiliza el término "funcionario", la nota habla de los demás "empleados", aplicando también a ellos la disposición del artículo, con lo que, en la aplicación de la responsabilidad civil, no se hace distinción alguna entre funcionario y empleado.

El Código Penal, como ya se señalara, dice en su artículo 77: "Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente".

El Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional dispone, en su artículo 1°, que "Este estatuto comprende a todas las personas que, en virtud de acto administrativo emanado de autoridad competente, presten servicios remunerados en dependencias del Poder Ejecutivo Nacional", y con igual criterio todo el resto del articulado se refiere a la expresión "el personal" o al "agente", evitando hacer distinción entre supuestos funcionarios y empleados.

Por fin, la propia Constitución Nacional, cuando habla del presidente y vicepresidente de la Nación, dice que "durarán en sus empleos el término de seis años..." (según texto anterior).

En suma, el Derecho positivo argentino no hace diferenciación entre "funcionarios" y "empleados", y por el contrario establece que todos los agentes de la administración tienen la misma calificación jurídica. Si ello es así, y si además la distinción carece de base real, siendo su único sustento el uso vulgar que le asigna el nombre de "funcionario" a los agentes de mayor jerarquía presupuestaria, y de "empleado" a los de menor jerarquía, ninguna razón de índole teórica o práctica justifica mantenerla; debe, por lo tanto, eliminársela.

### 2.2. *Jurisprudencia*

La jurisprudencia, tal como se dijo, no ha sido clara en este punto, en cuanto al concepto de "funcionario público". Se ha sostenido, por

ejemplo, "que los empleados públicos deben ser considerados dentro de los alcances de la definición del artículo 77, párrafo 4°, del Código Penal y por lo tanto pueden ser válidamente acriminados por el delito de exacciones ilegales del artículo 266 del Código Penal"[49]. Pero de igual manera se dijo que "al definir el artículo 77 el concepto de funcionario público como sinónimo del concepto de empleado público, no equipara este último concepto al concepto administrativo de empleado público, sino que, simplemente, presta un servicio vinculado, auxiliarmente, a ese ejercicio"[50]. También se afirmó que el empleado en la Ley de Aduanas, a los fines de considerar calificado el contrabando (art. 189), debe interpretarse con alcance amplio, comprensivo también de los que pudieran ser considerados "simples empleados", y que, por lo tanto, también un guinchero, por ejemplo, reviste el carácter de funcionario público a los efectos de la ley[51].

Por eso, como hemos visto, no hay base legal para diferenciar de manera sustantiva al empleado del funcionario, sino sólo en cuanto tenga que ver con la función, ya que ambos pueden entorpecer la marcha de la administración pública, por lo que la restricción no sólo es caprichosa, sino además carente de base legal firme[52].

En este sentido Carrera afirma, refiriéndose al artículo 261 del Código Penal, que lo que realmente está en juego no es tanto el *status* del funcionario o el empleado, sino el ejercicio de la función pública, sin atender a la calidad del agente, con lo que salvado el escollo del nombramiento, en sustancia es penalmente equiparado al funcionario y al empleado público[53].

También había aceptado este criterio Peco, en el proyecto, en su artículo 354, cuando decía: "A los efectos de la ley penal se reputan funcionarios públicos a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida, permanente o temporaria..."[54]

[49] Voto en minoría: CCCorr., sala II, 16-6-92, "Dumanjó, Ricardo", L. L. 1992-E.

[50] CCCorr., sala III, 19-12-89, "Craba, Daniel", L. L. 1990-C-147.

[51] GORDILLO, ob. cit., t. I, par. X, ps. 2/4.

[52] Así lo sostuvimos en nuestro voto en: CCCorr., sala I, 19-9-96, "Infante, Carlos Alejandro", c. 45.165. En contra puede verse: ABOSO, Gustavo E. y ABRALDES, Sandro F., *Sobre el concepto de funcionario público*, en L. L. 1996-B-650.

[53] CARRERA, Daniel, *Peculado*, Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 61.

[54] PECO, *Proyecto...*

La jurisprudencia ha considerado incluido en el concepto de funcionario público al empleado de una empresa telefónica[55]. En cambio, se ha negado esa calidad al abogado que presta asistencia a un síndico[56], al escribano[57], al secretario privado del fiscal nacional de investigaciones[58], al empleado de Aerolíneas Argentinas[59], al empleado de un juzgado[60], al empleado administrativo del Banco Nación[61], al cartero de Encotesa[62], al auxiliar superior de 7ª de la Subsecretaría de Administración del Poder Judicial de la Nación[63], a los integrantes del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos[64], al síndico de un proceso concursal[65].

## 2.3. *Análisis dogmático del término funcionario*

La cuestión es, en principio, analizar qué es un funcionario público dentro del tipo penal, ya que, como se trata de calificar al autor, aquél integra el injusto[66]. Por ende, no hay duda en aceptar que la calidad

[55] CCCorr., sala I, 4-10-95, "Basso, C.", c. 44.227; a los agentes de la policía en extraña jurisdicción (CCCorr., sala VII, 5-4-94, "Andrada, N.", c. 1463), a los oficiales de la policía (CCCorr., sala I, 3-2-81, "Saullo, D.", c. 24.007; sala VII, 27-10-82, "Palavecino, R.", c. 2428), al particular aprehensor (CCCorr., sala VI, 29-5-87, "D´Agosto", c. 14.805; sala II, 3-7-90, "Perafan, J.", c. 37.921), al jefe de una división de FFCCAA (CCCorr., sala V, 23-12-77, "Romero, O.", c. 9401), al martillero (CCCorr., sala VII, 3-12-90, "Lurje, R.", c. 14.217), al inspector de la DGI (TOCr.Fed. Nº 3 de Capital Federal, 27-12-94, "Schuttenberg, F.", c. 56/94; CCCorr., sala VII, 19-5-83, "Ojoli, J.", c. 2675), a la empleada de la DGI (CCCorr., sala IV, 2-3-94, "Gisen de Jait, G.", c. 43.791), al agente de servicio público (CCCorr., sala III, 16-11-89, "Alvez de Lima, A.", c. 12.451), al inspector de obras de la M. C. B. A. (CCCorr., sala V, 4-8-81, "Chirkes, N.", c. 13.994), al curador de un insano (CCCorr., G. F. 61-90).

[56] CCCorr., sala VI, 8-9-83, "Moschela, R.", c. 9693.

[57] Registro (CCCorr., sala III, 12-11-85, "Cano, C.", c. 19.625).

[58] Administrativas (CCCorr.Fed., 24-4-92, sala II, "Molina, F.").

[59] CNPEcon., sala III, 15-9-78, "Linares, P.".

[60] CCCorr., sala IV, 8-9-94, "I. V."; sala II, 16-6-92, "Dumanjo, R.", c. 40.172.

[61] CCCorr., sala I, 4-6-85, "Traverso Laclau, J.".

[62] TOCr.Fed. Nº 5 de Capital Federal, 1-9-95, "Camarich, G.", c. 70.

[63] TOCr.Fed. Nº 2 de Capital Federal, 17-6-94, "Rojas, A.", c. 21, L. L. 10-726, etc.

[64] CCCorr., *Gaceta del Foro*, 223-171

[65] CCCorr., sala V, 18-3-94, "Robbiano, E.", c. 31.919, entre otros.

[66] DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 2, par. 49, ps. 84 y ss.

de "funcionario público" del autor es un elemento normativo del tipo, entendiendo éste como aquellos elementos que "sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma"[67]. La conceptualización es útil a los efectos de situar el concepto, aunque bien se sabe que esta distinción tampoco es tajante, de acuerdo a la doctrina actual[68].

El concepto de funcionario es jurídico, y eso lo convierte, sin duda alguna, en un concepto normativo[69]. Si se pudieran dar los requisitos que debe tener un funcionario, se podría afirmar que es aquella persona que:

1) Está adscripta a la administración pública;
2) tiene una relación de profesionalidad, en el sentido que cubre un hueco dentro de la administración. Esto es que no colabora desde afuera;
3) tiene una remuneración por parte de la administración pública;
4) tiene un régimen jurídico administrativo propio.

De tal manera, no hay duda de que estamos frente a un concepto con autonomía propia. Para esto hay un argumento de tipo teleológico: sólo se atiende, como delito especial, a los delitos que comete el funcionario en ocasión del ejercicio de la función pública[70]. Se trata de un concepto funcional, que se relaciona con la participación de la persona en la función pública, con un título habilitante para hacerlo, de acuerdo al propio artículo 77 del Código Penal[71]. De todas formas, es conteste la doctrina en afirmar que la participación del funcionario en la función requiere algo más, esto es, el ejercer de acuerdo a la llamada concepción real-funcionalista que es la adecuada al orden legal-penal[72].

[67] ENGISCH, *Mezger FS*, 1954, 147, cit. por ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, p. 307.

[68] ROXIN, ob. cit., p. 307.

[69] POLAINO NAVARRETE, *Delitos contra la administración pública*, en *Curso de Derecho Penal español*, Marcial Pons, 1997, t. II, ps. 274 y ss.

[70] COBO DEL ROSAL, *Examen crítico del artículo 119*, p. 241.

[71] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 275.

[72] Ídem nota anterior.

El funcionario público, visto así, es un individuo titular de funciones orgánicas de servicio estatal, caracterizado, como se dijo, por las notas de remuneración y profesionalidad pública. Desde esta concepción, el concepto de funcionario se convierte en un concepto material-real, o si se quiere, funcional-sustantivo.

Sin embargo, la base para poder precisar el concepto está en la legalidad. Así, quien entra en la función pública, sin los requisitos exigidos para el cargo, lleva a que esa incorporación sea nula, y la persona sea considerada como un intruso, debiendo calificarse su actuar como arbitrario dentro de la función[73].

Con lo cual, y como es obvio, el problema se traslada a qué se entiende por función pública.

En síntesis se puede afirmar que el concepto de funcionario público es funcional. En primer lugar, se debe recurrir a lo dispuesto por la ley 24.759, que incorpora la Convención Interamericana de la OEA contra la corrupción, del 29 de marzo de 1996, que define al funcionario público de la siguiente forma: "funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público", será cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Además, como es lógico, es parte del concepto lo dispuesto por el artículo 77 del Código Penal, al afirmar que por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

En segundo lugar, debe tratarse de un sujeto adscripto, que cobre un sueldo y que ocupe un lugar dentro de la administración pública (relación de profesionalidad). En tercer lugar, habrá que analizar, en cada caso concreto, si el sujeto, por su cercanía con el bien jurídico protegido en el tipo penal, tiene capacidad funcional para afectarlo. Es decir, si en su relación con el bien jurídico, la persona se encuentra obligada a su cuidado y, por ende, por esa relación directa, puede

[73] Ibídem, p. 276.

lesionarlo, afectarlo o violarlo. De esta manera, poco importa si la persona es funcionario o empleado, sino que, si por su posición y sus deberes puede afectar directamente al bien jurídico protegido por las normas en cuestión.

3. *La función pública*

Para determinar qué es la función pública tampoco ha existido un criterio único. Dentro de las teorías objetivas, una primera posición, desde un criterio material finalista, afirma que la función pública es aquella destinada, por parte del Estado, al bien común[74]. Una segunda posición, con un criterio formal, afirma que depende la función del giro que tenga el ente público. Si el giro del ente está sometido al del Derecho Privado, el fin es privado. En cambio, si el giro está en Derecho Público, entonces será la función pública. Otra posición está dada por un criterio subjetivo: la función pública es la que está reservada por el Estado a sus órganos. Por último, existe un criterio mixto restrictivo, por el cual la función pública es aquella que tiene un fin público, está sometida al Derecho Público y es una actividad de un ente público[75].

La Ley de Ética de la Función Pública, 25.188, define en el artículo 1°, segundo párrafo a la función pública, como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Para los fines de la presente Convención, se entiende por "función pública": Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

[74] TS de España, 5-2-91. Criterio seguido por Muñoz Conde y Cobo del Rosal.
[75] ANTÓN VIVES, *Detenciones ilegales*, p. 51.

# CAPÍTULO I

# ATENTADO Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

SUMARIO: I. Antecedentes de ambos tipos penales. II. Semejanzas y divergencias entre ambas figuras. III. Atentado a la autoridad. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. a) Acción típica. a.1) Fuerza. Intimidación. b) Sujetos. c) Tipo subjetivo. d) Antijuridicidad. e) Consumación. f) La tentativa. g) Problemas de competencia. 3. Agravantes. a). Mano armada. a.1) Causa de la agravante. a.2) La acción. b) Reunión de más de tres personas. b.1) Motivos de la agravante. b.2) La acción. c) Funcionario público como autor. d) Poner manos en la autoridad. IV. Resistencia y desobediencia a la autoridad. 1. Resistencia a la autoridad. a) Bien jurídico. b) Tipo objetivo. b.1) Acción típica. b.2) Sujetos. b.2.1) Sujeto activo. b.2.2) Sujeto pasivo. c) El "ejercicio legítimo de las funciones" y el derecho a resistencia. c.1) Breve análisis histórico y comparativo de las soluciones. c.2) Síntesis y recapitulación. d) Tipo subjetivo. d.1) El error de tipo. d.2) El dolo en relación al elemento normativo "legítimo ejercicio de las funciones". e) Atribuibilidad. Error de prohibición. f) Consumación. g) Tentativa. 2. Desobediencia. a) Bien jurídico. b) Tipo objetivo. b.1) Acción típica. b.1.1) Carácter del delito. b.1.2) Elementos del tipo objetivo. b.1.3) El destinatario. b.2) Sujetos. c) Tipo subjetivo. d) Atribuibilidad. Error de prohibición. e) Consumación y tentativa. f) La jurisprudencia y el delito de desobediencia. V. La equiparación del particular al funcionario. 1. Antecedentes. 2. Análisis de la disposición. a) El elemento del tipo objetivo "aprehender" y sus implicancias. b) El elemento del tipo objetivo "delincuente". c) El elemento del tipo objetivo "flagrante delito". VI. Atentados leves. 1. Antecedentes. VII. Perturbación al ejercicio de funciones públicas. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Sujetos. 3. Tipo subjetivo. 4. Consumación. 5. Tentativa. VIII. Impedimento o estorbo de un acto funcional. 1. Bien jurídico. 2. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Sujetos. 3. Tipo subjetivo. 4. Consumación. 5. Tentativa. IX. Violación de fueros. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Sujetos. c) Tipo subjetivo. d) Consumación. e) Tentativa. X. Incumplimiento de deberes procesales. 1. Antecedentes. 2. Bien jurídico. 3. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Deber

de concurrencia. c) Excepciones al deber de comparecer o concurrir. d) Prohibición de declarar. e) El elemento normativo del tipo objetivo "citación legal" y sus implicancias. 4. Sujetos. 5. Tipo subjetivo. 6. Consumación. 7. Tentativa.

## I. Antecedentes de ambos tipos penales

Si bien afirma Núñez que el Título XI del Código Penal recién aparece en el proyecto de 1891, tomado del italiano, y dejando de lado al Código de 1886, conformando un solo grupo de delitos referidos a regular el funcionamiento de la administración pública, en cualquiera de sus ramas, sea que provengan de los particulares, sea que provengan de los funcionarios públicos[1], lo cierto es que el atentado ya se encontraba legislado en el Proyecto Tejedor, en el Capítulo V, del Libro II, Sección II, Título I, en el artículo 374, bajo el rubro *Atentados y desacatos contra la autoridad.* En la nota se decía que se trataba de hechos aislados que nacen y mueren en un punto sin carácter alguno político[2].

El Código de 1886, en su artículo 234, afirmaba "Cometen atentado contra la autoridad los que, sin alzamiento público, emplean sobre ella intimidación o fuerza al tiempo de practicar sus funciones, o por consecuencia de haberlas practicado".

El Proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891 incorporaba en el Título XI de los *Delitos contra la administración pública*, en el Capítulo I, el título *Atentado y resistencia contra la autoridad*, definiendo en el artículo 282 al atentado y en el 283 a la resistencia del actual Código. En la Exposición de Motivos se afirma que: "el Capítulo Primero prevé el atentado y la resistencia contra la autoridad. Estos delitos tienen de común con el desacato, tratado en el Capítulo Segundo, que su objeto es ofender a los funcionarios públicos. Su diferencia, en Código actual, no está bien marcada, ni por el medio empleado, ni por el resultado inmediato que el delincuente se propone. La intimidación aparece indistintamente en uno y otro delito, al tiempo de practicarse las funciones públicas o a causa de haberlas practicado.

[1] Proyecto de 1891, p. 198; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 17.

[2] Nota al art. 374, p. 308 del proyecto, y ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. I, p. 470.

La comisión, siguiendo los consejos de la legislación comparada, ha adoptado una distinción más precisa. Lo que, en el proyecto, caracteriza el atentado o resistencia contra la autoridad es el propósito de impedir el libre ejercicio de las funciones propias de ellas. Cuando la ofensa hecha al funcionario no es, por su naturaleza u oportunidad, capaz de influir en los actos oficiales que la motivan, no hay resistencia contra la autoridad: hay sólo un ataque a la dignidad o decoro del funcionario, es decir, sólo hay desacato"[3].

El Proyecto Segovia, en los artículos 320 y 322, del Título X, *Delitos contra la autoridad y administración pública*, definía de mejor manera el atentado, ya que hablaba de quien empleaba violencias o amenazas contra un funcionario o empleado público, o cualquier persona que desempeñare un servicio público, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones. En cambio en el 322, cuando definía la desobediencia y la resistencia, hablaba sólo del que desobedeciere gravemente o resistiere abiertamente a un funcionario público. Con lo cual, a nuestro entender, ya estaban dadas las bases para la distinción que trajo problemas a la jurisprudencia argentina.

En similar sentido, el proyecto de 1906 distinguía ambos tipos penales, en los artículos 256 y 258.

En el proyecto de 1917 se afirma en la Exposición de Motivos que se ha aceptado en el tema el proyecto de 1906, modificándose sólo el artículo 243[4].

## II. Semejanzas y divergencias entre ambas figuras

Como se puede ver, en el análisis histórico que se ha reseñado, el primer problema consistió en diferenciar el atentado y la resistencia del motín, y el segundo fue el de diferenciarlo del desacato. De modo que para doctrinarios y legisladores no había problemas en la diferenciación de ambas figuras, pero sí para la jurisprudencia, que no consiguió, quizás por falta de profundización en el tema, poder distinguir dogmáticamente ambos tipos penales. Adviértase que hasta el día de

[3] Exposición de Motivos, ps. 198/199; Zaffaroni y Arnedo, ob. cit., t. 2, p. 470.
[4] Exposición de Motivos, p. 122, t. 4, p. 120 de la obra de Zaffaroni y Arnedo.

la fecha siguen algunos autos de procesamiento que insisten en calificar los hechos como atentado y resistencia. De modo que, si bien la cuestión es sencilla, es necesario aclarar este punto, a los efectos de evitar cualquier duda. Más aún cuando con el Código actual la resistencia no contiene agravantes, cosa que el atentado sí.

El atentado del artículo 237 del Código Penal castiga con prisión de un mes a un año al que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

La resistencia, tipificada en el artículo 239 del Código Penal, castiga con prisión de quince días a un año al que se resistiere o desobedeciere a un funcionario en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

Entonces, tal como surge de la ley y de los antecedentes, el atentado se puede conceptualizar como la exigencia de ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones, y la resistencia como el empleo de intimidación o fuerza contra los sujetos, antes descriptos, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones.

En ambos está en juego la actuación de los funcionarios y su actuar legítimo, pero la diferencia entre ellos es profunda. Por ello, más modernamente, la doctrina se ha preocupado especialmente en aclarar que los tipos penales son diferentes y, es más, excluyentes entre sí, debido a que los bienes jurídicos protegidos también lo son.

El tipo penal del atentado salvaguarda la libertad de decisión del funcionario, que es lesionada por un comportamiento multiofensivo, de usurpación de autoridad y de privación de la libertad del funcionario en cuanto ser humano; mientras que con la figura de la resistencia, en cambio, se protege la libertad de acción del sujeto paciente, una vez que ha tomado la decisión de actuar[5].

[5] TOZZINI, Carlos A., *Los delitos de atentado y resistencia a la autoridad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, Buenos Aires, enero-marzo, 1969, p. 54.

Entonces, la primera distinción que debe hacerse consiste en afirmar que en el atentado se impone la ejecución de un acto no decidido todavía por el funcionario público; en cambio, en la resistencia se trabará la ejecución de un acto ya decidido y puesto en marcha en virtud de la libre voluntad del funcionario.

La diferencia se puede oscurecer en los casos de imposición de una omisión o la de impedir la ejecución, puesto que ambos supuestos se refieren a una imposición de pasividad en el comportamiento del sujeto pasivo[6], aunque la cuestión en el fondo sigue siendo la misma, ya que se intenta evitar una decisión, en el atentado, y se quiere impedir el actuar, en la resistencia.

Otras semejanzas apuntadas por Tozzini, que pudieron llevar a confusión, en torno a la escala móvil y a la agravante para el caso de funcionario público, pierden vigencia frente a las reformas estatuidas por la ley 23.077[7].

En cuanto a los medios, éstos están claramente determinados en el delito de atentado, pero no en el de resistencia, aunque no hay duda de que en este último debe haber una oposición o un rechazo, ya que de lo contrario se entra en el campo de la desobediencia[8].

Más por la confusión jurisprudencial que por lo complicado del tema, en el año 1947 la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal fue convocada a reunirse en los inconstitucionales plenarios[9] en la causa "Palienko", con el fin de dilucidar la diferencia entre ambos delitos. La doctrina que surgió del plenario estaba basada, en principio, en consideraciones de tipo temporal, y sostenía que se estaba en presencia del delito de atentado cuando el acto funcional no había sido dispuesto voluntariamente ni comenzado por el funcionario. Y en atención a la forma de exteriorización, la Cámara expresó que en el atentado la voluntad del funcionario no debía haber pasado al estado

[6] TOZZINI, ob. cit., p. 54.

[7] Ídem nota anterior.

[8] NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino*, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1974, t. VII, p. 27.

[9] Véase al respecto votos de los jueces Tozzini, primero, y luego Donna. Ahora con la inconstitucionalidad de los plenarios de la Cámara de Casación en el caso de la probation.

de ejecución, es decir, no debía haberse transformado en una orden dirigida al destinatario[10]. Aquí radica una de las diferencias ya señaladas: el atentado implica exigir a un funcionario público alguna acción que aún no había hecho. En la resistencia, en cambio, se impide o se traba una acción que ya está en ejecución.

El tribunal determinó que se tipificaba el delito de atentado cuando la violencia ejercida con fines de omisión provenía de un tercero, siempre y cuando el destinatario de la actuación del funcionario no estuviera ofreciendo resistencia[11]. Posteriormente la jurisprudencia ha seguido la doctrina establecida en este plenario[12]. Así se ha sostenido casi de manera constante: "Para que exista atentado a la autoridad es menester que el acto funcional aún no haya comenzado; en la resistencia, que aquél haya sido iniciado. La contemporaneidad entre la violencia y el acto del funcionario es, pues, el rasgo más firme que distingue la resistencia del atentado, que se caracteriza, a su vez, por la prioridad de la violencia respecto del acto (se citó: CNCrim., en pleno, 28-11-47, "Palienko, B.", voto del Dr. Ure, en CCCorr., *Fallos plenarios*, c. 11, p. 452 y L. L. 49-125)"[13]. "Los delitos de atentado y resistencia resultan de imposible concurrencia coetánea cuando el funcionario comenzó a actuar, distinguiéndose siempre el delito de atentado como el dirigido contra el funcionario que no había aún decidido actuar, para imponerle una acción u omisión, del delito de resistencia, que sólo podía ejercerse contra el funcionario con el fin de impedirle o trabarle un acto legítimo de sus funciones ya puesto en marcha"[14]. "Existe resistencia si el sujeto se opone con violencia al

[10] Fallo plenario del 28-11-47, *Fallos* V, p. 747 y J. P. B. A. 4-451.

[11] Ídem nota anterior.

[12] CCCorr., sala I, 16-8-88, "Escobedo Valenzuela, h.", c. 3678; ídem, 20-3-90, "Aguilar, Roberto", c. 36.764; ídem, 18-9-90, "Báez, C.", c. 41.427; íd., 15-3-90, "Borrego, M.", c. 36.608; íd., 26-10-92, "Di Leo, Luis", c. 41.427; íd., 29-10-92, "García, Rubén V.", c. 41.612; íd., 15-11-93, "Fermi, Ricardo", c. 43.190; íd., 2-11-94, "Mendoza, Marcelo", c. 43.830; íd., 27-12-94, "Estrada Muñoz, L.", c. 44.104; íd., 14-7-95, "Romero, Rogelio", c. 44.463; íd., 18-7-95, "Moccioli, Vicente José"; sala V, 15-9-93, "López, R.", c. 31.625.

[13] CNCrim., sala I (int.), 14-4-97, "Zalazar, Juan M.", c. 6591. En igual sentido, CNCCorr., sala I, 15-11-93, "Ferni, Ricardo L.", J. A. 1996-IV, síntesis; íd., 26-10-92, "Di Leo, Luis E. F.", J. A. 1995-I, síntesis.

[14] CNCCorr., sala 1ª, 29-10-92, "García, Rubén V.", J. A. 1996-IV, síntesis.

accionar del funcionario para hacerle cumplir algo, mientras que en el atentado es el autor quien toma la iniciativa para que el funcionario haga u omita un acto propio de su cargo"[15]. "El tipo de atentado a la autoridad requiere que se exija al agente que haga o se abstenga de hacer un acto propio de su función que no habría sido dispuesto voluntariamente. La acción del procesado que se limitó a resistir al arresto, provocando lesiones al agente y daños en su uniforme, no cumple con dichos extremos por lo que, al tratarse de un hecho único –aunque con pluralidad de resultados lesivos–, tal accionar debe considerarse como constitutivo del delito de resistencia a la autoridad"[16]. "Si no se exigió la omisión de un acto funcional a los preventores, no se cometió atentado a la autoridad. Comenzada la represión del delito, la resistencia a ella encuadra en la hipótesis del artículo 239 del Código Penal"[17].

Con estos elementos es difícil que se confundan ambos tipos penales. De todas formas, se ha sostenido, a los efectos de precisar la resistencia, cuando se ha intentado explicar el verbo "impedir", utilizado en el tipo del artículo 239, que tendría aplicación en los siguientes casos: el primero, que se refiere a todos los casos en que el funcionario comenzó a actuar, tras la orden impartida y recibida, como es obvio, por el particular. Un segundo caso se daría cuando interviene un tercero en ayuda del destinatario, que se está resistiendo (en este caso rigen los arts. 45 y 46, Cód. Pen., referentes a la participación delictuosa). Y el tercero se daría también cuando interviene un tercero en favor del destinatario que no se resiste ante la actuación del funcionario[18].

Como corolario, podemos decir que en el atentado el sujeto activo intenta imponer su voluntad al funcionario, haciéndole ejecutar u omitir un acto propio de sus funciones. En la resistencia, en cambio, el agente se opone a una resolución adoptada por el funcionario, impidiéndole total o parcialmente el cumplimiento del acto legalmente decidido y

[15] CNCCorr., sala 4ª, 22-4-93, "Ramos, Julián F. y otros", J. A. 1996-IV, síntesis.

[16] CNCCorr., sala V, 15-9-93, "López, Ricardo", J. A. 1996-IV, síntesis.

[17] CNCorr., sala V (int.), 4-8-97, "Leopardo, Néstor A.", c. 7011.

[18] De acuerdo con lo aquí sostenido, Tozzini (ob. cit., p. 54), quien también menciona los tres supuestos como los casos a contemplar.

ordenado. En el atentado se quiere hacer de autoridad, pero no por mano propia; en la resistencia se quiere que la autoridad no pueda hacer[19].

## III. Atentado a la autoridad

Dice el artículo 237 del Código Penal: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones".

### 1. *Bien jurídico protegido*

La protección penal acordada por este tipo penal se asienta en la necesidad de proteger el normal y buen desarrollo de las funciones que detentan las autoridades y sus agentes para asegurar su completa y eficaz ejecución.

Desde este ángulo, es preciso, por un lado, proteger las funciones que desempeña el funcionario público o la persona que le presta asistencia para asegurar su digna y eficiente ejecución, en tanto que por otro dichas personas requieren una protección penal más vigorosa a causa de su misión y de sus deberes profesionales que, a veces, les obligan a lesionar derechos o intereses individuales, razón por la que se hallan más expuestos que otros ciudadanos a ataques contra su persona.

De una manera más amplia se puede afirmar que el bien jurídico protegido es la integridad de la organización estatal de las autoridades[20].

El interés social protegido por medio de la incriminación de esta conducta es, entonces, de un modo inmediato, la libertad de determinación del funcionario, vale decir, su libertad de decisión en su fase funcional. Mediatamente, lo que queda resguardado es la libertad de la administración pública en todas sus facetas, la cual se sirve del funcionario para alcanzar, de manera normal y regular, sus fines. Y

[19] Así grafica la distinción SOLER, ob. cit., t. V, par. 137, II, p. 126.

[20] MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte especial*, trad. de la 4ª ed. alemana por Conrado A. Finzi, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 374.

esto surge patente de la última parte del tipo penal en cuestión, oración en la que se requiere la exigencia por parte del sujeto activo de la ejecución u omisión de un acto propio de su ámbito, con lo que queda demostrada la aspiración del legislador de proteger el ejercicio de la función desempeñada por el ofendido, tendiendo de esa manera a garantizar la incolumnidad funcional contra los hechos que constituyan atentado[21].

En síntesis y parafraseando a Creus, lo que quiere el sujeto activo en el delito de atentado es superponer su voluntad a la del funcionario, vaciando el contenido del acto funcional de las direcciones intencionales que éste puede otorgarle, para llenarlo con las propias suyas[22].

2. *Tipo objetivo*

a) *Acción típica*

a.1) *Fuerza. Intimidación*

La acción típica consiste en usar intimidación o fuerza contra un funcionario público, con el fin de imponerle un determinado hacer o una determinada omisión de orden funcional[23]. De modo que la intimidación o la fuerza de por sí no alcanzan para que el verbo típico quede configurado, sino que la acción final tiene que estar destinada a exigir una determinada actividad u omisión de carácter funcional.

La fuerza, como elemento del tipo penal en análisis, debe entenderse como violencia física (vis absoluta) que se realiza directa o indirectamente sobre el cuerpo del sujeto pasivo[24]. La intimidación, en cambio, debe entenderse como una coerción moral (vis relativa), esto es, en palabras de Tozzini, la que recae sobre el aspecto psicológico-afectivo del hombre[25].

[21] CREUS, *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 9; MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, vol. V, p. 212; NÚÑEZ, *Derecho Penal*... cit., *Parte especial*, t. VII, p. 20; SOLER, ob. cit., t. V, p. 104.

[22] CREUS, ob. cit., p. 10.

[23] CREUS, ob. cit., p. 11.

[24] Ídem nota anterior.

[25] TOZZINI, *Los delitos de atentado*... cit., p. 57.

La intimidación o la fuerza ejercida deben incidir sobre un bien, es decir, sobre algo valioso para el sujeto pasivo[26]. Este mal debe reunir los caracteres de grave, serio e inminente. Grave quiere decir que tienda a lesionar intereses vitales del sujeto pasivo y que no admitan una reparación más o menos rápida. Se tiene en cuenta al bien jurídico puesto en peligro. No configuraría atentado, por ejemplo, amenazar con desacreditar al funcionario, pues el honor admite reparaciones subsiguientes[27] y además está dentro del riesgo propio del funcionario, y más aún con la teoría asumida por la Suprema Corte de Justicia, de la llamada real malicia, el ámbito de protección del funcionario, en materia de delitos contra el honor, se ha visto seriamente restringido[28].

Serio implica que la intimidación o fuerza deben ser idóneas para mover al funcionario al acto o a la omisión que tiene por mira el agente. Justamente lo que se considera es la idoneidad de los medios para lesionar. Tozzini cita, como inidóneo, el caso de la coerción proveniente de un ebrio totalmente incordinado o de un niño[29]. Tanto la idoneidad de la fuerza, como de la intimidación, deben ser medidas en términos objetivos, siempre teniendo en cuenta la persona del funcionario y su circunstancia concreta. Pero no es admisible una fuerza inexistente, o una intimidación sólo imaginada por la víctima[30].

Debe ser además inminente, esto es, que debe ser actual y no remota[31].

La fuerza o intimidación de que habla el artículo 237 deben ser, asimismo, ordinarias, pues las extraordinarias constituyen agravantes (mano armada, por una reunión de más de tres personas, por funcionario público, o, por último, poniendo manos sobre la autoridad; cfr. art. 238, Cód. Pen.).

[26] TOZZINI, ob. cit., p. 56.

[27] Ídem nota anterior.

[28] DONNA, *Derecho Penal. Parte especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 307 y ss.

[29] TOZZINI, ob. cit., p. 56.

[30] CREUS, ob. cit., p. 15; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, par. 137-VIII.

[31] TOZZINI, ob. cit., p. 56.

Las formas de intimidación o fuerza ordinarias que integran el artículo 237 del Código Penal serían, como formas de intimidación, las amenazas, la coacción armada sobre terceros y la postura de manos también sobre terceros. Y como formas de fuerza, únicamente el empleo de medios, que no sean poner manos en el funcionario público, como ser medios mecánicos, eléctricos, químicos o mediante el uso de animales.

El problema que se ha planteado en el delito de atentado es cómo diferenciar los elementos del tipo básico de algunas agravantes. Es ya tradicional la discusión sobre el significado de la agravante prevista en el artículo 238, inciso 4°, "poner manos en la autoridad", y distinguir esto de la fuerza física, que se puede emplear contra un funcionario, aunque sin poner manos en la autoridad. Es obvio que para ello se necesita desentrañar el contenido de la palabra "fuerza". Tozzini entiende por "fuerza", en el atentado, a toda fuerza física (muscular, mecánica, eléctrica o química) que coarta o inhibe al sujeto que la padece directamente[32]. De aquí se deriva que este concepto no exige que provenga del cuerpo muscular del sujeto agente (poner manos), sino que puede emanar sólo mediatamente del sujeto activo (por ejemplo, oprimir un botón para que se produzca una descarga eléctrica), pero ser observable en el resultado directo de sujeción del paciente.

Este autor también interpreta la "fuerza" como sinónimo de "violencia" y de "coerción", ejercitables sobre la parte física del ser humano, siendo necesaria la presencia inmediata del sujeto pasivo[33]. En igual sentido Creus afirma que la fuerza que está descripta en este tipo, para no traspasar los límites del tipo básico, requiere que el cuerpo del agente no entre en contacto con el sujeto pasivo, ya que esto tiene que ver con la agravante de poner manos[34]. Por eso tiene coherencia afirmar que no es posible aceptar la presencia inmediata del sujeto pasivo. En consecuencia y con esta interpretación, es posible que la fuerza se ejerza a distancia, tanto temporal como espacial[35].

La "intimidación", en cambio, recaería sobre el aspecto psicológico-afectivo del hombre (miedo o justo temor), que doblegue la vo-

[32] Ídem, p. 58.
[33] Ídem nota anterior.
[34] CREUS, ob. cit., p. 12.
[35] Ídem, p. 13.

luntad del funcionario, ya sea que se dirija hacia el propio funcionario como a terceros[36]. No exige la presencia inmediata del sujeto pasivo, aunque también es posible que ello suceda y basta con que sea idónea para constreñir su voluntad[37].

Pero tanto la fuerza como la intimidación, es decir, ambas formas de coerción, deben ser empleadas para substituir la voluntad de decisión del funcionario, por obra del autor, a lograr que el funcionario público se decida a realizar o no un acto de autoridad, para cuya ejecución tiene competencia funcional y territorial[38].

Ahora bien, esta coerción debe obrar tanto directamente sobre el propio autor, como sobre su asistente. Y, claro está, aunque no se logre mediante esos medios el fin que tenía el autor[39]. No se trata, entonces, de un delito de resultado, bastando la fuerza e intimidación con un fin determinado para que se consume el hecho.

La doctrina nacional no presenta mayores disidencias en torno a los conceptos de intimidación y fuerza. Así, como se ha venido sosteniendo, se ha interpretado que la intimidación es la amenaza de un mal a la persona, a sus derechos o afectos, idónea, con arreglo a las circunstancias del hecho, para infundir temor al funcionario[40], siendo condición necesaria que sea seria, grave e inminente. Esto implica el desarrollo de una actividad dirigida a influir de modo psíquico a la víctima en aras de doblegar su voluntad mediante una amenaza de daño a un bien jurídico suyo o de terceros.

En cuanto a la fuerza, se ha considerado tal el ejercicio de una energía física contra la persona idónea para influir en su determinación[41]. Esta expresión es empleada por la ley en el sentido de no hacer distinciones acerca de la dirección material que se le imprime, es decir

[36] Ídem nota anterior.

[37] TOZZINI, ob. cit., p. 58.

[38] NÚÑEZ, ob. cit., p. 20.

[39] NUÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 21.

[40] Posición tomada luego por la generalidad de la doctrina; véase, en este sentido, NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 21, y LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1981, t. III, par. 5, p. 5.

[41] Éste es el concepto dado por Núñez (ob. cit., t. VII, p. 21), que a su vez coincide con el desarrollado por Laje Anaya (ob. cit., t. III, par. 5, p. 6).

sobre personas o cosas, debido a que lo relevante es la verificación de su poder coactivo sobre la voluntad del funcionario[42].

El delito se ejecuta empleando intimidación o fuerza, de manera que, si para conseguir el objetivo determinado por la disposición se emplearan otros medios de acción, no se tipificaría el delito en cuestión, aunque se pueda dar otro tipo penal. Así, no sería típico del artículo 237 usar la persuación, la sugestión, la astucia, el engaño o la seducción, aunque como se verá, si hay de por medio dinero, se podrá entrar en la esfera de otros delitos contra la administración pública.

No es relevante que el acto cuya realización persigue el sujeto activo sea lícito o ilícito, lo que sí interesa es que el objeto impuesto se halle al alcance del funcionario, aunque para llegar a él el agente público deba abusar de sus funciones.

En síntesis: comete atentado a la autoridad el que contra un funcionario público o contra el que lo asiste a su requerimiento o por estar legalmente obligado emplea intimidación o fuerza para que se decida a realizar o no un acto de autoridad para cuya ejecución tiene competencia funcional. Por eso suele decirse, en tanto esta acción vulnera la libertad de decisión de quien tiene la facultad y el deber de ejercer actos en nombre y representación del Estado, que va dirigido a una determinación futura, cuyo contenido será en realidad la pretensión de un particular asumida por el órgano del Estado[43].

Debe considerarse que existe atentado a la autoridad cuando el acto funcional no ha sido dispuesto voluntariamente ni comenzado por el funcionario. En el atentado, la voluntad del funcionario no debe haber pasado al estado de ejecución, es decir, no debe haberse transformado en orden dirigida al destinatario[44].

b) *Sujetos*

Autor de este delito puede ser cualquier persona, incluso un funcionario público, supuesto en el cual la pena se agrava, dada la especial calidad que reviste el sujeto activo (art. 238, tercer párrafo).

[42] Así lo indica SOLER, ob. cit., t. V, par. 137, III, p. 131.

[43] NÚÑEZ, ob. cit., p. 20; CREUS, ob. cit., p. 10; SOLER, ob. cit., t. V, p. 104; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 154.

[44] CCCorr., sala I, 15-3-90, "Borrego, M. L.", c. 36.608.

Sujeto pasivo es el funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, o la persona que le prestare asistencia a su requerimiento o en virtud de un deber legal en ese ejercicio[45]. Se exige que subsista la relación funcional, en el momento del hecho, aunque el sujeto no esté ejerciendo la función[46]. Como se ha visto, también puede ser sujeto pasivo la persona que le prestare asistencia al funcionario público a su requerimiento o porque tenga un deber legal de hacerlo. Para Núñez, estamos ante un deber legal de asistencia, cuando le ha sido impuesto por una ley nacional, provincial o municipal[47].

En cambio, si la persona actúa en favor del funcionario, sin la solicitud de éste o sin estar legalmente obligada a hacerlo, no se tipificará el delito de atentado, ya que la acción no queda atrapada por el tipo, por inexistencia de uno de los requisitos del tipo objetivo: el sujeto pasivo. El deber legal de asistencia atañe a quien, sin tener competencia para proceder en el caso, tiene tal obligación o le ha sido impuesta en razón de sus funciones por una ley en sentido material.

Por último, igualmente puede ser sujeto pasivo el particular aprehensor del artículo 240 del Código Penal.

c) *Tipo subjetivo*

Es el atentado a la autoridad un delito doloso. En su faz intelectual, el dolo requiere el conocimiento de la cualidad de funcionario público del sujeto pasivo, o bien que la persona esté actuando a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal. Desde que debe existir una congruencia entre lo que el sujeto conoce y lo que pretende llevar a cabo, la falla de la conciencia de alguno de estos elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia, constituye un error de tipo que excluye la tipicidad subjetiva de este injusto[48]. La distinción entre error de tipo vencible e invencible carece en este caso de relevancia, ya que la forma culposa no está contemplada como ilícito. Por eso es correcta la jurisprudencia cuando afirma que "Si bien la existencia de

[45] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 20.

[46] Contestes con esta idea: TOZZINI, ob. cit., p. 58, y CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1988, t. II, par. 1849, p. 221.

[47] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 20.

[48] DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, par. 52, p. 112.

las lesiones –tanto propias como de los policías– se hallan comprobadas y corroborada la producción de la pelea con los dichos del testigo de la diligencia, no puede reprocharse el delito imputado de atentado y resistencia a la autoridad si existe un margen considerable de duda acerca de que los interlocutores se hubieren identificado, lo cual da asidero a la creencia de que el imputado pudo confundir sus intenciones, sobre todo que vestían de civil y que la resistencia física era irrazonable contra policías que seguramente actuaban con apoyo"[49].

Tal como ya lo sostuvimos en la obra *Teoría del delito y de la pena*, la calidad de funcionario público constituye un elemento normativo del tipo, con lo cual se requiere que el autor conozca la significación que este concepto tiene en el tipo objetivo. Aquí se plantea qué es lo que debe saber el autor del hecho con respecto a este componente normativo del tipo legal. La doctrina ha aceptado la teoría de Mezger, que había sido tomada de Binding, que consiste en la valoración paralela del autor en la esfera del lego[50]. Esto implica que del profano en Derecho se exige una valoración paralela en su esfera, es decir, una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ámbito del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial[51].

Podemos señalar, entonces, y a modo de conclusión, que para que el autor sea castigado es necesario que sepa que el sujeto pasivo actúa como persona que depende del Estado y que presta un servicio.

Por otra parte, sabido es que el conocimiento potencial no alcanza para que se dé el dolo. Éste exige una conciencia actual para su configuración. Y es aquí donde cobran relevancia las enseñanzas de Platzgummer, quien introdujo en el concepto de dolo la idea de coconciencia[52]. Desde un punto de vista empírico, la persona percibe los objetos en su significado-sentido de forma automática. Hay, pues, una

[49] CFed. de La Plata, Sala Penal II, 26-10-92, "Ramos, Guillermo Héctor s/Ley 23.737 y Cód. Pen., art. 238, inc. 4º", expte. 13.144, libro 67, fo. 55. Doctor Herrera.

[50] DONNA, ob. cit., t. II, par. 51, p. 98.

[51] Ídem nota anterior.

[52] PLATZGUMMER, Winfried, *Die Bewesstseinsform des Vorsatzes*, Springer Verlag, Wien, 1994, p. 60.

especie de síntesis psíquica que lleva a que el sujeto abarque al objeto tanto en su significación como en su sentido. De ahí que capte o entienda los objetos de forma actual[53]. El saber y el querer referidos al tipo objetivo global deben existir al tiempo de la acción que realiza este tipo; más precisamente, en el momento del acto decisivo. Al respecto, el autor no tiene presente en la misma medida la conciencia de todas las circunstancias esenciales del hecho; según el caso de conciencia del dolo se puede distinguir entre saber actual y saber colateral: coconciencia[54]. Por estas razones basta con que el sujeto "tenga presente que se trata de un funcionario público", y de ese modo queda abarcado por el conocimiento del autor.

Desde la perspectiva volitiva del dolo, el sujeto debe tener el propósito de imponer, mediante coerción, la ejecución u omisión de un acto propio del funcionario, lo que equivale a realizar un acto de la esfera de su competencia. En otras palabras, el dolo tiene que ir dirigido a imponer o impedir la formación de un determinado acto, propio del cargo del sujeto pasivo, coartando la voluntad de éste. Precisamente, ésta es la nota característica del atentado: el sujeto quiere que su voluntad se sobreponga a la del funcionario, imponiéndosela. El sujeto quiere substituir la voluntad de decisión del funcionario mediante un medio coercitivo. Como correctamente se ha señalado, el sujeto se sirve del órgano del Estado, sin suplantarlo, tratando de hacerle ejecutar, mediante coacción, como acto de autoridad legítima lo que, en realidad, es una resolución personal y privada[55].

En virtud de estas consideraciones es que sólo es admisible el dolo directo o de primer grado, desde que el resultado delictivo coincide con el fin perseguido de modo inmediato por el autor[56]. En síntesis, el sujeto quiere imponer un hacer o no hacer inherente al ámbito funcional del agente.

[53] DONNA, ob. cit., t. II, par. 51, p. 99.

[54] MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, traducción de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, t. I, par. 22, II, p. 382.

[55] SOLER, ob. cit., t. V., par. 137, II, p. 126.

[56] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 21; CREUS, ob. cit., p. 17.

d) *Antijuridicidad*

No siempre que una persona ejerza intimidación o fuerza sobre un funcionario para imponerle un actuar o un omitir la conducta constituye, por sí sola, atentado.

En este sentido, no debe olvidarse que hemos tomado posición por la teoría tripartita del delito, esto es, que el tipo sólo contiene un juicio de desvalor general, provisorio, no vinculante sobre el hecho, un mero indicio de la antijuridicidad[57]. Existe en esta concepción una relación de valoración entre el tipo y la antijuridicidad, pero sólo como base para conocer esta última. Sin embargo, probada la causa de justificación desaparece la antijuridicidad, aunque persiste la tipicidad, pero sin la fuerza que tenía antes de la demostración de su causa de exclusión[58].

El principio en la materia afirma que, dado el tipo legal, se presume la ilicitud de la conducta. Esto hace necesario analizar la cuestión de si hay alguna manera de desvirtuar el indicio de antijuridicidad que se afirmó con el tipo penal. La investigación se dirige, entonces, a la búsqueda de la licitud de la conducta, que tiene por fin desvirtuar el indicio de la antijuridicidad[59]. Éstas son las llamadas causales de justificación o de exclusión del ilícito.

La antijuridicidad, entonces, significa afirmar que el autor de un hecho típico ha infringido una norma que está exigiendo validez. De tal modo que si ésta es negada, la consecuencia es que ella ha retrocedido frente a otra norma, con el resultado de que no existe violación de la primera. Existe una valoración entre ambas normas, por lo que se le reconoce al autor el derecho a actuar y, lo que es más, hacerlo típicamente. De ahí la afirmación de que no hay posibilidad de zonas libres para el Derecho, o zonas neutras; o se está dentro de lo jurídico o se está en contra de la norma. El término medio no existe[60].

[57] DONNA, ob. cit., t. II, par. 53, p. 124.
[58] Ídem nota anterior, p. 125.
[59] Ibídem.
[60] Ibídem, p. 126.

En este orden de ideas, está claro que no se dará el delito cuando exista una oposición a un acto arbitrario de un funcionario público. Si el funcionario público se coloca o se va a colocar en una situación de abuso, es decir de ilegalidad, el acto típico, con el fin de imponer una actividad distinta, será justificado[61].

Éste podría ser el caso de un particular que obligara a un bombero a apagar un incendio que contempla pasivamente, o a un policía remiso en aprehender a un ladrón[62]. La distinción de quien es la persona que obliga al funcionario cambia la perspectiva de la solución. Si quien lo obliga es un superior jerárquico, la licitud de la imposición se fundamentaría en esa misma relación jerárquica, y en la obligación del propio funcionario de mayor jerarquía, por lo que no habría sino que acudir a la justificante del ejercicio de un deber.

La situación cambia si quien obliga al funcionario, en los ejemplos antes dados, es un particular. En este caso, la base de la licitud del acto vendría dada por el estado de necesidad, siempre que existan bienes de desigual valor en juego.

### e) *Consumación*

La doctrina mayoritariamente ha admitido que se trata de un delito instantáneo, que se consuma con la sola utilización de la fuerza o de la intimidación sobre el sujeto pasivo, con la finalidad antes dicha, sin necesidad de que el funcionario realice lo exigido[63].

Según Creus, se trata de un delito de peligro, ya que no se exige que la acción del autor tenga éxito. Aunque debe admitirse que la acción debe haber sido desarrollada sobre el funcionario. Si alguien llama, por ejemplo, por teléfono al funcionario y equivoca el número, el tipo penal no se consuma[64].

[61] CREUS, ob. cit., p. 31; GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. V, p. 463.

[62] El ejemplo y las soluciones corresponden al trabajo de TOZZINI, ob. cit., p. 60.

[63] CREUS, ob. cit., p. 25; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 21; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 153.

[64] CREUS, ob. cit., p. 25.

f) *La tentativa*

La mayoría doctrinaria argentina afirma que no es posible la tentativa del delito de atentado a la autoridad[65]. A este inicio no exceden la categoría de preparatorios.

Sin embargo, autores como Antolisei y Manzini afirman que la tentativa no puede excluirse a priori. Es el ejemplo del mensaje intimidatorio que no llega a destino[66]. Sin embargo, el ejemplo no parece aceptable, ya que esa intimidación desconocida no es, para el destinatario, grave, seria, ni inminente[67].

g) *Problemas de competencia*

La jurisprudencia ha sostenido que "Los delitos de lesiones y de atentado a la autoridad cometidos por el subinspector de un ferrocarril en una estación de éste, no hacen surtir el fuero federal ni por la naturaleza de aquéllos ni por el lugar en que se ha cometido"[68].

Además que "Corresponde a la justicia nacional en lo penal de instrucción de la Capital Federal, y no a la penal especial, conocer de los delitos de tentativa de defraudación, resistencia o atentado a la autoridad y desacato[69], que se habrían cometido en perjuicio de un oficial y un agente de la Policía Federal, con motivo de las funciones desempeñadas por éstos en la Capital Federal"[70].

"Corresponde a la justicia nacional en lo penal especial de la Capital Federal, y no a la penal de instrucción de dicha ciudad, conocer del atentado y resistencia a la autoridad cometido en perjuicio de un ayudante de la Prefectura Nacional Marítima mientras cumplía servicios en el Puerto de la Capital Federal, y precisamente como consecuencia del desempeño del mismo"[71].

[65] CREUS, ob. cit., p. 25; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 21; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 153.

[66] TOZZINI, ob. cit., p. 60.

[67] TOZZINI, ob. cit., p. 60; CREUS, ob. cit., p. 25.

[68] CSJN, "Priolo, Rosario", 1939, t. 183, p. 306.

[69] Delito derogado por ley.

[70] CSJN, "Gutiérrez, Manuel", 1955, t. 232, p. 159.

[71] CSJN, "Marchese, Enrique", 1956, t. 236, p. 296.

3. *Agravantes*

El artículo 238 agrava el atentado, imponiendo *prisión de seis meses a dos años*, en los siguientes casos:

"1° Si el hecho se cometiere a mano armada;

"2° Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;

"3° Si el culpable fuere funcionario público;

"4° Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

"En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena".

De este modo, el artículo 238 del Código Penal prevé cuatro circunstancias agravantes del atentado contra la autoridad; tres de ellas (incs. 1°, 2° y 4°) lo son en razón del modo de comisión, en tanto que el restante (inc. 3°) encuentra su esencia en la calidad especial que reviste el sujeto activo.

El texto corresponde a las modificaciones introducidas al Código Penal por la ley 23.077, la cual previó, en este artículo, las calificantes para el atentado únicamente, a diferencia del decreto-ley 21.338, que las había incluido tanto para el atentado como para la resistencia, siguiendo en esto al decreto-ley 17.567, con base al artículo 307 del proyecto de 1960.

En todos los casos la escala punitiva se ve incrementada de manera sustancial, ya que la pena va de un mínimo de seis meses y un máximo de dos años de prisión, a lo que se suma la pena de inhabilitación, en el caso de funcionario público, por un tiempo que será el doble del de la condena (art. 238, última parte).

a) *Mano armada*

a.1) *Causa de la agravante*

Afirman Molinario y Aguirre Obarrio, que "esta expresión siempre se entendió como llevando armas tal como para que influyesen en el cuadro que cumple la intimidación. Es decir que la víctima debe temer su pronta utilización contra ella. Pero no es necesario usar el arma, sino que basta con portarla ostensiblemente"[72].

[72] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 309.

De manera que la pena se agrava debido al mayor poder intimidante del medio utilizado, que lleva a que sea más difícil la defensa de la víctima, y con ello se facilita la acción del autor del hecho[73]. Soler, sin embargo, ha sostenido que la agravante no tiene relación con el real peligro corrido por el autor[74].

La expresión "mano armada" se refiere tanto a las armas propias como a las impropias. De este modo se incluyen las denominadas armas de fuego y las filocortantes, las punzantes y las contundentes[75]. La doctrina mayoritaria afirma que cualquier arma que aumente el poder del autor llevará a la agravante; por ende, se incluye en la agravante a la persona que en su mano esgrime un sifón o un cortapapeles[76]. Así, Molinario y Agúirre Obarrio afirman que se incluyen ambas, llevadas de modo tal que se demuestre que el autor está dispuesto a usarlas. Por tal motivo no son armas las llamadas de utilería, de juguete, ni las armas descargadas o que no funcionen[77].

En síntesis, para esta posición se incluye en la categoría las armas propias e impropias, siendo suficiente que tengan aptitud ofensiva y defensiva. Es que la agravante tiene como base que con arma se intimida, y que el autor sabe que las puede utilizar, lo que le da mayor poder intimidatorio, desde el punto de vista subjetivo.

Creus ha reflexionado afirmando que "parece absurdo comprender en este delito toda la enorme gama de elementos que en otros –por ejemplo, en el de agresión– pueden considerarse armas impropias"[78]; concluyendo, en síntesis, que sólo sería posible incluir las armas con real poder intimidatorio.

Por el contrario, no se dará la agravante si el arma es fingida o simulada, habida cuenta de que no habrá mayor poder intimidante, dándose sólo el tipo básico[79].

[73] CREUS, ob. cit., p. 50.
[74] SOLER, ob. cit., t. V, par. 137, p. 100.
[75] DONNA, *Parte especial* cit., t. 1, ps. 235 y ss.
[76] TOZZINI, ob. cit., p. 62.
[77] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 310.
[78] CREUS, ob. cit., p. 52.
[79] CREUS, ob. cit., p. 51; SOLER, ob. cit., t. V, par. 137, p. 100.

a.2) *La acción*

La noción "mano armada" implica su exhibición en actitud intimidante o amenazante, o portación de modo ostensible, sin que se requiera el acometimiento, o el uso directo en contra del funcionario, que en la legislación comparada exigían tanto el viejo como el actual Código Penal español en sus artículos 232 y 552[80].

Un problema a solucionar se da cuando el sujeto activo hace uso del arma, en el caso en que se dé, además, el delito de abuso de armas. En este caso, dos son las respuestas posibles. Para un sector, representado por Soler, habrá un concurso real, dadas las dos acciones encuadrables en dos diferentes tipos penales; para ello debe tenerse en cuenta que el fundamento del agravamiento del atentado contra la autoridad está dado, para esta doctrina, por el poder intimidante del arma, mas no por su uso, en cuyo caso se aplicará la figura autónoma respectiva, y además porque el disparo de arma de fuego es una figura autónoma con relación al atentado, agregando Creus que esta situación se dará para la resistencia[81].

La corriente opuesta, representada en nuestra doctrina por Núñez, afirmará que estamos en presencia de un concurso ideal (art. 54, Cód. Pen.). El argumento es que no hay hechos independientes, ya que el disparo de arma de fuego involucra materialmente la circunstancia calificante de la comisión del atentado a mano armada, lo que lleva a la imposibilidad de la independencia del concurso real[82].

Todo depende de la forma en que se ha realizado el acto, ya que si es en un solo contexto de acción, será un concurso ideal. En caso contrario será concurso real.

[80] *N. del A.*: art. 232, CPE (derogado): "Los atentados contra la Autoridad comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión menor y multa, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1°) Si la agresión se verificare con armas o el culpable pusiere manos en la autoridad..."; art. 552, CPE (vigente): "Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1°) Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso".

[81] SOLER, ob. cit., t. V, par. 137; CREUS, ob. cit., p. 53.

[82] NÚÑEZ, ob. cit., p. 22.

La jurisprudencia ha seguido la teoría de Núñez, aunque en el contexto de la resistencia. Así se sostuvo que "El artículo 239 del Código Penal sólo prohíbe la acción de resistencia a la autoridad, sin que le sea aplicable (por no estar prevista) la agravante por la comisión a mano armada (sí prevista para el delito de atentado a la autoridad), por lo que, para dar cabida al injusto típico, debe recurrirse a dos figuras –la resistencia y el abuso de armas–, que concurren en forma ideal"[83].

b) *Reunión de más de tres personas*

b.1) *Motivos de la agravante*

Como se vio al analizar los antecedentes, el tipo penal en cuestión venía a reemplazar al tipo penal del motín, que ya estaba en el Código Tejedor[84]. El Proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo llevaba el número de personas a cinco, y expresamente afirmaba, en la Exposición de Motivos, que la cifra había sido tomada del Código de Italia[85]. Segovia, en el artículo 320, llevó el número a dos o más personas, el Código de 1906 (art. 257) a más de tres.

Tal como acontece con varias infracciones del Código, la concurrencia de varias personas, en el momento del hecho, da mayor peso a la intimidatoria o fuerza al grupo[86].

Esta segunda circunstancia calificante finca en el mayor poder intimidante derivado de la pluralidad de agentes intervinientes, siendo su razón de ser el mayor poder vulnerante proveniente de la suma de medios coercitivos. Se considera que hay más peligro y más criminalidad en el hecho cometido en esas condiciones[87].

b.2) *La acción*

Se trata del atentado producido contra la autoridad por parte de cuatro o más personas, dirigido contra un funcionario determinado o

[83] CNCCorr., sala 1ª, 15-11-93, "Ferni, Ricardo L.", J. A. 1996-IV, síntesis, p. 74.
[84] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 310.
[85] Exposición de Motivos, p. 199; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. 2, p. 471.
[86] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 310.
[87] MORENO (h), ob. cit., par. 113, p. 124; CREUS, ob. cit., p. 54.

su asistente, sobre quien se trata de ejercer coacción en la forma requerida por la figura básica.

Como bien dice Soler, se trata de un alzamiento colectivo pero sin conmoción pública, sin alarma colectiva, sin trascendencia para el orden común[88].

El elemento objetivo del tipo "reunión" indica que los atentantes deben estar presentes en el lugar y momento del hecho, bastando la agrupación accidental o eventual en aras del objetivo típico: el de atentar en forma conjunta; de tal forma, no se exige plan o concierto previo.

Cada una de las personas reunidas puede haber concurrido para imponer un acto distinto del mismo funcionario. Lo relevante, como ya se dijo, es que ejerzan conjuntamente, en igual tiempo y espacio geográfico, intimidación o fuerza sobre el sujeto paciente.

Tal como lo explicita agudamente Tozzini, la preposición "por" empleada por la ley tiende a dar dinamismo al tipo y señala la necesidad de que "la reunión de más de tres personas" atente contra el funcionario, de modo tal que si, por ejemplo, de los cuatro agentes reunidos uno asumiera un papel pasivo, de simple contemplación, no se daría la forma agravada[89].

En síntesis, es necesario que la pluralidad de agentes tenga como objetivo común la de atentar en contra del funcionario público o la persona que lo asiste, de modo que debe darse el elemento subjetivo en todos, de realizar el tipo objetivo.

Pueden intervenir personas inimputables, pero deben haber entendido el acto, por lo menos subjetivamente. Es más que claro el ejemplo puesto por Molinario y Aguirre Obarrio: "si un médico se presenta con quince orates a exigir una decisión del director del hospital, es evidente que el director sabe que los quince orates lo podrían matar, y por eso pesan en el hecho. Pero si dos madres se presentan amamantando a sus párvulos, aunque sean cuatro las personas, dos no cumplen ese papel"[90].

[88] SOLER, ob. cit., t. V, par. 137, VIII, p. 143.
[89] TOZZINI, ob. cit., p. 63.
[90] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, ps. 310/311.

c) *Funcionario público como autor*

El atentado se agrava cuando el autor es un funcionario público, no importando la categoría, ni la función que desempeñe el agente[91]. En su calidad de órgano de la administración, el funcionario tiene deberes que cumplir, superiores a los que rigen y gravitan sobre los particulares, en tanto le corresponden los que caben para todos los habitantes del territorio y, además, los que contrajo con motivo de las funciones que desempeña.

La calificante obedece, según un grupo de autores, a la lesión que el atentado implica para la administración pública, resultando ésta también ofendida por el quebrantamiento por el autor de su deber funcional de respetarla[92]. En otras palabras, la agravación se funda de modo exclusivo en la calidad que inviste el autor, en la que se origina una obligación reforzada de respeto genérico a los demás órganos del Estado. Soler afirma que a la infracción que constituye el delito se suma el desprecio por la observancia de las normas que garantizan el funcionamiento de los demás órganos del Estado, y que el funcionario debe observar con mayor cuidado que el particular[93].

Siguiendo este razonamiento, el particular que según el caso quede equiparado a funcionario por la aplicación del artículo 240 del Código Penal, no es susceptible de quedar atrapado por este inciso, por una parte, y, por otra, no es necesario que el agente actúe en el ejercicio de sus funciones y abusando de ellas, vale decir, que no es indispensable que haya relación entre la función que se ataca y la que se desempeña. Por lo tanto, agravará el tipo tanto el funcionario policial o juez que quiera imponerle un acto a la autoridad, que tenga que ver con sus funciones, como el autor que es un funcionario de cualquier otra área, que nada tenga que ver con el hecho en sí[94].

Respecto a la actualidad del dolo del autor, vuelve a ser de aplicación lo explicado páginas atrás en torno a la obra de Platzgummer, quien introdujo en el concepto de dolo la idea de coconciencia. En el

[91] CREUS, ob. cit., p. 56; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 166.
[92] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 23.
[93] SOLER, t. V, par. 137, IV.
[94] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 23; CREUS, ob. cit., p. 56.

caso de las condiciones o características del sujeto, existe un coconocimiento actual de su cualidad de funcionario. En este sentido, se puede dar como ejemplo el caso de funcionario público que se apodera de bienes a su cargo, afirmando que éste no necesita pensar que tiene tal o cual calidad; de manera que la coconciencia es la parte de la conciencia a la cual no se recurre de modo explícito, sino que está implícita y el sujeto recurre a ella de modo automático[95D]. Basta, tal como lo indica acertadamente Cerezo Mir, con una conciencia irreflexiva y acompañante[96].

En cuanto a la sanción, el último párrafo del artículo ha previsto, además del aumento en la pena privativa de libertad, la inhabilitación especial por el doble de tiempo del de la condena a prisión que le sea impuesta. Al decir de Moreno, esta sanción es una consecuencia lógica del hecho, pues el funcionario que ataca a la administración, lejos de defenderla, demuestra que carece de condiciones para desempeñar cargos en ella[97].

d) *Poner manos en la autoridad*

Finalmente, el inciso 4° prevé un castigo más severo si el autor pusiere manos en la autoridad. Se trata, como ha observado la doctrina, de una expresión metafórica[98]. La expresión viene de Molinario, al afirmar que era una disposición sobreabundante. Es inaplicable, dice, además, porque la expresión es metafórica, de donde surge que poner manos equivale a actuar con fuerza en el cuerpo. Luego, como una de las acciones del tipo básico es emplear fuerza contra el funcionario, toda fuerza física contra él implicará poner manos, aunque, como dicen Molinario y Aguirre Obarrio, sea a patadas[99]. De este modo, la hipótesis es la siguiente: no se puede imponer la agravante porque se estaría duplicando el papel de la acción. De este modo se estaría violando el *non bis in idem,* debido a esa doble valoración[100].

[95] DONNA, ob. cit., t. II, par. 51, p. 99.
[96] CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* cit., t. II, p. 127.
[97] MORENO (h), ob. cit., par. 113, p. 125.
[98] SOLER, ob. cit., t. V, par. 137.
[99] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 311.
[100] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 312.

Para el resto de la doctrina, la agravante atiende a la mayor significación ofensiva del hecho para la autoridad y su mayor peligro para el sujeto pasivo. Desde el punto de vista de la acción típica, supone el ejercicio de actos de fuerza sobre la persona del funcionario o agente de la autoridad sin que el autor obre a mano armada, sino que la acción consiste en el contacto físico entre el autor y su víctima. Fácticamente, el accionar se reducirá a tomar de los brazos, aplicar algún golpe, empujar, sujetar, etcétera. El hecho de desprenderse por la fuerza entra en consideración en la resistencia. Creus destaca que debe entenderse la agravante en el sentido de un contacto físico directo (sin mediación instrumental, caso que desembocaría en la calificante de uso de armas) entre el autor y el sujeto pasivo por medio del cual aquél ejerce fuerza sobre éste[101].

Desde el ángulo subjetivo, el dolo del autor no debe abarcar la idea de herir o matar al funcionario, por cuanto ello excede los límites de la agravante, para concluir en un concurso entre la figura básica y la de homicidio o lesiones, según el caso. Mas las lesiones levísimas, meras equimosis y rasguños, derivadas en forma inmediata de la energía empleada, quedan absorbidas por la agravante. En cambio otro tipo de lesiones confluyen idealmente con el atentado[102].

Planteadas así las cosas, el problema del tipo agravado consiste en que, en principio, siempre que el autor emplee violencia en contra del funcionario se dará la agravante, no dejando, entonces, resquicio para el tipo penal básico[103]. No es exacta la interpretación de Fontán Balestra, en cuanto afirma que es necesario una fuerza mayor que la normal, dado que éste no es el sentido del texto. La idea es que siempre que el autor pone manos en la autoridad, el tipo se desplaza hacia la agravante, situación que no es cierta dogmáticamente hablando, de modo que no tenemos dudas en afirmar que la agravante, tal como está explicitada, es inaplicable.

[101] CREUS, ob. cit., p. 58, p. 224.
[102] CREUS, ob. cit., p. 61; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, ps. 23/24.
[103] CREUS, ob. cit., p. 59; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 167.

## IV. Resistencia y desobediencia a la autoridad

Artículo 239: "Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal".

### 1. *Resistencia a la autoridad*

#### a) *Bien jurídico*

El bien protegido es la acción libre del funcionario público. La resistencia lesiona el orden de la administración pública, atacando el ejercicio de la libertad funcional, de modo que es la libre acción del funcionario público lo que el tipo penal protege inmediatamente, y mediatamente, el orden de la administración[104]. El legislador quiere resguardar la libertad de acción del funcionario durante el ejercicio de su cometido legal. Se trata, en otros términos, de la protección a la legal actuación del funcionario público, dentro del imperio del Estado, ante la resistencia de la persona. Al delito de resistencia, le corresponde, como opuesto, a la acción ejecutiva del agente, el poder del funcionario de omitir una acción legal propia (BGH, StV, 1983, 278)[105].

#### b) *Tipo objetivo*

##### b.1) *Acción típica*

La acción típica es resistir a un funcionario público, en el ejercicio legítimo de sus funciones, o a la persona que le prestare asistencia, a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal. Consiste en impedir o trabar el ejercicio legítimo de la función, cuando el funcionario ya está actuando, previa decisión[106]. El delito se configura, en este aspecto, cuando hay oposición del sujeto activo a la acción

[104] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 25; CREUS, ob. cit., p. 35.

[105] VON BUBNOFF, Eckhardt, *StGB, Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, 1994, Walter de Gruyter, Berlin-New York, par. 113, II, 2.

[106] CCCorr., sala I, 18-7-95, "Moccioli, Vicente José", c. 44.464; íd., 18-9-90, "Baez, Claudia"; íd., 26-10-92, "Di Leo, Luis Emilio"; íd., 29-10-92, "García, Rubén Víctor".

directa del funcionario público, valiéndose de medios violentos, que se ejerce sobre él, con el fin de impedirle su acción u obligarlo a hacer algo, siempre dentro del ámbito legal. Se trata de la oposición del agente a la acción que ya ejecuta el funcionario, en contra de personas determinadas, que hayan estado en condiciones de percibirla, a través de la actitud asumida por el funcionario y las circunstancias particulares que las condicionen, esto es, en situación que no dé lugar a error[107]. El autor del hecho debe oponerse a la "autoridad", que legítimamente le ordena algo propio de sus funciones[108]. Por ende, un requisito básico es que el autor se resista a la autoridad, que legítimamente le ordena algo propio de sus funciones[109].

Tiene sentido ahora lo ya explicado con respecto a la contemporaneidad entre la violencia y el acto del funcionario, que es lo que esencialmente distingue el delito de resistencia a la autoridad con el de atentado contra la autoridad pública, pues, para que se dé el delito del artículo 237 del Código Penal, no debe haber comenzado el acto funcional, siendo la violencia ejercida, prioritaria al mismo. En otras palabras, antes de que el funcionario tome una resolución, es posible el atentado; después de que la resolución ha sido tomada, sólo la resistencia es posible.

Tal como lo explica Soler, la resistencia comienza cuando la disposición de la autoridad ha pasado de la etapa interna a la de la orden dirigida a alguien, especialmente conminado a cumplirla, según la posición que el destinatario ocupe con respecto al proceso de individualización del mandato jurídico[110].

La resistencia presupone una ejecución actual e inminente de parte de una autoridad que debe hallarse en el ejercicio legítimo de funciones, debido a que la resistencia no se dirige contra la persona, sino en la medida en que ésta es funcionario del Estado. Con esta exigencia de legalidad el tipo penal pone como condición válida que el acto pertenezca a la competencia del sujeto pasivo, que se hayan llenado las

[107] CCCorr., sala I, 23-4-96, "Bordón, Juan Carlos", c. 44.630.
[108] CCCorr., sala I, 14-7-95, "Romero, Rogelio A.", c. 44.463.
[109] CCCorr., sala I, 2-11-94, "Mendoza, Marcelo A.", c. 43.830.
[110] SOLER, ob. cit., par. 137, II, p. 129.

formalidades exigidas por las leyes y reglamentos y, además, que no sea abusivo. En otros términos, se debe reconocer una causa legítima en el actuar del funcionario público, por una parte, y por otra, que el acto sea ejecutado dentro de los límites prescriptos por las leyes y reglamentos o impuestos por la necesidad.

Por lo demás, resulta obvio que no existirá tipicidad objetiva cuando el acto realizado por el funcionario importe un ejercicio sustancialmente ilegítimo de sus funciones, con lo cual se parte de la exigencia de la licitud de la orden[111]. En síntesis, el verbo típico implica la resistencia por vías de hecho a una orden legítima.

La jurisprudencia ha trabajado sobre estos puntos. Así ha sostenido que configura resistencia a la autoridad la actitud de los dirigentes con ascendiente moral y gremial sobre aproximadamente setenta trabajadores, ocupantes del lugar, que de viva voz y con apoyo en la operatividad intimidante del número de los allí reunidos, con hostilidad manifiesta, se opusieron a permitir la carga en camión de la planta afectada por el conflicto de productos del ramo retenidos en cámaras frigoríficas, desobedeciendo de ese modo la resolución adoptada por un juez en "ejercicio legítimo de sus funciones"[112]. También comete el delito de resistencia a la autoridad quien se resiste al arresto intentado por un agente del orden que se hallaba uniformado y ejerciendo una actividad propia de sus funciones[113]. Configura resistencia armada a la orden de la autoridad (art. 239, Cód. Pen.) la acción de quienes, mientras se conducían en un rodado sin chapas patentes, no acataron las señas efectuadas por un policía para que se detuvieran, y se alejaron a mayor velocidad efectuando varios disparos con armas de fuego que impactaron en el patrullero[114]. Debe calificarse como resistencia a la autoridad, en concurso ideal con abuso de armas (que absorbe al de lesiones leves), el accionar de quien impidió la actuación de un policía

[111] CCCorr., sala I, 23-4-96, "Bordón, Juan Carlos", c. 44.630; íd., 17-6-93, "Agüero, Héctor Luis", c. 42.611.

[112] CCCorr. de Mar del Plata, sala III, 7-6-94, "Saravia, A." , c. 36.489.

[113] CFed. de San Martín, sala I, 25-11-92, "Ovelar, Roberto", J. A. 1995-II, síntesis.

[114] TOCr.Fed. N° 5 de Capital Federal, 31-5-95, "Lencina, M. A.", c. 50, J. P. B. A. t. 92, f. 120.

disparando un arma de fuego, con lo que produjo lesiones leves, tras lo cual prosiguió su fuga, que cubrió con otros disparos hacia los agentes policiales[115]. Quien se opuso y obstaculizó en forma violenta (oposición a entrar en el vehículo policial, dando manotazos y puntapiés, a la vez que insultaba al personal) la acción realizada por los empleados policiales, que legítimamente procuraban su traslado –ebrio– a una comisaría, incurre en resistencia a la autoridad[116].

Y que la oposición del imputado –indocumentado– a la requisa practicada por los empleados policiales en su función de identificación de la persona en la calle y su reacción ante su ejecución mediante maniobras bruscas (manotazos) cuando se efectuaba su control físico, ubica su accionar en el delito de resistencia a la autoridad (art. 239, Cód. Pen.)[117]. Configura resistencia a la autoridad el accionar de la imputada que arroja al rostro del policía un gas irritante para impedir su detención[118].

Asimismo, configura el delito de resistencia la conducta del imputado que, tras la negativa verbal y de hecho frente a la decisión de la autoridad de esposarlo, entabló un forcejeo con los agentes del que se derivaron lesiones para un oficial no destinatario del acto, como un tercero que la quiera impedir o trabar, aunque a éste no le afecte dicha orden[119].

Y por último, en cuanto a las lesiones leves causadas al policía, se ha estimado que no pueden ser culposas, sino que concurren idealmente con la resistencia a la autoridad, cuando de autos surge que la procesada dio dos puntapiés y luego mediante una zancadilla hizo caer al mismo, es decir que existió el dolo propio de resistir a la autoridad, teniendo en cuenta que si "el uso de la fuerza trasciende en lesiones, este delito concurre idealmente con la resistencia, ya que el mismo hecho los constituye a ambos"[120].

[115] CCCorr., sala IV, 12-9-94, "Cuevas, J. A.", c. 44.203, J. P. B. A. t. 92, f. 54.
[116] CCISDR, 23-6-94, "Klundt, N.".
[117] CC1SR, 14-3-93, "Zaballo, D.", c. 160/93.
[118] TOCr. N° 6 de Capital Federal, 28-7-93, "Scarpino, M. G.", c. 18.
[119] CFed. de San Martín, sala I, 6-93, "Ledesma, F. A.", c. 3588.
[120] CCCorr., sala VI, 24-10-85, "Salas, M.", c. 12.270.

b.2) *Sujetos*

b.2.1) *Sujeto activo*

No se requiere ninguna calidad especial en el sujeto activo. Por ende, cualquier persona puede serlo, aun un funcionario público; en este sentido, el decreto-ley 17.567 preveía la agravante de la resistencia, en el caso que el autor fuere funcionario público. Tanto puede ser autor el destinatario de la orden como un tercero que quiere impedir o trabar el acto funcional, aunque no esté afectado por dicha orden[121]. En igual sentido se ha expedido la jurisprudencia, siguiendo en esto a la doctrina mayoritaria[122]. Es más, Creus llega a afirmar que se da el tipo de resistencia en los casos en que exista una orden no individualizada, como ser la tala de los árboles de una avenida, caso en el cual si se restringiese el sujeto, sólo al destinatario de la orden, la oposición al hecho resultaría impune[123]. Sin embargo, se ha sostenido que no configura delito de resistencia a la autoridad la negativa de uno de los propietarios de un edificio de departamentos a franquearle la entrada a personal policial, que debía cumplir una orden de allanamiento, pues dicho delito presupone la oposición del interesado, y no de una tercera persona completamente ajena al hecho investigado[124].

b.2.2) *Sujeto pasivo*

El sujeto pasivo es el funcionario público en ejercicio legítimo de sus funciones en el sentido amplio del artículo 77 del Código Penal. Por supuesto que al tratarse del entorpecimiento en la ejecución de un acto legítimo, necesariamente estaremos hablando de un funcionario a cargo de una función ejecutiva, lo que a su vez constituye un distingo respecto del atentado, el cual puede dirigirse a órganos no ejecutivos. En cuanto a los empleados públicos, es suficiente que en el caso concreto se encuentre encomendado de funciones ejecutivas. En este sen-

[121] CREUS, ob. cit., p. 44; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 27.

[122] CCCorr., sala VII, 28-2-92, "Otero, Manuel".

[123] CREUS, ob. cit., p. 45.

[124] CCCorr., sala IV, 23-12-93, "Amaya, A. E.", c. 43.742. Puede ser con fundamento en MILLÁN, *La reforma*, p. 278.

tido la doctrina ha dicho que en contra de un ministro de la Corte Suprema de Justicia podrá haber atentado, pero nunca resistencia[125].

También es sujeto pasivo el tercero que preste ayuda a aquél en virtud de su requerimiento, o en cumplimiento de una obligación legal. Y vale recordar aquí lo ya sostenido, en el sentido de que la ausencia de solicitud por parte del funcionario, así como la inexistencia de un deber jurídico, tornan atípico el comportamiento de quien resiste del particular interviniente[126].

Una interpretación sistemática permite concluir que la incriminación se amplía, con respecto a los sujetos pasivos, en cuanto la ley considera funcionario público a un particular, cuando trate de la captura de un delincuente en flagrancia (art. 240, Cód. Pen.). Es claro que este artículo sólo se refiere a la resistencia, ya que del texto se deduce que el funcionario había decidido la aprehensión, de modo que a estar a la diferenciación con el atentado, éste quedaría fuera de la prescripción legal[127].

c) *El "ejercicio legítimo de las funciones" y el derecho a resistencia*

Ya hemos afirmado que el presupuesto indispensable del delito de resistencia a la autoridad es que debe existir una orden, dado que la actividad de la autoridad debe haber llegado al punto en que se concreta en una disposición ejecutable contra alguien.

Además, la orden debe ser lícita; por ende, para que este extremo se cumpla, el funcionario debe haber actuado dentro de la esfera de su competencia, ya desde el punto de vista material como jurisdiccional.

Planteadas así las cosas, el problema está en si el particular que resiste a una orden ilegítima entra en la justificante del artículo 34, inciso 6°, del Código Penal, por ejemplo, con las consecuencias que ello tiene, ya que la legítima defensa, en principio, no tiene en cuenta la ponderación de bienes[128].

[125] CREUS, ob. cit., p. 45.
[126] CREUS, ob. cit., p. 46; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, ps. 162 y ss.
[127] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 314.
[128] DONNA, *Teoría del delito...* cit., t. 2, par. 56, ps. 137 y ss.

c.1) *Breve análisis histórico y comparativo de las soluciones*

Maggiore había sostenido que el principio de obediencia pasiva e incondicional ha imperado raramente en la historia; a veces, y no siempre, en los períodos de autocracia. Sin hablar del derecho de resistencia colectiva, que tuvo por órganos el Euforado en Esparta y el Tribunado en Roma, es cierto que la resistencia privada fue reconocida como una facultad del ciudadano romano, aun después de la República. Mientras los jurisconsultos proclamaban la máxima que autorizaba al ciudadano a rechazar la violencia con la violencia (*vim vi repellere licet*), los emperadores autorizaban a los contribuyentes de las provincias a resistirse contra las exacciones tributarias y de algunos funcionarios expoliadores. Maggiore recuerda que los tratadistas del siglo pasado se dividieron en dos bandos, los cuales sustentaron dos teorías fundamentales opuestas, que dieron lugar a igual número de escuelas: la autoritaria y la liberal. La primera, patrocinada por Hobbes[129], Filmer de Maistre y Carmignani, sostenía que al depositario del poder público debía obedecerse siempre y en todo, porque la autoridad siempre tiene razón; hay que recordar en este punto lo que Hobbes decía sobre el contrato y cómo el ciudadano, a los efectos de asegurar la paz y evitar la guerra civil, debía entregar todos sus derechos al soberano. En base a esta idea es claro sostener que si el funcionario público se excedía en los límites de sus atribuciones, el ciudadano debía ocurrir ante el superior de aquél a denunciar tales excesos, pero no rebelarse, porque ninguna ilegalidad del funcionario justifica el uso de la fuerza por parte del particular, quien debe ser castigado si ello ocurre.

Gómez de la Serna-Montalbán, Pacheco y Groizard afirmaban que en ningún caso podía haber legítima defensa en contra de una autoridad, porque ellas nunca acometen ilegítimamente en contra de un particular y porque hay otros recursos en contra de los errores y abusos de la autoridad. Y si éstos fracasan, habrá que estar a la presunción legal a favor de la autoridad[130]. Vale la pena transcribir a

[129] DONNA, *Teoría del delito...* cit., t. 1, par. 9, p. 97

[130] LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, p. 267.

Pacheco: "Supongamos que una autoridad abusa de su poder, y que comete con un ciudadano verdaderos atentados. Salta sobre las leyes, huella las garantías, se precipita, en fin, por ese deplorable sendero. ¿Hay aquí, puede haber aquí la agresión que habla el párrafo o número que examinamos, y sería por consecuencia, justificable el acto defensivo que contra ella se empleara?

"A nosotros no se nos habría ocurrido nunca semejante caso. Jamás nos vendría a la imaginación que autorizase la ley vías de hecho para contrastar los preceptos o las acciones de los que gobiernan, de los que administran, de los que ejercen el poder público; pero lo hemos visto, imaginado y propuesto en una obra digna de aprecio y consideración, y no queremos dejarlo de resolver según nuestros principios. Decimos, pues, que de semejante, ni habla ni puede hablar la ley. Decimos que ésta no puede prever actos de resistencia al poder público, sino para condenarlos y penarlos. Decimos que ésa es una condición de la sociedad, que, si faltase, daría con ésta en un abismo sin límites.

"Pero decimos más todavía. La defensa contra el poder no sería nunca legítima y aceptable, porque no puede ser nunca necesaria. Demos por sentado que hubiese la agresión que señala el artículo: nunca, empero, podría haber la necesidad racional de esos actos materiales para impedirla o remediarla. La segunda condición ha de faltar siempre en semejantes casos. No es posible tal necesidad.

"Y la razón de esto es evidente. Contra esos actos de las autoridades la ley tiene establecidos sus medios. Sobre esas autoridades existen otras, para enmendar y reformar sus fallos. Y si se trata de autoridades supremas, de sentencias contra las cuales no haya apelación, es necesario tener presente que en la esfera legal, esas autoridades son infalibles; esas sentencias *pro veritate habentur*.

"Tenemos, pues, razón para rechazar, bajo todos los aspectos, el caso de agresión judicial, o de agresión gubernativa, que se propone. No entra él, a todas luces en la esfera que ha querido trazar la ley en este artículo. No podría nunca entrar, aunque el espíritu necesario del Código no le repeliese. No debe él detenernos un momento, ni ofrecernos ni una sola sombra de duda en la materia que examinamos. La ley habla aquí de cuestiones entre particulares; y en ellas es en

las que admite un derecho precioso, bajo las condiciones que hemos declarado suficientemente más arriba"[131].

En cambio, la situación debía ser distinta en Francia, quizás influida por la orientación que el Derecho Administrativo tiene en ese país. Así, por ejemplo, Garcon y Garaud, sin llegar a proclamar la resistencia pasiva, sostienen que debe presumirse siempre la legitimidad del acto de la autoridad, sin perjuicio de admitir el derecho de resistencia en el caso de que la arbitrariedad e ilegalidad del acto fueren evidentes, como cuando el funcionario no obra dentro de sus atribuciones. De modo semejante en Bélgica afirma Nypels que en una sociedad bien organizada no puede, sin peligro, declararse la legitimidad de la resistencia a los actos ilegales de los funcionarios. La jurisprudencia francesa ha seguido esta orientación, afirmando en principio que la resistencia contra actos ilegales de la autoridad nunca es lícita. Sin embargo en algunos casos la Cour de Cassation ha reconocido la licitud de semejante resistencia cuando los actos de los funcionarios sean tan ilegales que no puedan considerarse como realizados para asegurar el cumplimiento de las leyes establecidos sus medios..."[132]

La segunda posición, que estuvo en su momento representada por autores como Carrara, Romagnosi y Manzini, entre otros, proclamaba, por el contrario, que no era posible admitir la obligación, a cargo de los ciudadanos, de obedecer pasivamente al funcionario público, porque aquéllos son hombres libres y no esclavos; por lo que, si bien están obligados a obedecer las órdenes justas, tienen el derecho de rechazar las injustas, porque están facultados para inspeccionar la conducta del funcionario, que es tal mientras obra dentro de los límites de lo lícito, y se convierte en un ciudadano como cualquier otro si pasa de ellos. Más que en un ciudadano, se convierte en un delincuente el funcionario público que abusa del poder del que es depositario. Carrara dice con vibrantes palabras: "no puedo aceptar esa cruda sentencia de que el principio de autoridad se refuerza mostrando que debe inclinarse la

[131] PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, Edisofer SL, Madrid, 2000, ps. 178/179.

[132] CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho Penal. Parte especial*, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1975, t. II, vol. I, ps. 153/156.

frente ante los funcionarios públicos, aunque cometan abusos. Así se construirá por breves horas el reinado del terror, pero no se afianzará el imperio de la justicia"[133]. Y más anotaba, Carrara, como siempre dentro de la tradición liberal italiana, que desde el punto de vista objetivo no puede decirse que se ha impedido un acto de justicia, sino un abuso de poder, en una palabra, un delito, y desde el punto de vista subjetivo, no hay tal delito de atentado porque el que obra con el fin de evitar un acto injusto no tiene intención de impedir un acto de justicia, así que el delito desaparece. Después de censurar la teoría de la obediencia pasiva, añade que así como el pueblo tiene el derecho de reaccionar contra el soberano cuando se transforma en tirano, así los ciudadanos tienen el derecho de reaccionar contra los funcionarios cuando ejercen actos de tiranía[134].

En España no se tiene una visión diferente del problema, tal como se ha planteado. Ferrer Sama distingue entre el caso en que el atentado se produzca como consecuencia de la actitud arbitraria de la autoridad, agente, o funcionario, y aquel en que se origine independientemente de tal actitud de abuso de funciones públicas. En el primer supuesto, la figura que se nos ofrece es la del ejercicio del derecho de defensa legítima; en el segundo, deberá apreciarse el delito de este apartado, sin perjuicio de la responsabilidad de cualquier orden en que pueda haber incurrido el funcionario. Quintano Ripollés sostiene que la condición personal se pierde en los supuestos de abuso por parte de la autoridad, agente o funcionario cuyo ilícito proceder determina la reacción del ciudadano. De otro modo, la condición personal autoritaria constituiría para quien la ostenta un sentido de odioso privilegio. Para Jaaso, en esta cuestión se destaca el aspecto político e infraestima el técnico. Rodríguez Devesa entiende que es, en orden a las causas de justificación, un caso de legítima defensa que, por algunos, se señala como manifestación del derecho de resistencia. Después de afirmar que el problema se centra sobre el primero de los requisitos de la legítima defensa (agresión ilegítima), entiende que está fuera de toda

[133] CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Temis, Bogotá, 1977; GRISANTI AVELEDO, Hernando y GRISANTI FRANCESCHI, Andrés, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Mobil Libros, Caracas, 1989, ps. 906/908.

[134] En igual sentido se había expresado Pessina.

duda razonable que también un funcionario puede comportarse injustamente en el ejercicio de su cargo, y, por tanto, cabe la agresión injusta cuando su ilícita actividad le lleve a interferir en la esfera de los derechos de los particulares[135].

Finalmente, la doctrina sentada por el tribunal supremo reconoce por regla general que las meras extralimitaciones y excesos de las autoridades y agentes no les hacen perder tal carácter, pero las agresiones ilícitas contra los derechos de los particulares y las violencias innecesarias en el cumplimiento de sus deberes les privan de él, y entonces la fuerza y la resistencia contra ellos no es ilegítima. Doctrina ésta que le parece justa, pues entre los actos de mera extralimitación, entre los actos arbitrarios y los de fuerza y violencia hay gran distancia, y sólo contra éstos es posible la defensa legítima que excluye la ilegitimidad de la resistencia[136].

En Venezuela, Grisanti Aveledo y Grisanti Franceschi[137] afirman que el legislador ha receptado[138] lo que la doctrina ha denominado "derecho de resistencia legal". Es un tema recurrente, expresan, el relativo a si el ciudadano ha de obedecer incondicionalmente las órdenes del funcionario encargado de hacer cumplir la ley o si le es permitido oponerse a tales órdenes cuando quien las da se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones.

En conclusión, afirman que no incurrirá en delito alguno el particular que haga oposición a un funcionario en cualquiera de los casos que antes se indicaron, aunque cuando se valga de violencia o amenaza, si el segundo ha provocado aquella oposición excediendo con actos arbitrarios los límites de sus atribuciones[139].

[135] CUELLO CALON, ob. cit., t. II, vol. I, ps. 153/156.

[136] Ibídem.

[137] GRISANTI AVELEDO y GRISANTI FRANCESCHI, *Manual de Derecho Penal. Parte especial* cit., ps. 906/908.

[138] *N. del A.*: Se refiere al artículo 221 del Código Penal, cuya fórmula reza: "No se aplicarán las penas previstas en los artículos precedentes si el funcionario público ha provocado el hecho, excediendo los límites de sus atribuciones con actos arbitrarios".

[139] GRISANTI AVELEDO y GRISANTI FRANCESCHI, ob. cit., ps. 906/908.

También la doctrina alemana se había encargado de mantener esta posición de posibilidad de defensa, frente al acto arbitrario de la autoridad, ayudada por el texto de la ley, el parágrafo 113[140]. Mayer, por ejemplo, había dicho que sólo es punible la resistencia contra el ejercicio legal de la función pública y que el Estado no puede legítimamente exigir obediencia a los ciudadanos, sino dentro de los límites que el mismo ha trazado; el derecho de resistencia, añade, es un caso de legítima defensa. Análogo es el criterio de Binding. El funcionario, dice Mezger, debe obrar en el ejercicio legítimo de su función, en otro caso cabe contra él legítima defensa. Por eso Mezger ha podido decir que la condición para la aplicación del § 113 (resistencia contra el poder estatal) es que el empleado se encuentre "en el ejercicio legítimo de sus funciones". De lo contrario es admisible la legítima defensa con arreglo al antiguo § 53 del Código Penal alemán. A la legitimidad del ejercicio de las funciones pertenecen, según Schönke y Schröder, la competencia objetiva, la observancia de las formalidades fundamentales y, si se deja la acción a la discreción, la acción acorde con esta discreción prescrita por el deber (elemento subjetivo del tipo)[141].

En la doctrina nacional, Soler afirmaba que no se trata de entregar el ejercicio de la autoridad a la libre apreciación de los particulares, sino de establecer cuándo habrá mérito para condenar, como delincuente, a quien rechazó un acto de autoridad. No se intenta con esto otorgarle un premio al resistente, sino ver qué condiciones deben mediar para imponerle o no una pena. Y la imposición de una pena no puede basarse en el propósito de rendir homenaje perpetuo a la autoridad, incluso la abusiva, sino en la responsabilidad del imputado[142].

[140] El parágrafo 113 afirma: 1) Quien a un funcionario o a un soldado de las fuerzas armadas federales, que tenga como función la ejecución de leyes, decretos, disposiciones judiciales o resoluciones, se oponga con violencia o mediante amenazas de violencia o directamente lo agreda, tendrá de pena privativa de libertad de hasta dos años o pena de multa; 2) [...] 3) El hecho no será punible según este precepto, cuando el acto de servicio no es adecuado a derecho. Esto es válido también en el caso en que el autor suponga erradamente que el acto de servicio es adecuado a derecho. Principalmente BINDING, *Lehrbuch, Bes. Teil*, 1905, p. 751.

[141] MEZGER, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. II, ps. 377/378.

[142] SOLER, ob. cit., t. V, par. 137, VI, ps. 138/139.

Gómez, desde otra posición doctrinaria, había entendido que el principio de la legalidad es la base de la constitución del Estado argentino; los agentes de la autoridad sólo tienen derecho a ser obedecidos cuando obran dentro de los límites de sus atribuciones; fuera de ella dejan de ser tales agentes y se transforman en simples particulares. Es basado en tales principios –afirma– que el Código, en la disposición legal citada y en las subsiguientes, trata de proteger solamente la función pública, y para expresar esa limitación es que emplea los términos citados. El particular tiene derecho a juzgar si el funcionario público le da una orden de las que tiene la facultad de dar, según las atribuciones que la ley le acuerda, si es de aquellas de su competencia; si el funcionario público excede los límites que le marcaba la ley, el particular puede resistir la orden sin incurrir en responsabilidad penal; pero este principio no llega al extremo de que el simple particular pueda juzgar la justicia intrínseca de la orden, porque tal facultad sería constituirlo en juez de los actos de la autoridad, paralizando su actividad e introduciendo, en las relaciones de ésta con el público, el desorden y la anarquía[143].

Más modernamente, Tozzini, por su parte, opina que la resistencia del particular ante el acto abusivo del funcionario resulta impune por atípica, ante la falta de un elemento normativo del tipo sin que sea necesario, por tanto, recurrir a la institución de la legítima defensa, que en ocasiones puede no reunir todos sus requisitos configurativos. El tipo del artículo 238 del Código Penal –léase artículo 239 del Código Penal actual–, al describir el actuar del funcionario, exige que dicho actuar sea "propio del legítimo ejercicio de sus funciones". De aquí se traduce que el Estado no inviste de autoridad a sus funcionarios para el abuso o la arbitrariedad. En consecuencia, la autoridad cesa donde comienza la extralimitación funcional. En otras palabras, la intimidación o fuerza no se practicarían contra un verdadero y propio funcionario, dado que éste ha quedado, por imperio mismo de la ley, y en el caso concreto, desnudado de su calificación por el uso ilegítimo de sus funciones, e imposibilitado, por tanto, para poder ser sujeto pasivo del delito[144].

[143] GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. V, par. 137, ps. 463/464.
[144] TOZZINI, ob. cit., p. 62.

El derecho de resistir dichos actos abusivos ya se hallaba reconocido por el Derecho Romano, y los intérpretes enseñaron la misma doctrina que predomina actualmente entre los autores y en la jurisprudencia de la mayoría de los países[145].

c.2) *Síntesis y recapitulación*

Intentando hacer una síntesis, se puede afirmar que para que la resistencia del autor sea antijurídica es necesario que el funcionario haya actuado jurídicamente. Para que ello suceda la acción del funcionario tiene que tener, como mínimo, los siguientes requisitos: a) que el funcionario actúe dentro de su competencia e imparcialidad; b) la previa exigencia, para el funcionario que examine los títulos que lo habilitan a actuar, como ser la orden de embargo de una cosa, para que compruebe que ellas están de acuerdo a las normas procesales y de fondo. En este sentido, se exige al funcionario un deber de examen objetivo. En consecuencia, su acción será antijurídica si ese examen no se realizó, y la orden era objetivamente antijurídica. El error del funcionario, sobre la autorización jurídica, lleva a que su acción sea antijurídica y la resistencia posible[146]. La orden que pasa de mano en mano no se legitima por ese motivo, sigue siendo ilegítima, y por ende, el particular puede rechazarla. En este orden de ideas, Horn[147] ha sostenido que para que se dé el tipo de la resistencia es necesario que la acción del funcionario sea legítima, para ello debe ser una acción fundamentada en una norma jurídica de las llamadas de intromisión. En igual sentido, Maurach y Zipf, cuando afirman que toda acción que se ejercite conforme a obligaciones especiales y derechos de actuación no será antijurídica, aun cuando ella afecte intereses reconocidos. Frente a un derecho derivado de una situación de necesidad (por ej., según § 904 del BGB –Código Civil alemán–) no cabe legítima defensa. Si el acto ejecutivo estatal es ilícito –así en el caso de la transgresión de la competencia material o de la infracción evidente de las reglas sobre la discrecionalidad por parte del funcionario actuante– también es antijurídico en el sentido del § 32 y permite la

[145] CUELLO CALON, ob. cit., t. II, vol. I, ps. 153/156.
[146] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Walter de Gruyter, 1969, ps. 502/3.

reacción defensiva, aun en el caso de que el sujeto que se opone crea que la acción oficial es lícita[148], aunque en este caso la justificante se pondrá en duda por falta del elemento subjetivo.

De modo que siguiendo a Luzón se puede afirmar que la agresión de la autoridad será antijurídica y cabrá legítima defensa contra ella, si la acción contradice el derecho totalmente y no se basa en absoluto en el ejercicio de las atribuciones o facultades de la autoridad, o bien, si aunque el órgano de la autoridad ejerza sus funciones, lo hace arbitrariamente sin atender los preceptos legales o con abuso de poder, si obra contrario al deber o traspasando los límites de las facultades y atribuciones del cargo, esto es excediéndose al ejercitar los mismos o al cumplir con su deber[149].

La posición que afirma que es posible la legítima defensa frente al acto del funcionario ilegítimo es la que hay que seguir en este punto, ya que el acto de quien se defiende, frente a la agresión ilegítima, sólo tiene correctivo en el artículo 34, inciso 6° del Código Penal. La posición antes reseñada, que acude a la atipicidad, lleva razón sólo en cuanto al delito de resistencia, pero deja sin solucionar el problema de la defensa del autor ante la agresión ilegítima del funcionario. Por eso se podrá ejercer la legítima defensa, cuando el acto del funcionario no sea legítimo y en consecuencia obligatorio, y, dentro de los límites el artículo 34, inciso 6° del Código Penal. Por ende el acto ilegítimo debe hacer comenzado y no haber concluido. Si el particular ataca al funcionario público una vez terminado el acto, con propósito de venganza, no estará amparado por la legítima defensa[150].

Además, es necesario entrar en el análisis de la cuestión en cuanto si son agresiones antijurídicas las actuaciones de los funcionarios, concretamente cuando actúan con vicios de competencia, de forma ma-

[147] HORN, Eckhardt, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, de Hans Joachim Rudolphi, Eckhardt Horn y Samson, Band 2, *Besonderer Teil*, Alfred Metzner Verlag, 1998, comentario al § 113, N° 2.

[148] MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, ob. cit., t. I, par. 26, II, ps. 445/446.

[149] LUZÓN PEÑA, ob. cit., ps. 270/71.

[150] BOLZE, GA, 23, 1875, ps. 389/390. cit. por LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 274; CEREZO MIR, *Delitos de atentado, resistencia y desobediencia*, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, 1982, ps. 224 y ss., en especial ps. 235 y 238.

terialmente contraria a derecho. En este punto Cerezo Mir ha sostenido que si el acto antijurídico es obligatorio, en ese caso no habrá posibilidad de legítima defensa. Ahora bien, ante la pregunta de cuál es el acto obligatorio, Cerezo recurre al Derecho Administrativo. En esta rama se dividen los actos en nulos, anulables e irregulares. Mientras la nulidad tiene como consecuencia que no produce ningún efecto jurídico, el acto anulable es válido hasta tanto no se declare su nulidad, y en el irregular el acto conserva su valor. Pues bien, en contra de los actos anulables e irregulares, no cabe la legítima defensa, ya que son obligatorios[151]. La doctrina alemana ha seguido en parte tal posición, al decir de Luzón, en base a las opiniones de Baldus, Samson y Schönke-Schröder-Lenckner, en tanto no se admite la legítima defensa contra un acto impugnable[152].

Ha hecho notar Luzón que este argumento confunde validez del acto con eficacia. El acto anulable es inválido, aunque eficaz, y no hay duda, en principio, que también contra éstos cabe la legítima defensa. Y más aún si quien ejecuta el acto es el propio funcionario, ya que él sabe de la invalidez del acto como tal.

En síntesis, frente a un acto ilegal, cabe la resistencia, por obra de la legítima defensa, ya que es un caso de agresión ilegítima. El problema será el alcance de la defensa, pero éste es otro tema[153].

La jurisprudencia ha sostenido en el siguiente caso: Dos procesados que opusieron resistencia al arresto llevado a cabo, por el subinspector de la Policía Federal, profiriendo diversos improperios –lesionando el honor de su aprehensor– al tiempo que se negaban a subir al automóvil, lo que llevó al oficial a tomar a la mujer de un brazo y obligarla por la fuerza. Acto seguido, el coprocesado empujó al conductor del automóvil, e intentó arrojarse de él, resistiéndose violentamente, resultando lesionado en su dedo anular el mencionado subinspector. Mientras éste era reducido, la encartada descendió del rodado y le arrancó al oficial la paleta de jerarquía del hombro derecho, rompiéndole los pasadores de la camisa y arrojándoselo al suelo. Asimismo, tomó un par de esposas que allí había y las introdujo en su corpiño, negándose a restituirlas al

[151] CEREZO MIR, *Delitos de atentado*... cit..
[152] LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 280.
[153] DONNA, *Teoría del delito*... cit., t. 2, par. 56, ps. 143 y ss.

sargento. La policía había intervenido legítimamente, en base a la denuncia expresa en contra de ambos imputados, por el apoderamiento de unas ojotas. En cuanto al tipo penal de la resistencia, aceptado que el primer acto policial fue legítimo, no tenían ninguno de los procesados derecho a la legítima defensa, tal como parecía deducirse del escrito defensivo. Es que, tanto el tipo objetivo –la resistencia por vías de hecho a una orden legítima– como el tipo subjetivo –esto es el dolo, el conocimiento y voluntad de no aceptar la orden, agrediendo, lesionando y dañando al personal policial– están probados. De modo que la única alternativa era aducir la legítima defensa. Pero bien es sabido que ella no es posible en contra de un acto legítimo, sustancialmente porque falta el recaudo esencial de este eximente, cual es la agresión ilegítima (art. 34, inc. 6°, Cód. Pen.)[154].

d) *Tipo subjetivo*

El tipo penal de resistencia es doloso y sólo se admite el dolo directo, desde que la consecuencia perseguida por el autor coincide de manera inmediata con el resultado típico.

Desde el aspecto cognoscitivo, el agente debe conocer las circunstancias de hecho del tipo, esto es, tiene que reconocer de modo inequívoco que se encuentra frente a la autoridad, y que ésta emitió una orden legítima, cuya ejecución procura. En cuanto al contenido del saber, por parte del autor, respecto del funcionario estatal, es de aplicación lo señalado al hablar del dolo en el atentado, cuando se habló del conocimiento paralelo del lego. Añadiendo a lo ya expresado, consideramos que es necesario y también suficiente que el autor se haya formado, según el grado de su ilustración y conocimiento en la materia, una representación suficiente acerca del sentido del concepto en la vida social[155]. En torno a la actualidad del conocimiento de este elemento normativo es también de utilidad la idea de coconciencia o saber colateral irreflexivo o acompañante, con arreglo a la cual existe una especie de síntesis psíquica que conduce al agente a incorporar al objeto tanto en su significación como en su sentido, captando así a tales objetos de manera actual.

[154] CNCrim., sala I, 14-7-95, "Romero, Rogelio Aníbal", c. 44.463 (def. corr. 4).
[155] MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, ob. cit., t. I, par. 22, IV, p. 394.

La jurisprudencia ha exigido en general, que la autoridad deba aparecer como tal, de modo que al receptor de la orden le quede claro que es la autoridad pública la que emitió el mandato y, naturalmente, que la orden impartida sea legítima[156]. Al ser la figura dolosa, el agente debe tener conocimiento de la situación típica, con lo que el aspecto cognoscitivo debe abarcar el reconocimiento inequívoco de hallarse frente a la autoridad[157].

En cuanto a la faz volitiva, el dolo requiere la decisión de no aceptar la orden, agrediendo, lesionando y/o dañando a la autoridad, esto es, mediante violencia, con la finalidad de impedir o entorpecer la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio del sujeto pasivo.

La jurisprudencia ha sostenido, en consecuencia, que configura exclusivamente resistencia a la autoridad, lesiones leves y daño, la intervención con un grupo de personas que se resiste a un procedimiento policial, en el curso del cual se intenta arrebatar el arma de fuego del funcionario y desaparece su bastón –además de producírsele lesiones y romperse su uniforme–, si de las pruebas producidas en el debate no resultó que aparecieran notas típicas de sustracción, ni de la pistola, ni del bastón del policía, sino que los actos que tuvieran como centro aquellas armas estaban integrando la finalidad de resistir al policía, para lo cual era inevitable desarmarlo[158].

Frente a un claro y preciso reclamo de un juez en ejercicio de su potestad, si se obtiene como respuesta a la indicación cursada el cuestionamiento acerca de la interpretación de normas legales, y aun cuando a un organismo no le es permitido protestar o debatir la decisión del magistrado sino cumplirla, la actitud, si bien torpe, no alcanza a demostrar una voluntad de resistir o desobedecer, sino la instauración de un debate en desmedro de otros recursos[159]. También se ha afirmado que "Es condición para la existencia del delito de resistencia que ésta sea opuesta al funcionario en el ejercicio legítimo de la función, razón por la que no existirá ilícito tanto cuando el acto no importe desarrollo

[156] CCCorr., sala I, 23-4-96, "Bordón, Juan Carlos", c. 44.630.
[157] CCCorr., sala IV, 12-6-97, "Quiroz, Alfredo", c. 45.511.
[158] TOCr. Nº 2 de Capital Federal, 12-11-92, "Centomo, D.", c. 11.
[159] CCCorr.Fed., sala I, 17-11-94, "Alderete, C.", c. 26.069, J. P. B. A. t. 91, f. 114.

de aquélla como cuando, a pesar de tratarse de una acción funcionalmente posible, ella sea sustancialmente ilegítima. La configuración delictiva exige que la autoridad aparezca como tal, de forma que al receptor de la orden le quede claro que es la autoridad pública la que emitió el mandato. Al ser la figura dolosa, el agente debe tener conocimiento de la situación típica, con lo que el aspecto cognoscitivo debe abarcar el reconocimiento inequívoco de hallarse frente a una autoridad; el elemento de la cognoscibilidad es útil para deducir una conclusión fiable sobre la decisión en contra del bien jurídico; quien conoce todas las circunstancias dañosas y de todos modos actúa, no podrá afirmar que ello no está comprendido dentro del ámbito de su decisión. No ha sido probado el dolo del autor si no existen evidencias que demuestren su conocimiento de la calidad de funcionario detentado por quien intentaba aprehenderlo" (se citó: CNCrim., sala IV, 13-6-96, "Duhour, Antonio y otro", J. A. 1997-II-539)[160].

d.1) *El error de tipo*

En cuanto al error, si el autor duda de si quien le imparte la orden es un funcionario público o no, existirá error, y por ende la acción será atípica. La jurisprudencia ha manejado el tema de manera bastante clara: así ha sostenido que "No se configuró el delito de resistencia a la autoridad (art. 239, Cód. Pen.) si el acto administrativo por el cual se pretendió sancionar a la procesada por resistirse a entrar a una celda de castigo resultó ilegítimo, pues no existió prueba en el proceso que acreditara la iniciación de un sumario interno que diera origen a la sanción, que en principio fue resistida. En este sentido, la acción de aquélla –que creyó estar frente a una sanción injusta– configura un caso de legítima defensa putativa, motivada por un error de prohibición al revés, esencial e insalvable"[161].

"Es descalificable el pronunciamiento que condenó, por resistencia a la autoridad, al imputado sobre la base de que sus antecedentes penales permitían suponer en éste un avezado conocimiento del modo de proceder de los policías y consideró inaceptable que hubiera su-

[160] CNCrim., sala IV (def.), 12-6-97, "Quiroz, Alfredo", c. 45.511.
[161] CNCCorr., sala I, 30-7-93, "Almada, Sandra I.", J. A. 1996-IV, síntesis.

puesto que los funcionarios no identificados como policías, que pretendían detenerlo, fueran maleantes que intentaban robarle"[162]. "El delito de resistencia a la autoridad exige que el autor del hecho se resista a la autoridad que legítimamente le ordena algo propio de sus funciones. Este extremo exige, en consecuencia, que la policía aparezca como tal, esto es, que al receptor de la orden le quede claro que es la autoridad pública la que emitió el mandato. Es que al esgrimir el error en base a que se creyó que era un robo, y al creerse con derecho a defenderse, resulta claro que se debe absolver al procesado, ya que como mínimo se duda sobre un extremo de la imputación. En este caso, sin duda el error es sobre el supuesto de una causal de justificación, con lo que se elimina la culpabilidad"[163].

"Corresponde, por aplicación del principio *favor rei*, aceptar la versión que resulte más beneficiosa para el procesado, si existe absoluta discordancia entre dichos de la autoridad prima facie resistida y los testigos presenciales del hecho, con éste y entre sí.

"La circunstancia de que la autoridad policial se encontraba vestida de civil –hecho así reconocido– no hace sino reforzar, cuando menos, la idea de que las versiones contradictorias se encuentran pacificadas en un equilibrio que sólo puede ceder por aplicación del beneficio de la duda. La actitud del reo de resistirse ante el intento de detención por parte del funcionario, como las lesiones que posteriormente le infringiera a este último, tuvieron vigencia en el ejercicio por parte del primero de los nombrados de la legítima defensa putativa, ante la existencia de una presunta agresión injustificada por parte del funcionario que provocó su reacción"[164].

[162] CSJN, 13-2-96, "Mendoza, Marcelo Adrián s/Atentado y resistencia a la autoridad", causa 1072, t. 319, p. 93 (voto en disidencia).

[163] CNCrim., sala I (def.), 2-11-94, "Mendoza, Marcelo Adrián", c. 43.830 (del voto del Dr. Edgardo Donna, en disidencia).

[164] Sec. Civ., Reg. Nº 237 (int.), 30-11-87, "Pérez, Miguel A. s/Atentado, resistencia a la autoridad y lesiones", c. 105 (existían contradicciones relativas a si el personal policial anunció al procesado su calidad de tal previo a los hechos que originaron el trámite penal. Se absolvió al procesado sobre la base de la doctrina que sienta el fallo).

d.2) *El dolo en relación al elemento normativo "legítimo ejercicio de las funciones"*

La doctrina ha discutido sobre la significación del llamado ejercicio legítimo de las funciones con respecto al dolo del autor. Las palabras empleadas por el texto legal aparecen para un grupo de autores como características del tipo, lo cual tendría como consecuencia, con arreglo al § 59, párrafo 1°, del antiguo Código Penal alemán[165], que éstas deberían estar comprendidas por el dolo del autor y que su creencia en la ilegitimidad del ejercicio de las funciones excluiría el dolo y de alguna manera tendría el beneficio de la legítima defensa putativa[166].

En cambio, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal del Reich (Grd., 193), en atención a una mayor protección de los empleados públicos, la legitimidad del ejercicio de las funciones no estaba considerada como una característica del tipo comprendida por el dolo del autor, sino como una condición objetiva de punibilidad, de modo que el autor no podía invocar la legítima defensa putativa[167].

Tempranamente el Tribunal Federal[168] no consideró la legitimidad de la acción de ejecución como una característica del tipo del § 113, sino tan sólo como una condición de punibilidad, a la cual no es necesario que se extienda el dolo del autor.

La legitimidad del ejercicio de las funciones no es ni una circunstancia del hecho, en el sentido del § 59, ni una condición objetiva de punibilidad, sino un elemento del deber jurídico del autor al que se aplican reglas acerca del error sobre la prohibición. Por consiguiente, para la jurisprudencia serían determinantes los principios establecidos

[165] Parágr. 59: "Si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al contenido legal del hecho o elevan la punibilidad, no le deberán ser imputadas estas circunstancias. En el caso de castigo de acciones cometidas culposamente, esta disposición rige sólo en tanto que la ignorancia misma no sea debido a su culpa" (trad. de Marcelo Finzi y Ricardo Núñez, Córdoba, 1945).

[166] FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Mohr, Tubingen, 1931, ps. 180 y ss.

[167] RGStr. 55, 161 y ss., 166 y 60, 337 y ss., 342.

[168] 4, 161 y ss., 163

por el acuerdo del gran senado en materia penal del Tribunal Federal del 18 de marzo de 1952, con arreglo a los cuales no se responsabiliza por cada "error evitable (*error vincibilis*)", sino que se presupone la comprobación de un no "suficiente esfuerzo de la conciencia" por parte del autor. Tal exclusión de "circunstancias de hecho" jurídicamente destacadas, del § 59, párrafo 1° (que, en realidad, se basa en la contraposición, ya superada, entre *error facti* y *error iuris*), es, frente a la ley –afirma enfáticamente–, una arbitrariedad[169].

El propio Welzel estimaba que la antijuridicidad no se convierte en una circunstancia de hecho porque esté señalada en la ley, la más de las veces de modo superfluo, sino que permanece como valoración del tipo[170]. Lo mismo vale para otras denominaciones lingüísticas de la antijuridicidad, como "sin autorización" o "sin estar autorizado para ello". Éstas no son características del tipo, sino reglas de antijuridicidad, y un error sobre ellas es error de prohibición[171]. Tampoco son circunstancias del hecho las características especiales de la antijuridicidad, esto es, "válidas jurídicamente", "conforme a derecho", "competente", además de "no autorizado" en sentido de "antijurídico", "sin el permiso de la autoridad o bien de la policía", "sin autorización", etcétera. Si el sujeto ignora o duda acerca de la legitimidad de la orden, ello supone una defectuosa valoración jurídica de su parte, siendo aplicable en tal supuesto las reglas del error de prohibición[172].

Otra opinión afirmaba que en el caso de los elementos típicos normativos, el dolo del autor supone básicamente que él acoja el contenido de sentido social del referido elemento en su cuadro de representación (la así llamada "valoración paralela en la esfera de los legos"). Si el autor no alcanza a obtener este conocimiento, básicamente procedería aceptar la existencia de un error de tipo. Sin embargo, es dudoso que tal conclusión sea acertada en todos los casos, puesto que aquí el error puede residir tanto en un conocimiento insuficiente de

[169] MEZGER, ob. cit., t. II, ps. 378/379.

[170] WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte general*, 4a. ed. castellana, trad. de la 11ª ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chille, 1993, p. 198.

[171] WELZEL, ob. cit., p. 198.

[172] Ídem nota anterior.

los hechos cuanto en una defectuosa valoración jurídica[173]. Para ello se propone el siguiente procedimiento. En primer término debe examinarse si el autor ha aprehendido el contenido de sentido social del referido elemento. En modo alguno debe exigirse la correcta subsunción en la ley; ésta es tarea exclusivamente jurídica. Si el autor conoce dicho sentido conforme al entendimiento de los legos, su cuadro de representación corresponde a las exigencias que se plantean al dolo. La problemática del error sólo asoma si el autor no aprehende el contenido de sentido social del correspondiente elemento normativo, según la valoración de los legos. Aquí debe partirse básicamente de un error de tipo. Por excepción, semejante error puede ser tratado como error de prohibición, cuando el autor haya conocido todos los hechos relevantes para la subsunción, y sólo debido a una equivocada valoración jurídica no haya logrado el necesario conocimiento de la significación de la circunstancia y, por ello, desconoció de la materia del ilícito, es decir, cuando haya estrechado el verdadero ámbito normativo. Si, al contrario, el autor incurre en un error similar, en perjuicio propio, no hay tentativa inidónea sino delito imposible[174].

En cuanto al tema de las funciones del juicio de antijuridicidad, se pueden distinguir tres tipos de casos.

El primero de ellos se da cuando las expresiones como "antijurídico", "contrario a derecho", "sin autorización", etcétera, se relacionan con el complejo de la acción del autor. En este caso se trata de elementos del delito y del tipo. El tipo se cumple con la acción y es suficiente que la congruencia del dolo se limite a ella; si no hay congruencia, el error es de tipo. En cambio, si el autor actúa dolosamente, pero ignorando que su conducta es ilícita, sin autorización, etcétera, existirá error de prohibición[175].

[173] MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, ob. cit., t. I, par. 37, II, p. 664.

[174] MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, *ídem nota anterior*. *N. del A.*: Nuestro concepto de delito imposible puede consultarse en nuestra obra *La tentativa* (Belgrano, Buenos Aires, 1996, par. 17, p. 90), en la que señalamos que su esencia se caracteriza porque el autor considera como punible su conducta, la cual es siempre impune desde la perspectiva del ordenamiento jurídico.

[175] MAURACH y otros, ob. cit., t. I, par. 24, II, p. 418.

En el segundo, si la caracterización como "antijurídica" o "ilícita" no se relaciona con el complejo de la acción típica del autor, sino sólo con un elemento del tipo, se tratará de un elemento de este tipo. El error referido a estos elementos constituye un error de tipo[176].

Por último, de estos dos grupos deben distinguirse aquellas amenazas penales en las cuales la expresión "antijurídico" es destacada expresamente tanto como elemento típico cuanto como elemento general del delito[177]. Corresponde aquí hacer las distinciones correspondientes con los criterios suministrados al respecto por los errores de tipo y prohibición.

La distinción, como podrá observarse, se puede tornar vidriosa, en algunos supuestos, pero queda claro que estamos dentro del ámbito del dolo. "No se produce desviación alguna de la línea aquí seguida, cuando la jurisprudencia, en los delitos de funcionarios públicos, se conforma para el dolo, en relación con la calidad de funcionarios, con el conocimiento de las circunstancias que fundamentan materialmente la cualidad de funcionario, sin exigir que el sujeto se califique a sí mismo como funcionario"[178].

e) *Atribuibilidad. Error de prohibición*

Fuera de las eximentes tradicionales que puedan existir como excluyentes de la atribuibilidad, es dable observar reiterados casos jurisprudenciales en los que el agente obra bajo la causal de exclusión denominada legítima defensa putativa, vale decir, en error de prohibición. Ello suele darse cuando la autoridad no se presenta como tal, verbigracia: en el caso de la policía, sin estar uniformados y en un auto civil, situación que se presta a equívocos, pues el sujeto cree que se trata de un robo y repele con vías de hecho. "Es que al esgrimir el error en base a que se creyó que era un robo, y al creerse con derecho a defenderse, resulta claro que se debe absolver al imputado, ya que como mínimo se duda sobre un extremo de la imputación. En este caso, sin duda, el error es sobre el supuesto de una causal de

[176] Ídem nota anterior.
[177] Ibídem.
[178] ROXIN, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 467.

justificación, con lo que se elimina la culpabilidad"[179]. No se configura este ilícito si los imputados creyeron que se trataba de un asalto, toda vez que era de noche, los policías vestían de civil, ingresaron violentamente a la vivienda y sólo expresaron que eran policías una vez dentro de ella[180]. Corresponde absolver a la procesada por resistencia a la autoridad si creyó estar ante la aplicación de una sanción injusta, actuando en situación de defensa putativa[181]. La suposición de la existencia de una norma permisiva, según la opinión mayoritaria, es un error de prohibición[182]. Sin embargo, la discusión reside en cómo tratar la cuestión de la errada suposición de las circunstancias de hecho que dan pie a la eximente. Este caso será designado como justificación putativa, o error en el tipo permisivo, o error sobre los requisitos de la justificación.

Ahora bien, la discusión se ciñe a si se debe regular el caso por los principios del error de prohibición o por los del error de tipo, o como un error sobre el tipo permisivo o un error especial.

La respuesta a este interrogante puede darse, básicamente, desde cuatro posiciones.

La primera de ellas es la teoría de los elementos negativos del tipo. Para esta opinión, el tipo de injusto comprende, al lado de los elementos del tipo, también elementos negativos del injusto, que en el caso de suposición errada hace desaparecer el dolo general. Se sostiene lisa y llanamente la aplicación de las reglas del error de tipo a la justificación putativa[183].

En el otro extremo hallamos la teoría estricta de la culpabilidad. Con el conocimiento de la justificación, la acción del autor tiene un final, una valoración, que quiere realizar, y su representación sobre la situación jurídica en base al Derecho vigente. En esencia, el orden jurídico sólo manda o prohíbe efectos sobre la representación del plan de conducta. Si una justificación se da o no, no depende de la repre-

[179] Ver el voto en disidencia en CCCorr., sala I, 2-11-94, "Mendoza, Marcelo Adrián", c. 43.830.

[180] CFed. de La Plata, sala III, 26-4-94, "Iurato, Miguel", J. A. 1994-IV-3.

[181] CCCorr., sala I, 30-7-93, "Almada, Sandra", J. A. 1995-II, síntesis.

[182] DONNA, ob. cit., t. II, par. 100, p. 290.

[183] Ídem nota anterior, p. 291.

sentación del autor, sino de su real existencia. Se siguen aquí las normas generales del error de prohibición, ya que el dolo abarca sólo a los hechos del tipo penal. En este conglomerado de casos no hay duda de que existe una conducta dolosa y quien actúa creyendo que es atacado y no lo es está convencido de que su conducta no está prohibida y, en consecuencia, esto conlleva afirmar la existencia de un error de prohibición con el resultado ya conocido: si es inevitable se excluirá la culpabilidad, y si es evitable habrá una disminución de ella, siendo facultativo para el juez reducir el *quantum* de la pena[184].

La teoría restringida o limitada de la culpabilidad sostiene una posición análoga a la teoría de los elementos negativos del tipo. Acepta que no es un error de tipo, pero aplica sus reglas. Esto implica que los errores sobre una situación de justificación deben ser considerados como si fueran errores de tipo; mas esto es posible frente al error vencible, ya que el sujeto, frente al error sobre los hechos, no observó el cuidado debido, con lo cual el hecho final se debe a su imprudencia, pero no puede decirse lo mismo si el error es invencible, ya que no hay paralelismo alguno[185].

Por último, encontramos la posición de Dreher, quien une la consideración de la estructura con la consideración del valor y comprende la justificación putativa como una especie diferenciada y, por ende, como un caso no regulado de error de prohibición. Desde el punto de vista estructural se diferencia la justificación putativa del error de prohibición mediante el problema del error de subsunción. También en la proposición permisiva son clasificados o incluidos una norma de derecho y las circunstancias de hecho, el objeto de la voluntad de realización y también el objeto de una cuidadosa realización del acto. El error sobre las circunstancias del hecho muestra una estructura paralela al error sobre las circunstancias del injusto, mientras que el error sobre la existencia de proposición permisiva rechaza la utilización de estructuras del error de prohibición. Con respecto a la falta de una circunstancia de justificación, sólo podría darse un defecto en la falta de cuidado, no pudiéndose comparar este caso con el delito doloso. Se

[184] Ibídem, ps. 291/292.
[185] Ibídem, ps. 292/293.

concluye entonces que una equiparación con el caso del error de tipo es rechazada por esta teoría, debido a las consecuencias que se derivan para la política criminal[186].

f) *Consumación*

Es posible la ejecución de este ilícito desde el inicio de su función ejecutiva por parte del órgano, esto es, del acto mismo encomendado. La resistencia comienza con el primer contacto de la intimidación o fuerza con el destinatario, y es posible durante todo el desarrollo del acto y hasta su culminación.

El delito se consuma con el primer acto de oposición, lo cual implica que el injusto se agota cuando el autor, en conocimiento de que la persona es un funcionario público, dirige contra él una acción de contenido amenazante o emplea fuerza para imposibilitar o para entorpecer la ejecución del acto.

g) *Tentativa*

La tentativa no es posible, ya que en el instante mismo en que se comienza a ejercer violencia o intimidación el delito queda consumado.

Antolisei, para ser coherente con su postura respecto al atentado, afirma que la tentativa es, sin duda, configurable en la resistencia[187], e intenta demostrar su postulado con el ejemplo de quien, en el momento de ser arrestado, procura desarmar al funcionario aprehensor. La posición mayoritaria, en cambio, afirma que el ejemplo no es convincente, pues o el sujeto activo ejerció fuerza y estamos, por tanto, en pleno ámbito de la resistencia, o, al contrario, no efectuó fuerza y es atípico[188].

2. *Desobediencia*

a) *Bien jurídico*

El artículo 239 del Código Penal prevé, además de la resistencia, el delito de desobediencia.

[186] Ibídem, ps. 293/294.
[187] Cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 61.
[188] TOZZINI, ob. cit., p. 61.

El normal desenvolvimiento de la administración se vería seriamente afectado si las órdenes impartidas por los funcionarios pudieran ser desoídas impunemente. No se trata de imponer la obediencia absoluta y silenciosa a los órganos de poder, sino de otorgar un respaldo al ejercicio legítimo de autoridad mediante la amenaza de pena.

Se pretenderá resguardar, de este modo, la irrefragabilidad de los mandatos legítimos de la autoridad, vale decir que mientras estén vigentes se torne ineludible su aplicación[189].

De modo más preciso podemos afirmar que se protege el orden externo impuesto por la conducción administrativa del Estado[190].

b) *Tipo objetivo*

b.1) *Acción típica*

b.1.1) *Carácter del delito*

La acción típica es desobedecer a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

Por ello, en principio, se hace una conceptualización negativa, en el sentido de que es el no acatamiento a la orden impartida jurídicamente por un funcionario[191].

Al decir, entonces, que la desobediencia consiste en negarse a cumplir una orden legítima de un funcionario público, se entra en la cuestión de si el delito es simplemente un delito de omisión. De este parecer era Campos, habida cuenta que la norma exigía que el destinatario debía actuar, para no cumplir con el tipo penal[192]. En cambio, Creus ha sostenido que si bien esta perspectiva es cierta, hay casos en los cuales, si el funcionario dispone un no hacer, y la persona realiza la acción, estaríamos frente a un delito de omisión impropia, ya que se violaría un mandato mediante una conducta positiva[193].

[189] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 27.
[190] CREUS, ob. cit., p. 62.
[191] Ídem nota anterior.
[192] CAMPOS, *Delitos de desobediencia*, R. D. P. C., N° 2, abril-mayo 1969, p. 244.
[193] CREUS, ob. cit., p. 63.

b.1.2) *Elementos del tipo objetivo*

En principio se trata de un delito en donde no hay una acción del autor en contra del funcionario, sino que es, en principio, una omisión. Se caracteriza por la falta de acción, por la falta de violencia por parte del que recibe una orden emanada del funcionario público, limitándose a no cumplirla. Y aun cuando manifieste categóricamente su intención de no acatar y a ello se limite su voluntad de no obedecer, se mantiene en el terreno de la desobediencia, sin llegar al de la resistencia. La actitud adoptada por el acusado de negarse a exhibir la documentación que le requería personal policial por haber violado una reglamentación de tránsito en la conducción de su vehículo es una clara omisión de hacer frente a una orden recibida en forma directa de parte de un funcionario que está actuando dentro del marco legal de sus atribuciones[194].

b.1.3) *El destinatario*

Al igual que en la resistencia, sin orden ni destinatario no hay desobediencia. Pero hay que aclarar que la orden debe ser incumplida por el autor del delito[195].

El concepto "orden" incluido en la figura del artículo 239 del Código Penal es un mandamiento, oral u escrito, que se da directamente a una persona, aunque no necesariamente en persona, por parte de un funcionario público, para que se haga algo o se deje de hacer algo[196]. Por ende, serán órdenes las que lleven a efectivizar la disposición de una autoridad. No debe ser considerada una orden la resolución judicial, cualquiera fuere la forma, esto es auto, decreto o sentencia, aunque sí lo deben ser los mandamientos que tienen como fin el cumplimiento de la sentencia[197]. Creus ha planteado el tema criticando una sentencia de la Cámara del Crimen, en la cual se afirmaba que incurría en desobediencia quien violaba una sentencia judicial por la cual se le ordenaba abstenerse de una determinada conducta[198]. El argumento cen-

[194] CCCorr., sala I, 29-10-92, "García, Rubén", c. 42.612.
[195] CREUS, ob. cit., p. 63.
[196] CREUS, ob. cit., p. 63; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 27.
[197] CREUS, ob. cit., p. 63.
[198] CCCorr., sala IV, 24-8-76, J. A. 1977-II-217.

tral de Creus es que son los mandamientos los que tienden a efectivizar una disposición de una autoridad, por lo que ésta, en sí, no es una orden[199]. Por eso Núñez sostiene que es desobediencia la orden de abandonar el país, pero no lo es la violación de la inhabilitación, ni tampoco la desatención de un agente de tránsito, porque la sanción impuesta para ese caso es una contravención dispuesta por ley especial[200].

Tampoco será desobediencia una orden referida a intereses personales de las partes, es decir que resultan ajenas a tal significación las obligaciones de carácter personal con repercusiones de estricto Derecho Civil[201].

Una orden (mandamiento escrito o verbal, dado directamente, en el ejercicio legítimo de funciones, aunque no necesariamente de presencia) supone un destinatario o destinatarios determinados. Por eso la jurisprudencia ha sostenido que no se configura el delito de desobediencia si la cédula librada al administrador, gerente o representante de la firma que debía cumplir la orden de retener el sueldo a un empleado, fue dirigida genéricamente, sin individualización de la persona responsable y tramitada no directamente ante ella, sino ante una tercera persona, ya que para que se configure el delito citado la orden, mandato o intimidación debe ser dirigida a persona determinada[202].

Siguiendo estos parámetros, la jurisprudencia afirmó que, no obstante, no hay que caer en la confusión de considerar orden a la simple imposición de un hacer, no hacer, o dar, fijado en una sentencia. Por ejemplo: no satisfacer la cuota alimentaria establecida por un juez no es desobedecer, simplemente es no cumplir[203]. Menos aún si la notificación no lo ha sido de manera personal, aunque seguimos con la idea antes dicha, con respecto a la sentencia, por lo que es acertado el fallo que afirma que corresponde absolver por el delito de desobediencia si no se probó que el procesado haya sido personalmente notificado de la manda judicial de restituir a los menores, pues la inob-

199 CREUS, ob. cit., p. 62.
200 NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 27, nota 30.
201 CCCorr.Fed., sala I, 13-2-95, "Saiegh, R. H.", c. 9483, J. P. B. A. t. 95, f. 99.
202 CCCorr., sala II, 30-7-87, "Irazabal, Ana", c. 32.743.
203 LAJE ANAYA, ob. cit., par. 26, p. 25.

servancia general al régimen de visitas instituido por la justicia civil no es conducta atrapada en la descripción del artículo 239 del texto sustantivo aplicable[204].

No se configura el tipo, si el incumplimiento de la orden tiene previsto una sanción especial. Las sanciones especiales (civiles) que jurisprudencialmente motivaron el desplazamiento del tipo penal de la desobediencia no producen tal efecto cuando la condena de contenido pecuniario se impone al organismo vencido en la litis y no a los funcionarios eventualmente responsables, es decir a las personas físicas a las que es posible atribuir responsabilidad de naturaleza penal[205].

En síntesis, se puede afirmar que el acatamiento que se impone es a las órdenes dadas por la autoridad en función de tales, con repercusiones administrativas, y no aquellas que constituyen obligaciones de carácter personal, con repercusiones en el Derecho Civil. No hay, como bien dice Creus, violación al bien jurídico[206].

Soler ha sido bastante claro sobre el punto, al decir que para no acordar una extensión desmedida al tipo de la desobediencia es necesario ser exigentes acerca de la concreción de la orden con respecto a cada destinatario, la clara conminación de ella y la exigencia de un deber jurídico positivo de acatamiento. Por eso, y esto es claro, afirma que no pagar, cuando el juez ordenó pagar del propio peculio, no es desobediencia; pero a la inversa, pagar cuando mandó no hacerlo (embargo), es desobediencia[207]. Por ende, acierta cuando afirma que la desobediencia debe dirigirse al funcionario e importa el incumplimiento de una orden. Si no existe esta relación inmediata, no necesariamente de presencia, entre un funcionario, una orden y un destinatario, no hay desobediencia[208].

De todas formas, los fallos, como se verá, no son claros en este sentido. Es dudoso, entonces, si las sanciones especiales previstas por el artículo 11 de la ley 23.473 desplazan la aplicación de las contenidas en el artículo 239 del Código Penal, en tanto las condenas de carácter

[204] CCCorr., sala I, 28-6-94, "Idachkin, J. O.", c. 43.400.
[205] CCCorr.Fed., sala I, 16-2-95, "Rodríguez, H.", c. 26.119, J. P. B. A. t. 92, f. 92.
[206] CREUS, ob. cit., t. VII, p. 64.
[207] SOLER, ob. cit., par. 137.
[208] SOLER, ob. cit., t. V, par. 137.

pecuniario se imponen a un organismo vencido en la litis y no a sus funcionarios, a quienes, eventualmente, es posible atribuir responsabilidad de carácter penal[209]. La existencia de sanciones específicas por el incumplimiento de una aseguradora a una orden de suspensión de actividades impartida por la Superintendencia de Seguros no desplaza la aplicación del tipo penal de desobediencia, ya que aquellas sanciones se imponen a un ente en carácter de persona de existencia ideal y no a las personas a quienes es posible atribuir responsabilidad de carácter penal[210]. La orden impartida por autoridad judicial que tiene prevista una sanción especial no es subsumida por el tipo de la desobediencia[211]. Se afirmó, además, que configura el delito de desobediencia la omisión deliberada del procesado de no publicar el contenido de su retractación en un periódico, desde que aquélla significó el incumplimiento de la orden legítima impartida por la autoridad judicial en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, materializada en la audiencia de conciliación que se llevó a cabo en el juzgado correccional, donde se lo querelló por las ofensas publicadas[212]; "sin embargo en este caso, la cuestión es más clara aún, ya que en dicha causa, la sanción no era ni siquiera penal, sino reparatoria, equivalente a la indemnización de daños y perjuicios, para lo cual el artículo 567 del CPMP remite al CPCCN, de modo que puede incriminarse la conducta de quien no cumple con la publicación, cuando la parte querellante puede hacerlo a su costa, y luego obtener la acción civil"[213].

No configura el delito de desobediencia el no acatamiento a la orden de detención. En efecto, la autoeximición no es punible. Si el que ya está detenido puede fugarse impunemente, siempre que lo realice sin medios violentos, a fortiori, es también impune el que aún no ha sido capturado[214]. No constituye desobediencia la acción del sujeto

[209] CCCorr.Fed., sala II, 20-3-95, "Gago, J. R.", c. 10.659, J. P. B. A. t. 92, f. 93.

[210] CCCorr.Fed., sala II, 16-2-95, "Superint. de Seg. de la Nac.", c. 10.983, J. P. B. A. t. 92, f. 94.

[211] CCCorr., sala II, 23-4-85, "Agopian, H.", c. 29.735; ídem, 25-7-80, "Lafuente, E. J.", c. 24.338; íd., 4-12-84, "Botbol de Cabuli", c. 29.135.

[212] CCCorr., sala I, 9-10-90, "Canedo, Alfredo Manuel", c. 37.563.

[213] Así se votó en la disidencia del fallo antes expuesto.

[214] SOLER, ob. cit., par. 137, X, p. 149.

que no acató la orden policial de detener la marcha del automóvil que conducía[215]. La falta de acatamiento no violento a la orden de detención resulta impune en la misma medida en que la autoeximición no violenta de quien se halla legalmente detenido no constituye delito[216].

b.2) *Sujetos*

Autor sólo puede ser aquel que desobedece la orden, o sea el que es destinatario de una orden, aun un funcionario público, salvo que sea dentro de una relación funcional jerárquica, ya que en ese caso tendrá sanciones propias. El habilitado de una repartición que no cumple con la orden judicial de depositar una cuota de alimentos cometerá este delito, pero en cambio no entrará en la órbita de la desobediencia si no cumple la orden de un ministro[217].

Es un delito de propia mano, debido a que el tipo delictivo está reglado de tal modo que sólo pueden ser autores quienes estén en condiciones de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida[218]. A raíz de ello es que el ámbito de quienes pueden ser autores de este delito esté limitado. Predomina el desvalor de acción que el sujeto desarrolla, siendo palmariamente un delito de actividad.

Es una categoría de delito en los cuales el injusto determinante no es la producción de un resultado, controlada por un actuar final, sino la ejecución corporal de un acto reprobable como tal; el acto como tal es incorrecto o reprobable desde un punto de vista ético-social[219].

Sujeto pasivo es el que titulariza el dominio del bien jurídico; es el funcionario público que actúa en legítimo ejercicio de sus funciones. Es también la persona que le prestare asistencia a su requerimiento o en virtud de una obligación legal.

[215] CCCorr., sala IV, 18-8-87, "Lavalle, Sergio", c. 32.843.

[216] TOCr.Fed. N° 2 de La Plata, 7-7-95, "Vega, P. J.", c. 59/95, J. P. B. A. t. 93, f. 133.

[217] CREUS, ob. cit., p. 69.

[218] DONNA, ob. cit., t. II, p. 84.

[219] WELZEL, ob. cit., p. 128.

c) *Tipo subjetivo*

La desobediencia es un delito doloso, por lo que se aplican todos los conceptos vertidos en oportunidad de tratar el dolo en el delito de resistencia.

No resulta suficiente para configurar el delito de desobediencia a la autoridad que se acredite que la notificación ha sido practicada, sino que es preciso que de ella haya tenido conocimiento el imputado a su debido tiempo[220]. El desconocimiento de alguna de las circunstancias de hecho referentes a los elementos del tipo objetivo configura un error de tipo que, evitable o no, elimina la tipicidad subjetiva.

Por eso la jurisprudencia ha podido decir que no configura desobediencia la conducta de un policía, de escasa antigüedad en la fuerza policial, que se niega a brindar información a un juez, ya que pudo haberse configurado una situación de error[221].

d) *Atribuibilidad. Error de prohibición*

Son admisibles casos en los cuales al autor del hecho antijurídico le falta la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta, de manera segura o condicionada.

No obstante hallarse comprobado que el procesado omitió cumplir la orden de un funcionario público –juez– y que estuvo anoticiado, en las dos oportunidades en que el magistrado le pidió informes, del deber que le había sido impuesto en dicho sentido, no puede ser responsabilizado por el delito de desobediencia, por existir dudas acerca de la existencia de un error de prohibición, ya que como síndico de una sociedad creyó que sólo debía informar a los accionistas[222].

e) *Consumación y tentativa*

Es un delito instantáneo que se consuma con el acto material de hacer caso omiso a la orden existente o cuando, teniendo un plazo

[220] CCCFed., sala II, 23-6-94, "Guillaume, N.", c. 10.974.

[221] CFed. de Rosario, sala A, 30-10-93, "Scabuso, F.", c. 56.166, J. P. B. A. t. 91, f. 165.

[222] CCCorr., sala V, 17-10-85, "D'Osvaldo, H.", c. 18.706.

para su observancia, éste ha vencido. Ahora bien, no debe atenderse únicamente al vencimiento del plazo para considerar configurado el ilícito, por cuanto esto es incompatible con un Derecho Penal de culpabilidad.

Dada esta caracterización del delito de desobediencia, no parece posible la tentativa.

f) *La jurisprudencia y el delito de desobediencia*

Conviene, atento a la amplitud del tema, dar una visión de la jurisprudencia sobre el delito de desobediencia.

1. "No es suficiente para acreditar el delito de desobediencia a la autoridad acreditar que la notificación fue practicada, sino que es necesario que de ella haya tenido conocimiento el imputado a su debido tiempo"[223].

2. "No cualquier incumplimiento cae bajo la sanción del Código Penal, artículo 239, pues una cosa es violar el deber jurídico y otra desobedecer al funcionario. En el caso que nos ocupa media una orden concreta y directa, emanada de la autoridad competente y debidamente comunicada al causante, que es conscientemente desobedecida, generando la responsabilidad penal que se le reprocha al procesado"[224].

3. "a) Constituye el delito de desobediencia la acción del procesado que no cumplió la orden de un juez, quien le intimó para que aportara la lista de los choferes que trabajan en su empresa, habiendo reconocido el justiciable que recibió la cédula correspondiente, sin que tenga relevancia alguna el error en la mención del artículo del Código Penal referente al delito de desobediencia vigente en la época del hecho (art. 240 en vez del art. 239), dado que se trata de una cita legal inherente al conocimiento del derecho, que se reputa por todos conocido[225]. b) En el caso, a la orden legítima de actuar se sumó el conocimiento directo por parte del destinatario de dicha orden y el incumplimiento posterior de

[223] CNCCorr.Fed., 11-8-94, "Paláez, Enrique", J. A. 1996-IV, síntesis.

[224] CFed. de La Plata, Sala Penal III, 19-10-92, "Fedak, Julio s/Desobediencia", expte. 13.307, libro 57, fo. 42/43. Doctor Garro.

[225] Del voto de la Dra. Catucci.

ese mandato consumó el delito de desobediencia, cuya norma manda obedecer la orden legítimamente impartida y recibida"[226-227].

4. "Frente a un claro y preciso reclamo de un juez en ejercicio de su potestad, si se obtiene como respuesta un cuestionamiento acerca de la interpretación de normas legales y aun cuando a un organismo no le es permitido protestar o rebatir la decisión del magistrado sino cumplirla, tal actitud no alcanza a demostrar una voluntad de resistir o desobedecer, sino la instauración de un debate en desmedro de otros recursos"[228].

5. "La actitud adoptada por el acusado de negarse, con palabras soeces, a exhibir la documentación que le requería personal policial, por haber violado una reglamentación de tránsito en la conducción de su vehículo, podrá catalogarse cómo de suma guaranguería, pero nunca de ofensiva al honor o decoro del funcionario, como para configurar el delito de desacato (art. 244, Cód. Pen. –derogado por la ley 24.198–), sin perjuicio de que tal conducta insociable represente una desobediencia (art. 239, Cód. Pen.), esto es, una clara omisión de hacer ante una orden recibida en forma directa de parte de quien está actuando dentro del marco legal de sus atribuciones"[229].

6. "Como bien dice Soler refiriéndose al tema de la desobediencia, que de eso se trata en los presentes, 'merece consideración separada la desobediencia consistente en el no acatamiento a la orden de detención que es impune en la medida en que lo es toda fuga, artículo 280. Esta disposición se refiere a todo detenido y para castigar la fuga la ley exige violencia en las personas o fuerza en las cosas' (Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, t. V, par. 137, X). En el caso, los testigos son contestes en que el procesado, cuando es llamado por su nombre, se empieza a ir y es cuando –y ésta es la parte de los hechos que favorece al procesado– la policía lo toma por la espalda, lo tira al piso, en donde el detenido se golpea con un macetero. De manera que en este punto, y tal como están probados los hechos,

[226] Del voto del Dr. Tozzini.

[227] CNCrim., sala V, Corr. "G", Sec. 51., 4-6-86, "Pizzarelli, Osvaldo A.", c. 19.434, *Boletín de Jurisprudencia*, Nº 2, abril-mayo-junio 1986, p. 498.

[228] CNCCorr.Fed., sala I, 17-11-94, "Alderete, Carlos", J. A. 1996-IV, síntesis.

[229] CNCCorr., sala I, 29-10-92, "García, Rubén V.", J. A. 1996 IV, síntesis.

existe un cono de sombra y con ello una duda razonable, en cuanto a la acción constitutiva del delito de resistencia y por ende sólo queda el tipo penal de desobediencia sobre el cual rige lo antes dicho"[230].

*Casos en que la jurisprudencia ha mantenido una posición dubitativa sobre la configuración del delito*

"1) Configura el delito de desobediencia la omisión deliberada del procesado de publicar el contenido de su retractación en un periódico, desde que aquélla significó el incumplimiento de la orden legítima impartida por la autoridad judicial en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, materializada en la audiencia de conciliación que se llevó a cabo en el juzgado correccional donde se lo querelló por las ofensas que publicó en un diario.

"2) La existencia o posibilidad de seguir una vía procesal indirecta para ejecutar aquello que no ejecuta el destinatario directo de esa orden no altera la esencia delictual de la omisión deliberada a dar cumplimiento a la orden legítima.

"3) En tanto la condena a indemnizar o pagar costas, aunque esté estructurada como una resolución ordenatoria, configura una declaración o constitución de un derecho a favor del demandante o vencedor, la orden judicial es un específico mandato y prevención para que se haga una cosa[231].

"*Disidencia del doctor Donna*: La previsión del artículo 114 del Código Penal no es una sanción penal, sino reparatoria, equivalente a la indemnización de daños y perjuicios, para lo cual el artículo 567 del CPMP remite al Código Procesal Civil y Comercial. Consecuentemente, no puede incriminarse la conducta de quien no cumple con la publicación, cuando la parte querellante puede hacerlo a su costa, y luego ejercer la acción civil"[232].

[230] CNCrim., sala I, 27-8-92, "Maciel, Juan C.", c. 31.202, Juzg. "U", Secr. 27, Defens. 3ª.

[231] Del voto del Dr. Rivarola.

[232] CNCrim., sala I, Corr., 9-10-90, "Canedo, Alfredo Man", c. 37.563, Corr. "I", Secr. 63, *Boletín de Jurisprudencia*, 1990, Nº 6.

*Casos en que no se configura el delito de desobediencia*

1. "La simple desobediencia a la orden de detención escapa al reproche penal"[233].

2. "No se tipifica el delito de desobediencia si el incumplimiento a la orden impartida tiene una sanción especial"[234].

3. "No puede configurarse el delito de desobediencia, tipificado en el artículo 239 del Código Penal, cuando ha existido un accionar que excede la mera omisión del acatamiento de la orden impartida"[235].

*Desobediencia: tipicidad objetiva*

1. "No existe desobediencia a la autoridad si falta la prueba de la existencia del conocimiento personal de la orden incumplida. Resulta insuficiente para su configuración acreditar que la notificación ha sido practicada; es preciso que de ella haya tenido conocimiento a su debido tiempo el imputado, pues para la concurrencia de dicho delito resulta necesaria la existencia de una orden clara y concreta, destinada a persona o individuos determinados, requisito que a más de establecer el momento de la acción típica en una circunstancia posterior a la de la materialización de la orden, conlleva la exigencia de ser conocida por quien es objeto de la misma" (se citó: CNCrim., sala II, 25-7-80, "Lafuente, J. E.", c. 24.338; íd., 30-7-87, "Irazabal, Ana M.", c. 32.743; sala III, 8-8-69, "Fiordalisi de Otero, H.", y CNCCorr.Fed., sala II, 1-3-91, "F. N. I. A. s/Denuncia Cód. Pen., art. 239", J. A. 1991-III-494)[236].

2. "Para que se perfeccione el delito de desobediencia, las notificaciones que contienen mandatos o intimaciones judiciales, deben practicarse directamente al destinatario. Si de ninguna de las diligencias practicadas en autos resulta tal conocimiento, no puede hablarse de notificación personal.

[233] CCCorr. de Morón, sala II, 29-8-95, "Pérez, Carlos J. y otro", J. A. 1996-IV, síntesis, p. 74.

[234] CNCCorr., sala 2ª, 4-12-84, *Boletín de Jurisprudencia de la CCCorr.*, 1984, Nº 4, p. 52.

[235] CNCCorr., sala I, 23-4-96, "Bordón, Juan Carlos", c. 44.630, def. W/3.

[236] CNCrim., sala IV (def.), 5-6-97, "Devries, Osvaldo", c. 45.487.

"Por otra parte, no todas las resoluciones judiciales no acatadas derivan en desobediencia a la autoridad. Los decretos y resoluciones impulsores del procedimiento, consecuentes con los pedidos de las partes dentro de la naturaleza dispositiva del juicio civil, sólo aparejan responsabilidad por las costas, o las sanciones establecidas en el artículo 37 del CPCC. Es decir, si existen dentro del ordenamiento procesal civil sanciones determinadas para lograr la progresión de los actos de procedimiento, no se puede considerar a las desobediencias de orden formal que dan origen a tales sanciones como configurativas del delito de desobediencia"[237].

3. "El delito de desobediencia no se tipifica cuando el incumplimiento de una orden impartida por la autoridad judicial tiene prevista una sanción especial.

"Y en el caso de autos, a pesar de que el demandado por alimentos en sede civil, debidamente notificado, no depositó en dicho juicio y en el plazo fijado la suma de la que había sido designado depositario en el expediente de divorcio, dicha conducta no encuadra en la norma del artículo 239 del Código Penal, habida cuenta de que el artículo 37 del CPCC, establece que los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos y esas disposiciones conminatorias contenidas en el ordenamiento procesal específico constituyen la sanción especial referida, que desplaza la adecuación típica del proceder impugnado"[238].

*Desobediencia: tipo subjetivo*

"1) No existe desobediencia si falta la prueba de la existencia del conocimiento personal de la orden incumplida, ya que no surge que la querellada haya sido notificada de la resolución del señor juez en lo civil sobre el régimen de visitas.

[237] CNCrim., sala IV, Corr., 13-3-81, "Chaperos de Karozis", c. 25.350, *Boletín de Jurisprudencia*, 1981, entrega 4, p. 66.

[238] CNCrim., sala II, Corr., 23-4-85, "Agopian, H.", c. 29.735, *Boletín de Jurisprudencia*, 1985, N° 2, p. 112.

"2) El delito en cuestión es doloso, consumándose instantáneamente con la negativa de acatar la orden legítimamente impartida y obrando el agente con plena conciencia del acto. O sea que el elemento subjetivo reside en el conocimiento y voluntad de no responder con la conducta exigida por el requerimiento de la autoridad, lo que no ocurrió en autos, dado que la niña rompió en llanto cuando estaba por verificarse la entrega y tomándose de su madre expresaba su negativa a irse con su padre, verificación que no acredita la desobediencia imputada ni el dolo exigible para su consumación.

"3) Si bien la actitud de la niña pudo obedecer a la influencia de la madre, quien tras el escudo de la impúber tal vez ejecutó la conducta delictual que se endilga, esto es sólo conjetura que no pasa de ser tal, inidónea para sustentar un juicio de condena, quedando la verificación de su ocurrencia en el terreno de la duda insuperable.

"4) El delito de desobediencia exige que el incumplimiento a la orden legítima no tenga una sanción especial, lo que no ocurre en autos, ya que el artículo 57 de la ley procesal civil y comercial dispone que los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, lo cual sustituiría la norma específica aplicable al supuesto de esta causa, que desplazaría de esa forma la adecuación típica de la conducta enjuiciada"[239].

*Desobediencia: consumación*

"La desobediencia a la cual se refiere el tipo del artículo 239 del Código sustantivo ha sido definida como un modo de resistencia menor en el que no se utiliza intimidación o fuerza y que se halla constituida por el incumplimiento de una orden. Para la consumación del aludido delito resulta necesaria la existencia de una orden clara y concreta, destinada a una persona o individuos determinados, requisito que a más de establecer el momento de la acción típica en una circunstancia posterior a la de la materialización de la orden, conlleva la exigencia de ser conocida por quien es objeto de la misma. En este último sentido,

[239] CNCrim., sala II, Correc., 25-7-80, "Lafuente, J. E.", c. 24.338. *Boletín de Jurisprudencia*, año 1980, entrega X, p. 216 (se absolvió a la procesada por el delito de desobediencia).

debe decirse que no resulta suficiente para configurar el delito de desobediencia a la autoridad que se acredite que la notificación ha sido practicada, sino que es preciso que de ella haya tenido conocimiento el imputado a su debido tiempo"[240].

## V. La equiparación del particular al funcionario

Artículo 240: "Para los efectos de los dos artículos precedentes, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito".

### 1. *Antecedentes*

El artículo viene del proyecto de 1906, que en el artículo 258 se refería a los dos artículos precedentes, esto es, el atentado agravado y la resistencia. De manera que, tal como lo han puesto de resalto Molinario y Aguirre Obarrio, no está comprendido el atentado simple. Pero estos autores van más allá al sostener que, "tratándose de un particular que trata de aprehender a un delincuente flagrante, el particular ya tomó la decisión y, por eso, solamente se refiere al artículo 239"[241].

### 2. *Análisis de la disposición*

En principio, sólo las personas que ejercen autoridad pueden tomar medidas contra los que infringen las leyes de orden público y en ejercicio del mandato con el que han sido investidas. Mas el ordenamiento también dota al hombre común, en su faceta civil, del derecho de actuar sobre el delincuente, como si fuera la autoridad misma, en cuanto se refiere a asegurarlo y someterlo a los jueces, o entregarlo a quien corresponda. Vale decir que el particular no tiene, al igual que el funcionario, el deber del procedimiento, pero está autorizado a ejercitarlo, en casos especiales, tal como se verá.

La equiparación encuentra su fundamento en la circunstancia de la participación de un *extraneus*, quien ayuda a amparar al bien jurídico tutelado, con lo que el ámbito de protección queda mejor salvaguardado.

[240] CCCFed., sala II, 1-3-91, "F. N. I. A. s/Denuncia art. 139, Cód. Pen.", c. 7142, *Boletín de Jurisprudencia*, 1991, p. 49.

[241] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 314.

De tal forma, y en virtud de esta cláusula, el individuo que trate de aprehender o hubiere aprehendido a otra persona en flagrante delito queda asimilado al funcionario en cuanto a la calidad de sujeto pasivo de los delitos de atentado y resistencia. La jurisprudencia, en consecuencia, ha sostenido que configura resistencia a la autoridad el forcejeo del acusado con las personas que lo redujeron y detuvieron en las condiciones a que se refiere el artículo 240 del Código Penal[242].

La doctrina afirma que la asimilación sólo lo es con respecto a los artículos 237, 238 y 239 del Código Penal, tal como afirma Laje Anaya, en cuanto a que la atribución funcional es específica para esos fines y tiene por objeto otorgarle poder y protegerlo, únicamente, de los atentados y resistencias que pudiera sufrir su fugaz autoridad. Así, pues, el particular aprehensor no podrá ser, en su efímera condición, autor de un cohecho o una exacción[243].

Finalmente, debe ponerse de resalto que, si bien la ley remite a los dos artículos anteriores, la disposición debe entenderse como un reenvío genérico a cualquiera de los atentados de los artículos 237 y 238, y a la resistencia del artículo 239 del Código Penal. Por otra parte, debe dejarse aclarado que no estamos frente al caso del particular que presta ayuda al funcionario en la hipótesis de resistencia a requerimiento de él o en cumplimiento de una obligación legal, lo que constituye una situación distinta, sino de un particular que actúa por sí, sin relación alguna con un funcionario público.

Con respecto a la posibilidad de aplicación al caso de la eximente "legítima defensa", explican Maurach y Zipf que la detención provisional de un sospechoso por parte de un particular es el caso más importante de la actuación en lugar del poder estatal legitimado, pero impedido de actuar. Ella es admisible bajo los supuestos del § 127, inciso 1°, StPO (Ordenanza Procesal Penal): el autor debe ser sorprendido o perseguido a raíz de un delito flagrante, siendo además preciso que se sospeche su huida (a ella pertenece, además, la imposibilidad de una identificación inmediata). El tipo de hecho punible no es relevante. El § 127, inciso 1°, justifica toda acción típica directamente

[242] TOCr. N° 2 de Capital Federal, 6-7-93, "Coppola", c. 74.
[243] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, par. 24, p. 22.

necesaria para la detención; así, la coacción y la privación de libertad justifican también una intervención ruda, la que puede llegar a ser típica según el § 223. Otras medidas tendientes a evitar la huida no están necesariamente cubiertas por el § 127; el homicidio es inadmisible y la lesión corporal seria del sujeto que huye está básicamente prohibida. Si quien huye se defiende, aquel que lo detiene puede recurrir a la legítima defensa y puede ejercer la necesaria, según el § 32[244].

Dado que el tercero que actúa sin solicitud previa, a diferencia de lo que ocurre con el funcionario, sólo está facultado y no obligado a detener, no le beneficia el privilegio funcionario de la discrecionalidad debida, el cual cubre incluso actuaciones erróneas. Es más, la justificación del hecho según el § 127, inciso 1°, sólo se produce si la detención se dirige contra el verdadero autor. Aún más, si el ayudante voluntario es víctima de un error inevitable, no elimina la antijuridicidad de su actuar; la acción del particular mantiene su carácter de agresión antijurídica en el sentido del § 32 del CPA, pudiendo el ilícitamente detenido ejercer legítima defensa. La opinión discrepante, mayoritaria en la doctrina procesal penal, se basa en el principio procesal de la evidencia: la licitud de una medida coactiva no puede depender de la autoría objetiva, sino sólo de una sospecha (en su caso de alto grado; así, para la sentencia con autoridad de cosa juzgada sólo se exige la convicción del juez, no así la certeza matemática). Por lo demás, la unidad del ordenamiento jurídico no se ve afectada por el hecho de que la detención ilícita de un sospechoso sea considerada como procesalmente admisible, pero materialmente antijurídica. En efecto, todas las medidas procesales coactivas, en virtud de su doble funcionalidad, están sometidas a una valoración procesal y material, las que no deben ser necesariamente coincidentes[245].

a) *El elemento del tipo objetivo "aprehender" y sus implicancias*

El particular trata de aprehender si, conforme a las circunstancias, procura coger al delincuente que se halla en flagrancia. Es decir que la acción a la que se refiere el presente artículo es la de asir, capturar, apresar, atrapar, aprisionar al autor infraganti delito.

[244] MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, ob. cit., t. I, par. 29, II, p. 506.
[245] Ídem nota anterior.

La equiparación con el funcionario persiste durante el tiempo que dura la detención. Cualquier exceso o abuso por parte del particular excluye la legitimidad. Al igual que en el caso del acto ilegítimo por parte del funcionario, al detenido le asiste el derecho a la resistencia contra el acto ilícito del funcionario ad hoc.

b) *El elemento del tipo objetivo "delincuente"*

La calificación del sujeto pasivo presenta dos problemas. En primer lugar, el empleo de esta denominación parece colocar en manos del particular la delicada función de juzgar y condenar prejudicialmente a un tercero para poder, así, actuar contra un "delincuente"[246]. Demás está decir que en la terminología jurídico-penal estricta sólo debe utilizarse dicho vocablo con referencia al sujeto condenado por sentencia firme. Resulta claro que la acepción es utilizada aquí no en un modo técnico, sino en uno vulgar. Bastará, entonces, que se trate de quien se considera que está cometiendo o acaba de cometer un delito para asignarle tal condición[247].

Por otra parte, como ningún particular está legalmente obligado a intervenir ante el delito flagrante, no se ve claro cómo puede atentarse contra quien no se sabe aún si va a actuar contra el "delincuente" ni, por tanto, si va a ser "funcionario"[248]. Al respecto Núñez sostiene que sólo se refiere a la compulsión relativa a la ejecución u omisión de actos conexos a la aprehensión del delincuente[249].

c) *El elemento del tipo objetivo "flagrante delito"*

Si bien en este artículo del Código Penal se hace referencia al "flagrante delito", no se lo define, porque el concepto de flagrancia es de raigambre netamente procesal y regulado, por ende, en los códigos procesales, que es materia reservada a las provincias.

La ley procesal, en especial el Código de la Nación, afirma que habrá flagrancia cuando el autor del hecho sea sorprendido en el

[246] Así lo sugiere Tozzini, ob. cit., p. 54.
[247] Éste es, también, el parecer de CREUS, ob. cit., t. II, par. 1867, p. 230.
[248] Esta situación es planteada por TOZZINI, ob. cit., p. 54.
[249] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 24.

momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público, o mientras tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito (art. 285, CPPN). De modo que, como hemos sostenido, la flagrancia propiamente dicha es cuando el autor es sorprendido en el momento de la comisión del hecho o inmediatamente después, así como en el caso de tentativa, entendiéndose que es en el momento de iniciada la ejecución del hecho[250].

Sin embargo se puede hacer una distinción entre la flagrancia, tal como la hemos definido, el estado de flagrancia, que es cuando el delincuente es sorprendido al cometer el delito, y la llamada cuasiflagrancia, que consiste en la detención de quien es perseguido inmediatamente por la fuerza pública o por el ofendido u otras personas, o es sorprendido con huellas, por las cuales aparezca que ha cometido un delito[251].

Se entiende que la norma arriba a una definición de flagrancia que comprende todas las hipótesis antes dichas, esto es, la flagrancia propiamente dicha (cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después), la cuasiflagrancia (cuando aquél es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público) y la ficta flagrancia (mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar de un delito)[252]. En este sentido es acertada la jurisprudencia cuando afirma que constituye "clamor público" propio de la flagrancia la conmoción producida en el barrio por la reaparición en la zona del autor del hecho, perseguido infructuosamente momentos antes por la víctima[253].

Ahora bien, según el ordenamiento procesal de la Nación, la detención de un individuo por un particular está facultada en tres casos

[250] DONNA, Edgardo A. y MAIZA, María C., *Código Procesal Penal y disposiciones complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 326.

[251] DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 326.

[252] NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación*, Pensamiento Jurídico Editora, Buenos Aires, 1996, t. I, ps. 595/596.

[253] TOCr. N° 2 de Capital, 6-7-93, "Coppola", c. 74.

(debiendo entregar inmediatamente el detenido a las autoridades; la enumeración es, lógicamente, taxativa):

1) Frente al intento de comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo;
2) ante la fuga de quien estuviere legalmente privado de libertad, y
3) en el supuesto de quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad (art. 284 en función del art. 287, CPPN)[254].

Al hablar de delito debe concluirse que la autorización legal se extiende únicamente a esos comportamientos, con lo que quedan a un lado las contravenciones. Bien se ha afirmado que puede haber error en los casos en que se confunda el particular en ciertos supuestos, tales como actos indecentes que no alcanzan a ser exhibiciones obscenas, y creer, en consecuencia, que puede aprehender[255]. La privación de libertad resultará, según el caso, inculpable (si el error de prohibición fue inevitable) o reprochable en menor medida (si dicho error fue evitable). Siempre dentro de esta hipótesis, la eventual resistencia del contraventor no constituirá esta infracción[256].

## VI. Atentados leves

### 1. *Antecedentes*

El proyecto de 1891, en su Exposición de Motivos, afirmaba que "en el artículo 285 prevemos dos casos de leves atentados contra la autoridad, que el Código considera desacato en los números 2° y 3° del artículo 237: el que perturba el orden en el local donde una autoridad está ejerciendo sus funciones y el que impide, fuera de los casos del artículo 282, que un funcionario cumpla un acto propio de su oficio"[257].

[254] DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 328.
[255] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, par. 24, ps. 22/23.
[256] Ídem nota anterior.
[257] Exposición de Motivos, p. 201; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 473.

También estaban previstos en la ley 49 (1863), y por el artículo 237 en cinco incisos del Código de 1886, que los incluía entre los desacatos. El proyecto de 1906 y el de 1917 los incluyeron entre los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad[258].

Ambos tipos penales, como bien se ha afirmado, tienen relación con el delito de atentado contra la autoridad, y como decía el proyecto antes mencionado, con el desacato, ya que implica una ofensa a funcionario público, en el ejercicio legítimo de sus funciones. Sin embargo no constituye ni una desobediencia, ni tampoco una resistencia a una orden del funcionario propiamente dicha[259]. También hay que hacer notar que otra diferencia es que, en ambos supuestos, el agente no pretende imponer su voluntad a los funcionarios.

## VII. Perturbación al ejercicio de funciones públicas

Artículo 241: "Será reprimido con prisión de quince días a seis meses:

"1° El que perturbare el orden de las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;

"2° El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones".

### 1. *Bien jurídico protegido*

El hecho descripto como típico importa un atentado a la compostura externa del acto funcional y menoscaba el orden necesario para el normal ejercicio de las funciones públicas. Vulnera por ese motivo el correcto desenvolvimiento de la administración como tal, pero en este caso el sujeto pasivo es el cuerpo, el tribunal o autoridad actuante[260].

[258] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, ps. 28/29.
[259] Ídem nota anterior.
[260] Ibídem.

Lo que protege el inciso 1°, de este artículo, es el normal ejercicio de la función pública, en tanto el hecho típico implica un ataque contra la forma extrínseca del acto, afectando la dignidad o el decoro de su realización[261]. En otras palabras, es un atentado en contra de la compostura externa del acto. De tal manera, corresponde concluir que el bien cuya tutela se procura es el regular y eficaz desenvolvimiento práctico de las actividades públicas.

2. *Tipo objetivo*

a) *Acción típica*

La acción típica es la de perturbar el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones. Perturbar significa trastornar el orden y el concierto, o la quietud o el sosiego de algo o de alguien[262]. Perturba, entonces, el que trastorna, entorpece, altera o molesta un estado de cosas. Consiste la acción, en síntesis, en producir, mediante actos, violentos o no, dirigidos a la autoridad o a los concurrentes, inquietud, molestias o disturbios en el local, o el lugar, en donde se encuentre en funciones el cuerpo legislativo, el tribunal, u otra autoridad pública, nacional, provincial o municipal[263].

Al ser un delito contra la autoridad, deben hallarse éstas ejerciendo sus funciones: faltará, por tanto, tipicidad, cuando la perturbación se produzca fuera de esas circunstancias (por ej.: alterar el orden de una sala de audiencias cuando aún no ha dado comienzo el acto).

b) *Sujetos*

Sujeto activo del delito es cualquiera, incluso puede serlo quien integra alguno de los cuerpos mencionados por tipo.

Sujeto pasivo, que es quien detenta la titularidad del bien jurídico, es el cuerpo, tribunal o autoridad actuante.

[261] Ibídem.

[262] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid, 1992, p. 1123.

[263] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 29.

## 3. *Tipo subjetivo*

Es un delito doloso. En consecuencia, el sujeto debe ser consciente de la naturaleza funcional que con su accionar perturba, y a la vez, desde la faz volitiva, se exige el propósito deliberado de perturbación del orden de las sesiones o audiencias enunciadas, o bien del lugar donde la autoridad desarrolle el acto funcional.

Es justamente a nivel del dolo donde es que se da la diferencia con el delito de atentado. El autor del delito que examinamos no intenta hacer ejecutar su voluntad por medio del órgano del Estado y, por tanto, no ejerce presión alguna sobre la facultad de determinación de éste. Simplemente lo perturba, lo molesta, lo traba, por hostilidad, por disidencias de carácter político o por otros diversos motivos semejantes; pero no intimida al órgano con el fin propio del atentado[264]. Por eso es acertado el ejemplo de la Suprema Corte de Tucumán, cuando sostuvo que no se había tipificado el delito del artículo 241, inciso 1°, del Código Penal, si el procesado enardecido por su propia situación frente al sumario golpea a su contradictor en un careo[265].

Núñez afirmaba que, si el autor tenía el propósito de menosprecio para la autoridad, el hecho se transformaba en desacato[266]. La situación cambia, a nuestro juicio, por una circunstancia clave, como ser la derogación del tipo penal de desacato, por ley 24.198. Por eso la acción, en el caso antes dicho, se mantendría dentro del tipo en estudio, salvo que se lo quiera llevar a la injuria.

## 4. *Consumación*

El injusto se consuma con la producción de la molestia o disturbio en el lugar donde el acto es llevado a cabo. Es decir, la acción se consuma con la perturbación efectiva.

[264] SOLER, ob. cit., t. V, par. 137, XII, p. 152.
[265] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 29, nota 38.
[266] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 29.

5. *Tentativa*

La tentativa es posible. El comienzo de ejecución se da con el inicio del acto perturbador tendiente a lograr la molestia funcional[267].

La pena oscila para este caso entre un mínimo de siete días y un máximo de cuatro meses.

## VIII. Impedimento o estorbo de un acto funcional

1. *Bien jurídico*

A diferencia de lo explicado en el ilícito anterior, este supuesto constituye un ataque contra el acto funcional en sí, en vez de vulnerarse el orden del lugar del ejercicio de la función, como ocurría en el inciso anterior. Vuelve a ser, pues, objeto de tutela la libertad funcional del agente, ya sea tanto en la faz de la conformación, como en la de la decisión.

2. *Tipo objetivo*

a) *Acción típica*

El núcleo de la acción tipificada es impedir o estorbar un acto funcional.

La descripción típica está formulada en sentido negativo: caen bajo este supuesto todos los actos que impidan o estorben a un funcionario público en un acto propio de sus funciones que no sean subsumidos por el tipo del artículo 237 del Código Penal. Esto equivale a afirmar que este atentado leve atrae bajo su proyección a todo impedimento o estorbo al acto funcional que no se haya realizado con los medios previstos para el atentado; existe, pues, una relación de subsidiariedad.

De acuerdo con lo expuesto, los medios comisivos serán la astucia, el ardid, la trampa, la inducción a error al funcionario, etcétera. También caen en la órbita del artículo las hipótesis de resistencia en las que el autor no reacciona contra la ejecución de una orden de la autoridad, sino que estorba o, fraudulentamente, impide que el funcionario

[267] Ídem nota anterior, p. 30.

pueda realizar el acto o le pone obstáculos a su realización. Son ejemplos los siguientes: el autor induce en error al funcionario respecto del lugar del acto o de su destinatario, o impide que llegue a su despacho, o inutiliza el teléfono que el funcionario debía usar a determinados efectos, etcétera[268].

La exigencia típica es clara en cuanto al tipo de acto que se impida o estorbe. El acto debe ser propio de las funciones del agente, no otro distinto, que nada tenga que ver con ellas. Impedirle a un juez que realice una inspección ocular puede constituir este delito, pero no encuadra, en cambio, impedirle que realice una reunión de prensa[269].

La jurisprudencia ha sostenido, en base a estas ideas, que comete el delito de atentado menor (art. 241, inc. 2°, Cód. Pen.) quien formula oposición verbal y material a permitir el embargo ordenado y a suscribir el acta respectiva, determinando con ello al oficial de justicia a recurrir al auxilio de la fuerza pública para lleva a cabo su cometido[270].

b) *Sujetos*

Autor puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo es el funcionario público que procura ejecutar o está ejecutando el acto que se impide o estorba propio de su competencia. En cambio el bien ofendido, por el delito, es la administración pública[271].

La jurisprudencia ha sostenido que únicamente puede ser sujeto pasivo del delito al que alude el inciso 2° del artículo 241 del Código Penal el funcionario que está ejecutando el acto que se estorba, en tanto esté cumpliendo el acto propio de la función asignada por la autoridad competente[272].

3. *Tipo subjetivo*

El tipo en cuestión es doloso; exige que el intelecto del agente abarque el conocimiento de la calidad del sujeto pasivo, la naturaleza

[268] Ibídem.
[269] CREUS, ob. cit., t. II, par. 1879, ps. 233/234.
[270] CCCorr., sala IV, 19-10-93, "Fussaro, C.", c. 43.543.
[271] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 30.
[272] CCCorr., sala VII, 3-12-90, "Lurje, Ricardo", c. 14.217.

de los actos que con su accionar perturba y, justamente, que con su conducta entorpezca la ejecución del funcionario.

Volitivamente se requiere la intención de impedirlo o estorbarlo, razón por la que sólo es admisible el dolo directo.

4. *Consumación*

Es un delito de resultado, razón por la cual la acción tiene que haber logrado el impedimento o constituido un escollo para el acto funcional.

Para este segundo caso, constituyendo la conducta un estorbo, el ilícito queda agotado, por lo que cabe afirmar su realización a título consumativo.

5. *Tentativa*

La tentativa es posible en relación al primer caso planteado en el acápite anterior, esto es, en relación al impedimento. La tentativa queda configurada, así, por medio de actos ejecutivos destinados a impedir, sin que tengan éxito, por razones ajenas al autor.

Al igual que en el inciso anterior, la escala penal será de siete días a cuatro meses.

## IX. Violación de fueros

Dice el artículo 242: "Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a diez mil pesos e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos, nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescrita en las constituciones o leyes respectivas".

1. *Antecedentes*

El proyecto de 1891, en su Exposición de Motivos, afirmaba que "en el artículo 286 hemos generalizado la disposición del artículo 37 de la ley de 1863 sobre arresto o enjuiciamiento ilegal de un senador o diputado al Congreso, extendiendo la protección de la ley a todos los miembros de los poderes públicos, de una convención constituyente

o de un colegio electoral porque la violación de las formas prescritas para el arresto o formación de causa de cualquiera de esos funcionarios es un atentado capaz de perturbar la administración pública"[273].

2. *Bien jurídico*

Tanto la Constitución Nacional como las provinciales y las leyes procesales establecen ciertas exenciones respecto de determinados funcionarios que, individual o colectivamente, representan al poder público, de tal forma que quede preservado su normal desempeño.

Este tipo penal se erige en amparo de tales preceptos fundamentalmente constitucionales, o secundariamente de los procesales, que no hacen otra cosa que regular el texto constitucional. Ahora bien, estos beneficios o excepciones deben ser entendidos como una garantía de funcionamiento, desde que no se ha buscado resguardar a los funcionarios mencionados por el dispositivo con una inmunidad que tenga objetos personales, ni por razones del individuo mismo a quien se hace inmune. En palabras más claras, se les da un cierto derecho, una cierta garantía, no por ser más que otros funcionarios, sino a los efectos de que cumplan mejor y sin problemas su deber, quitándole la presión que pueden ejercer otros poderes en su función. El derecho, en otras palabras, es para cumplir con el deber y no como un privilegio. El fin que se ha propuesto el legislador es asegurar no sólo la independencia de los poderes públicos entre sí, sino la existencia en sí de las autoridades creadas por la Constitución.

Esta tutela funcional, pues, está destinada mediatamente a asegurar la independencia, el funcionamiento y la jerarquía del órgano de que se trate.

El texto legal se dirige a evitar persecuciones que, aunque extrínsecamente presenten visos de legalidad, aparecen como destinadas a configurar una presión, lo que en definitiva reduce la esfera de libertad funcional y conlleva un entorpecimiento en el ejercicio de actividades.

De este modo, cabe concluir que el artículo del Código en análisis preserva la libertad funcional del agente público, lo cual constituye una fiel traducción de la protección constitucional a las distintas fun-

[273] Exposición de Motivos, p. 200; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 472.

ciones del Estado en esta órbita del Derecho que se caracteriza por su modo de reacción frente al ilícito.

En síntesis, el delito lesiona la administración pública debido a que atenta contra las seguridades personales necesarias para el normal desempeño del poder público que tanto individual o colectivamente representan esas personas[274].

3. *Tipo objetivo*

a) *Acción típica*

La acción típica es la de no guardar la forma prescripta en las constituciones o leyes nacionales y provinciales en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral.

La expresión "arresto" se refiere a cualquier privación de libertad que no tenga por objeto el cumplimiento de una condena firme; puede o no implicar encierro. Al respecto, la conducta es tan violadora de las formas legales cuando se incumplen los requisitos formales para detener a un funcionario como cuando se lo arresta, y la ley establece una expresa prohibición para la realización de ese acto. Arresto es entonces la detención de una persona, con o sin encierro[275].

El giro "formación de causa" significa someter a proceso penal al funcionario, lo cual se traduce en dirigir actos procesales en contra del sujeto con el fin de establecer su responsabilidad y aplicarle, en su caso, una sanción penal[276] (tomarle declaración en carácter de imputado, allanarle el domicilio). No estarían alcanzados por la norma la información sumaria que algunos códigos procesales autorizan, para determinar si se deben cumplir las formalidades, para proceder al enjuiciamiento.

En lo que respecta a los miembros del Congreso Nacional, varias son las inmunidades de las que gozan. En primer término, tienen inmunidad de expresión. En efecto, el artículo 68 de la Constitución Nacional expresa que ninguno de los miembros de tal poder puede

[274] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 31.
[275] Ídem nota anterior, p. 32.
[276] Ibídem.

ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador. El artículo 69, consagra la inmunidad de arresto. Dice, en este sentido, que ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado, excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

En torno a la formación de causa contra un legislador, el artículo 70 de la Constitución, expresa que cuando se forme querella por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinando el mérito del sumario en juicio público, podrá cada cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento. Esto es lo que se denomina desafuero.

Éste es el esquema legal que, interpretamos, no prohíbe que la justicia realice el sumario, que deberá efectuar a los efectos de que la cámara lo examine para decir sobre la cuestión[277]. En consecuencia, no hay duda de que no se podrá juzgar, ni definitiva ni provisionalmente al legislador, aunque el sumario puede seguir adelante, hasta el pronunciamiento de la cámara legislativa. Tampoco podrá emitir orden de arresto, ni ninguna otra medida que involucre el sometimiento del legislador al proceso[278]. Y ésta es una consecuencia, según Núñez, no tanto de los artículos 68 y 69, sino de la protección de la defensa en juicio y de la prohibición del juicio en ausencia del imputado, en el juicio o plenario[279].

Por su parte, los códigos procesales tienen disposiciones al respecto. El Código Procesal Penal de la Nación contiene esta normativa en el Capítulo IV del Título I del Libro II, titulado *Obstáculos fundados en el privilegio constitucional*. Establece el artículo 189 del CPPN que cuando se formule requerimiento fiscal o querella contra un legislador, el tribunal competente practicará una información sumaria

[277] Ibídem, p. 33.
[278] Ibídem nota anterior.
[279] Ibídem, p. 34.

que no vulnere la inmunidad de aquél. Si existiere mérito para disponer su procesamiento, solicitará el desafuero a la cámara legislativa que corresponda, acompañando copia de las actuaciones y expresando las razones que lo justifiquen. Si el legislador hubiere sido detenido in fraganti, conforme a la Constitución, el tribunal pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la cámara legislativa.

En síntesis, lo único que puede hacer el juzgado es una información previa, sumaria, que no vulnere la inmunidad y, si existiere mérito para indagar, solicitará el desafuero del legislador. La dificultad está en que la ley habla de procesamiento, pero entendemos que sólo se trata de la indagatoria, entendida ésta como un medio de defensa, que no se le podrá negar, aunque sea legislador[280].

El artículo 53 de la Constitución Nacional trata el tema de los funcionarios sujetos a juicio político. Explica que sólo la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intentan contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado hacer lugar a la formación de causa, por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.

También hace al tema el contenido de los artículos 59 y 60 de la Ley Fundamental. Dice el primero que al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. Por su parte, el artículo 60 expresa que el fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honra, de confianza o a sueldo de la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

[280] DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 217; CSJN, *Fallos*: 20:223, 135:250, 185:360.

Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación también tienen sus privilegios funcionales. El artículo 115 de la Constitución dispone que serán removidos por las causales expresadas en el artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. El fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Corresponde, agrega la disposición constitucional, archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo. Por último, aclara que en la ley especial a que se refiere el artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado.

También gozan de inmunidades funcionales los miembros del Ministerio Público, consagradas de modo expreso por el artículo 120 de la Constitución.

Como se habrá observado, el privilegio funcional de los magistrados es disímil del de los legisladores. Mientras aquéllos gozan de una verdadera inmunidad de proceso que requiere de un antejuicio o enjuiciamiento para removerla, los segundos sólo cuentan con una inmunidad de arresto que, inclusive, cede frente a ciertas hipótesis de flagrancia delictiva.

Soler piensa que la naturaleza del privilegio es distinta en favor del legislador, ya que mientras éste es el único que en ciertos actos no solamente está a cubierto de proceso sino también de pena, y por tanto es irresponsable, los otros son responsables siempre[281]. En contra de él, Díaz piensa que la inmunidad del presidente, los ministros y los jueces es más absoluta, lo cual es refutado por Soler diciendo que esto es inexacto, pues la de aquéllos es solamente procesal[282].

A su turno, el artículo 190 del CPPN establece el antejuicio. Dice que cuando se formule requerimiento fiscal o querella contra un funcionario sujeto a juicio político, el tribunal competente lo remitirá,

[281] SOLER, ob. cit., par. 137, XIII, p. 155.
[282] Ídem nota anterior.

con todos los antecedentes que recoja por una información sumaria, a la Cámara de Diputados o al organismo que corresponda. Aquél sólo podrá ser procesado si fuere suspendido o sustituido.

Finalmente, el artículo 191 estatuye que si fuere denegado el desafuero o no se produjere la suspensión o destitución del funcionario imputado, el tribunal declarará por auto que no se puede proceder, y ordenará el archivo provisorio de las actuaciones. En caso contrario, dispondrá la formación del proceso o dará curso a la querella.

Los privilegios no impiden la formación y trámite de las causas fundadas en hechos distintos a los contemplados en el artículo 60 en tanto no se afecte la libertad personal del procesado[283].

b) *Sujetos*

Autor sólo es el funcionario público con competencia para arrestar o formar causa.

Es un delito especial en sentido estricto o propio. El círculo de autores está determinado por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico[284].

Como autor sólo puede ser el funcionario, el *extraneus* únicamente responde dentro de los límites del autor. Los no funcionarios que participan en el hecho delictivo quedan sometidos a las siguientes reglas:

a) La autoría del *extraneus* es imposible en cualquier forma, ya que sólo es autor el funcionario público, y
b) la participación del *extraneus* es posible en cualquier forma, en tanto y en cuanto el autor sea el sujeto calificado por la ley[285].

Respecto al arresto, tanto puede ser su autor un magistrado, un empleado policial de cualquier jerarquía, como cualquier otro funcionario público que tenga otorgada por la ley competencia para detener.

[283] CSJN, 24-12-65, "Savino, Horacio", L. L. 119-199, *Fallos*: 139:67, 185:360, 190:271).

[284] DONNA, ob. cit., t. II, par. 49, p. 85.

[285] Ídem nota anterior, p. 86.

Tratándose de formación de causa, puede ser autor tanto un magistrado como otro funcionario judicial a quien la ley autorice, por ejemplo, un fiscal que actúe como instructor, tal como lo establece en la órbita nacional el CPPN en sus artículos 196 y 180, párrafo segundo, o los Códigos de provincia que tienen el procedimiento contradictorio, como ser Córdoba, Tucumán y ahora Mendoza. Asimismo, se distingue, para excluir, a ciertos funcionarios que, aunque actuantes, carecen del poder dispositivo. En efecto, solamente debe considerarse autor a quien tiene autoridad para decretar la formación del proceso, y no a los secretarios o escribientes que coadyuvan bajo sus órdenes, sin facultad de inspección de las disposiciones del juez[286], aunque esto no excluye la complicidad.

En tanto portador del bien jurídico, sujeto pasivo es el funcionario de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral que goza de una prerrogativa funcional.

c) *Tipo subjetivo*

El delito es doloso, de modo que el autor debe conocer que el sujeto contra el cual está procediendo es un funcionario y que en su condición goza de privilegios e inmunidades. El error o la ignorancia en alguno de estos aspectos configura un error de tipo que, cualquiera sea su índole –evitable o inevitable–, torna atípico el comportamiento por inexistencia de tipo subjetivo, dada la inexistencia de un proceder culposo tipificado.

El dolo debe ser directo. Desde que debe actuar con voluntad de arrestar o formar causa, la finalidad de su acción coincide con el consagrado en el tipo[287].

d) *Consumación*

El delito se consuma con la mera realización de cualquiera de las acciones previstas, es decir por el hecho de formar causa o arrestar a un funcionario que detenta un privilegio funcional sin observar el procedimiento y la forma prescriptas por las leyes.

[286] SOLER, ob. cit., t. V, par. 137, XIII, ps. 153/154.
[287] Otra opinión: LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, par. 46, p. 38.

e) *Tentativa*

Es un claro delito de mera actividad, razón por la que la tentativa resulta inadmisible.

## X. Incumplimiento de deberes procesales

Dice el artículo 243: "Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva.

"En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de un mes a un año".

1. *Antecedentes*

El tipo es incorporado por el Proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891. En la Exposición de Motivos se afirma que: "El artículo 287 contiene una disposición nueva tomada del Código de Holanda y concordante con análogos Códigos de Italia, Francia, España, Alemania y otros países. Está destinada a reprimir a los testigos, peritos e intérpretes que, siendo legalmente citados, se abstuvieren de prestar el servicio requerido. Esta clase de abstención, retardando o paralizando la administración pública, debe ser apreciada como una verdadera resistencia a la autoridad"[288]. El proyecto de 1906, en su artículo 262, agregó la abstención de comparecer.

2. *Bien jurídico*

La administración de justicia, en sus diferentes ramas, requiere para la averiguación de los hechos sobre los cuales debe tomar conocimiento, con el objetivo de brindar un veredicto, de la colaboración de diferentes personas. Si de la exclusiva voluntad de éstas dependiera su asistencia, los jueces no tendrían, las más de las veces, los medios necesarios para reunir los elementos de juicio indispensables que otorgaran sustento a sus decisiones.

[288] Exposición de Motivos, p. 200; Zaffaroni y Arnedo, ob. cit., p. 472.

Este grave trastorno que significa abstenerse de comparecer o de prestar declaración por parte de los sujetos enunciados en la descripción típica repercute de un modo directo en el servicio de justicia, ya sea retardándolo o paralizándolo.

El bien jurídico tutelado es por ello la administración de justicia, y se protege el normal desarrollo del proceso, más en concreto, la celeridad de la administración de justicia[289].

3. *Tipo objetivo*

a) *Acción típica*

Si bien los antecedentes, tal como se ha expuesto, hablan de resistencia a la autoridad, se trata en el fondo de una desobediencia, ya que el autor se limita a no hacer lo que está ordenado por la ley y la autoridad[290], tal como el propio Moreno lo había sostenido[291]. Estamos frente a un delito de omisión, esto es, frente a la lesión de un bien jurídico sobre la base de una inactividad corporal, o sucintamente dicho, sobre la base de una inactividad actuante legalmente descripta[292]. Sendas omisiones típicas se refieren a dos etapas diferentes del cumplimiento de la carga pública por parte del sujeto, siempre que estuviere legalmente citado.

Por un lado, el ordenamiento incrimina la falta de comparecencia. Bien dice Núñez que la abstención de comparecer no equivale a la simple incomparecencia, para la cual existen sanciones procesales. Se trata de una negativa a cooperar con la autoridad como testigo, perito o intérprete, lo que devela que se trata de una conducta dolosa[293].

El delito requiere algunas condiciones: en primer lugar, el sujeto debe haber sido citado legalmente, lo cual remite directamente a las normas procesales en vigor.

[289] CANCIO MELIA, Manuel, *Delitos contra la administración de justicia*, en *Comentarios al Código Penal*, p. 1211.

[290] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 35.

[291] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 142.

[292] MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., t. II, par. 45, II, p. 223.

[293] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 37.

En segundo lugar, la no comparecencia en el lugar, el día y la hora fijados en la citación, pero siempre en un proceso judicial. Frente a esta hipótesis, el incumplimiento del deber procesal representa un mero entorpecimiento, un evidente escollo, que en última instancia no malogra el acto en sí, por cuanto el juez ordenará la conducción de modo compulsivo haciendo uso de la fuerza pública.

Por otro, también se castiga al que comparece y se niega a prestar declaración o hacer la exposición para cuyo desarrollo fue convocado. Se entiende que esa negativa es delictuosa cuando el testigo, perito o intérprete conocen el asunto y se niegan a colaborar con la acción de la justicia, desobedeciendo sus mandatos. Esta contención de declarar como testigo o de exponer como intérprete o perito puede ser total o parcial, según que el agente se niegue a hacerlo en absoluto o que tal negación se circunscriba a uno o varios puntos del cuestionario o interpretación. A su vez, y como lo señala Creus, la negativa puede ser directa o indirecta, siendo ejemplo de esta última el supuesto en el que el individuo se niega a observar las formas del acto sin cuyo cumplimiento sería nulo[294].

Es opinión unánime que si el autor está facultado para que responda por oficio, la incomparecencia a la citación no es punible[295].

En lo que atañe al testigo, la omisión de declaración no debe ser identificada con la falsedad testimonial, ya que no supone que éste mienta callando la verdad, sino que de manera directa se niega a declarar; como bien lo hace notar Soler, no se trata de falsedad por reticencia, sino de incumplimiento del deber de declarar[296]. La declaración, verdadera o falsa, desplaza siempre la posibilidad de aplicación de este artículo. La jurisprudencia lo ha interpretado de esta forma al decir que "incurre en este delito la persona que se abstiene repetidas veces de concurrir a declarar, a pesar de haber sido citada legalmente para ello"[297]. Además, no incurre en el tipo penal del artículo 243 del Código Penal aquel que siendo requerido para presenciar un acto de procedimiento tendiente a configurar una prueba (allanamiento) se nie-

[294] CREUS, ob. cit., t. II., par. 1887, p. 237.
[295] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, par. 51, p. 40.
[296] SOLER, ob. cit., t. V, par. 137, XIV, p. 157.
[297] CCCorr., *Fallos*: 5:164, L. L. 28-623.

ga a prestar dicha asistencia, pues no existe disposición alguna que obligue a un habitante de nuestro país a oficiar de testigo de algo que va a suceder[298].

En síntesis, tenemos que el tipo penal del artículo 243 del Código Penal contempla dos omisiones distintas. Por un lado está aquel que, legalmente citado, no comparece, y por el otro está aquel que comparece, pero se niega a declarar.

En este orden de ideas, conviene hacer una breve reseña de las principales disposiciones que regulan la materia tanto en la órbita penal como en la civil.

b) *Deber de concurrencia*

Los testigos, según el artículo 240 del CPPN, tienen el deber de comparecer ante el tribunal que los cita y de prestar su testimonio de modo veraz acerca de los hechos por los que se los interroga. Esta renuencia encuentra respuesta no sólo en la ley de fondo sino también en la de forma. Así, en el ordenamiento procesal penal vigente se establece que si el testigo durante la instrucción no concurre a la primera citación, cursada conforme con las pautas del artículo 154, será conducido por la fuerza pública de inmediato. Otro tanto sucede durante el debate, artículo 365, inciso 3°, del CPPN, salvo en ambos casos y aunque no se exprese en la última de las normas citadas si media causa justificativa de la inasistencia[299].

El deber de concurrir subsiste aun de mediar alguna inhabilidad en la persona del testigo, ya que la misma no lo releva de cumplir con aquél, sin que pueda, por tanto, considerarse justificada la incomparecencia con fundamento en la prohibición de declarar[300].

Tampoco lo releva el secreto profesional, que sólo puede ser invocado ante el juez al formularse las preguntas, conforme se desprende implícitamente de lo normado en el artículo 244, último párrafo, del CPPN[301].

298 CCCorr., sala IV, 7-10-93, "Curato, Roberto", J. A. 1994-IV-422.
299 Véase al respecto, DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 281.
300 NAVARRO y DARAY, ob. cit., p. 519.
301 DONNA y MAIZA, ob. cit., ps. 287/288.

c) *Excepciones al deber de comparecer o concurrir*

En la faz penal, las excepciones al deber de comparecer se hallan estatuidas en los artículos 79, inciso e, 246, 250 y 251 del CPPN y 10 de la ley 22.172.

En cuanto a la primera de las excepciones mencionadas, ésta se refiere al derecho que asiste a la persona mayor de setenta años, a la mujer embarazada o al enfermo grave a que el acto procesal se cumpla en el lugar de su residencia. Esta disposición rige tanto para la instrucción como para el debate, y se integra con las normas contenidas a tal fin en los artículos 251 y 386. Rigen, supletoriamente, los artículos 436 y 419, inciso 1°, del CPCCN, en cuanto imponen el deber de demostrar la enfermedad grave o el embarazo con anticipación suficiente a la audiencia, mediante certificado médico en el que deberá consignarse la fecha, el lugar donde se encuentra la persona y el tiempo que durará el impedimento. Obvio resulta que el deber del juez o tribunal rige siempre que el domicilio o lugar de alojamiento o internación quede ubicado en su radio jurisdiccional, pues en caso contrario deberá librar exhorto.

La segunda de ellas está establecida en función del traslado dificultoso o la distancia. Al respecto, la norma indica que cuando el testigo resida en un lugar distante del juzgado o sean difíciles los medios de transporte, se comisionará la declaración de aquél por exhorto o mandamiento a la autoridad judicial de su residencia, salvo que el juez considere necesario hacerlo comparecer en razón de la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio, caso en el que fijará prudencialmente la indemnización que corresponda al citado.

De igual modo, el precepto encuentra sostén complementario en el artículo 10 de la ley 22.172, en cuanto establece que los testigos que tengan su domicilio en otra jurisdicción, pero dentro de los setenta kilómetros del tribunal de la causa, están obligados a comparecer a prestar declaración ante este; salvo, según lo ahora dispuesto en el artículo mencionado anteriormente, que medie dificultad en los medios de transporte o, según se dijo, que la persona sea mayor de setenta años o se halle embarazada o gravemente enferma.

La salvedad consagrada en el artículo 250 del CPPN indica que no están obligados a comparecer el presidente y el vicepresidente de la Nación; los gobernadores y vicegobernadores de provincias y del territorio nacional; los ministros y legisladores nacionales y provinciales; los miembros del Poder Judicial de la Nación y de las provincias y de los tribunales militares; los ministros diplomáticos y cónsules generales; los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas, desde el grado de coronel o su equivalente, en actividad; los altos dignatarios de la Iglesia y los rectores de las universidades oficiales. Según la importancia que el juez atribuya a su testimonio y el lugar en el que se encuentren, estas personas declararán en su residencia oficial, donde el juez se trasladará, o por un informe escrito, en el cual expresarán que atestiguan bajo juramento.

Esta prerrogativa se fundamenta en la protección a la función pública que desempeña el declarante, y no a la persona, razón por la cual, cesada aquélla, la excepción pierde eficacia. Asimismo, el privilegio se verifica de modo subsidiario. Sólo procede cuando el testigo hubiere manifestado su intención de ampararse en la prerrogativa, frente a la citación cursada conforme al artículo 245 del CPPN, de la cual no debe prescindirse. El testigo, aun, como derivación de ella, podrá concurrir al llamamiento renunciando al tratamiento especial.

Se ha dicho que la enumeración es taxativa; se trata de un privilegio, y como tal, su alcance debe interpretarse restrictivamente. Por ese motivo no pueden considerarse comprendidos en la excepción funcionarios tales como los secretarios de Estado, los intendentes municipales, los presidentes de los bancos oficiales, los fiscales de Estado, el jefe de policía, etcétera; en cambio, dentro del concepto genérico de "ministros diplomáticos y cónsules generales" deben estimarse incluidos los embajadores[302].

De conformidad con lo explicado, todas estas personas a cuyo respecto rige la prohibición de declarar o bien la facultad de hacerlo deben concurrir al llamado del juez, sin perjuicio de su ulterior negativa a exponer, expresada formalmente ante él, ya que una cosa es el llamamiento como tal, y otra la declaración.

[302] NAVARRO y DARAY, ob. cit., p. 535.

Por su parte, en la órbita civil y comercial la comparecencia del testigo que ha sido citado a declarar constituye, también, una obligación. Al citar al testigo deben notificársele ambas audiencias, con la advertencia de que si faltare a la primera, sin causa justificada, se lo hará comparecer a la segunda por medio de la fuerza pública y se le impondrá una multa (art. 439, CPCCN).

Cuando algunos de los testigos se hallase imposibilitado de comparecer al juzgado o tuviere alguna otra razón atendible para no hacerlo, se lo examinará en su casa ante el secretario, presentes o no las partes, según las circunstancias. En este supuesto, la enfermedad debe justificarse con anticipación suficiente a la audiencia, mediante certificado médico, pero si se comprueba que pudo comparecer, el testigo será pasible de una multa, y ante el informe del secretario se fijará audiencia de inmediato, que deberá realizarse dentro del quinto día, notificándose a las partes con habilitación de días y horas, y disponiendo la comparecencia del testigo por medio de la fuerza pública (art. 436, CPCCN).

El artículo 435 del CPCCN establece que además de las causas de justificación de las inasistencias, libradas a la apreciación judicial (como serían el caso fortuito y la fuerza mayor debidamente comprobados)[303], lo serán las siguientes:

1) Si la citación fuera nula, y
2) si el testigo hubiese sido citado con intervalo menor al prescripto en el artículo 435 del CPCCN (tres días), salvo que la audiencia se hubiese anticipado por razones de urgencia, y constare en el texto de la cédula esa circunstancia.

En razón de la naturaleza de las funciones que desempeñan, ciertas personas se hallan excluidas de la obligación de comparecer a prestar declaración testimonial, debiendo hacerlo, en cambio, mediante informes que le son requeridos por el juez de la causa o por el juez a quien se ha encomendado el diligenciamiento de la prueba.

El CPCCN no enumera cuáles son las personas exceptuadas de esta obligación, dejando librada dicha enumeración a la reglamentación

[303] PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 7ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, t. I, ps. 573 y ss.

de la CSJN. Dispone, en cambio, que esos testigos declararán por escrito, con la manifestación de que lo hacen bajo juramento o promesa de decir verdad, dentro del plazo que fije el juzgado, debiendo entenderse que no excederá de diez días si no se lo hubiese indicado especialmente. La parte contraria a la que ofreció el testigo podrá presentar un pliego de preguntas a incluir en el interrogatorio (art. 455, CPCCN).

Por su parte, mediante acordada dictada el 20 de diciembre de 1967 (art. 4°), la Corte Suprema declaró exceptuadas de la obligación de comparecer a prestar declaración testimonial a las siguientes personas: presidente y vicepresidente de la Nación; ministros y secretarios del Poder Ejecutivo; subsecretarios de los ministros y secretarías de Estado; gobernadores y vicegobernadores de las provincias y del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; ministros y secretarios del Poder Ejecutivo de las provincias y del territorio antes mencionado; legisladores nacionales y provinciales; magistrados de la justicia nacional y provincial y funcionarios judiciales asimilados a esa calidad; obispos y prelados; el procurador del Tesoro; fiscales de Estado; intendentes municipales; presidentes de los Consejos Deliberantes y secretarios del departamento ejecutivo de las municipalidades; oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules generales; rectores y decanos de universidades nacionales; presidentes de bancos oficiales, nacionales y provinciales; presidentes, administradores, directores, gerentes o titulares de cargos equivalentes que importen la representación legal de entidades autárquicas y empresas del Estado, nacionales y provinciales; jefes y subjefes de la Policía Federal y de las provincias; directores de institutos penales de la Nación y de las provincias; jefes de reparticiones de la administración pública, nacional, provincial y comunal que, en atención al buen servicio de la función que desempeñan, no deban, a juicio del juez y según las circunstancias del caso, comparecer personalmente a declarar como testigos.

d) *Prohibición de declarar*

El artículo 242 del CPPN establece que no podrán testificar en contra del imputado, so pena de nulidad, el cónyuge, ascendientes,

descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado. La razón está dada, en principio, debido a que la cohesión familiar es el objetivo que protege el dispositivo, según surge de la Exposición de Motivos del Código.

Por su parte, el artículo 243 del CPPN consagra lo que se ha denominado facultad de abstención. Así, pueden abstenerse de testificar en contra del imputado sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y sus tutores, curadores o pupilos. Claro está que esto rige para el caso en el que el testigo no fuere denunciante, querellante o actor civil o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado.

Existe también un deber de abstención de declaración, regulado por el artículo 244 del CPPN, en lo referente a los hechos secretos que hubieren llegado a conocimiento de los ministros de un culto admitido; los abogados, los procuradores, los escribanos; los médicos, los farmacéuticos, las parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado, en razón del propio estado, oficio o profesión. La disposición agrega que estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado, salvo las mencionadas en primer término.

Según el Código de forma instaurado para la justicia civil y comercial, el testigo no sólo tiene la obligación de comparecer, sino también la de prestar declaración. También pesa sobre el testigo la obligación de decir verdad.

La obligación de declarar admite excepción, según el artículo 444 del CPCCN, en los siguientes casos:

1) Si la respuesta expusiere al testigo a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor, y
2) si el testigo no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial.

El artículo 453 del CPCCN determina los requisitos a cumplir cuando el testigo deba declarar ante un juzgado distinto de aquel donde tramita el juicio, y la inadmisibilidad de la prueba si no se cumplen.

En ninguno de esos casos, sin embargo, el testigo está eximido de la obligación de comparecer a la citación del juzgado; es recién cuando se le formula la pregunta o preguntas respectivas que aquél puede abstenerse de contestarlas mediante la invocación de algunas de las circunstancias previstas en la norma mencionada[304].

e) *El elemento normativo del tipo objetivo "citación legal" y sus implicancias*

Una persona se halla legalmente citada cuando es requerida, a esos fines, por una autoridad que tiene facultades para ello.

La autoridad no tiene que ser necesariamente judicial; ello se desprende de la correcta interpretación del bien jurídico, necesario indicado para entender el núcleo material de lo injusto[305]. En este sentido Núñez afirma que puede ser una autoridad pública legalmente habilitada para recibir declaraciones o requerir pericias, como pueden ser las autoridades aduaneras, policiales y las comisiones investigadoras[306]. Válido es recordar que el bien jurídico es el concepto central del tipo, conforme al cual han de determinarse todos los elementos objetivos y subjetivos, y a la vez un importante instrumento de la interpretación[307]. La colocación del artículo entre los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad está denotando que prevé actos que califica de delictuosos no sólo contra las autoridades judiciales, sino contra toda actividad.

La legalidad de la citación se determina de conformidad con las leyes procesales.

En esta dirección, el CPPN establece en su artículo 154 que los testigos, peritos, intérpretes y depositarios podrán ser citados por medio de la policía, o por carta certificada con aviso de retorno, o telegrama colacionado, advirtiéndoseles de las sanciones a que se harán pasibles si no obedecen la orden judicial, en cuyo caso serán conducidos por la fuerza pública de no mediar causa justificada[308].

[304] PALACIO, ob. cit., t. I, p. 578.

[305] DONNA, ob. cit., par. 35, p. 47.

[306] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 36.

[307] JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, par. 26, I, p. 233.

[308] DONNA y MAIZA, ob. cit., ps. 163 y ss.

## 4. *Sujetos*

Son sujetos activos el testigo, el perito y el intérprete, por ende es un delito de propia mano, debido a que el tipo delictivo está reglado de tal modo que sólo pueden ser autores quienes estén en condiciones de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida[309]. A raíz de ello es que el ámbito de quienes pueden ser autores de este delito esté limitado. Predomina el desvalor de acción que el sujeto desarrolla, siendo palmariamente un delito de actividad.

Testigo es la persona física, ajena al proceso, que por haber tenido conocimiento a través de sus sentidos de algún hecho vinculado con el mismo es llamada a prestar declaración, con fines de prueba, ante la autoridad que lo conduce[310].

Perito es el auxiliar de la justicia que en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada es llamado a emitir parecer o dictamen sobre puntos relativos a su ciencia y arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de éstos[311].

Intérprete es el encargado de introducir en el proceso en el idioma nacional las expresiones orales, escritas o de manifestaciones mímicas que no sean accesibles al común de la gente[312].

Sujeto pasivo es la administración en su faz jurisdiccional.

## 5. *Tipo subjetivo*

Estamos en presencia de un delito doloso. Por ende, el sujeto debe saber de la citación y voluntariamente decidir que no va a asistir o que no va a declarar, salvo los casos de justa causa.

Por ese motivo, el sujeto debe saber la citación y la calidad en virtud de la cual se lo cita a declarar. Respecto de la citación, no son válidas las fictas. La ignorancia al respecto constituye un error de tipo que excluye el dolo, y en consecuencia, cae la subsunción. En torno

[309] DONNA, ob. cit., t. II, p. 84.

[310] NAVARRO y DARAY, ob. cit., p. 514.

[311] Es la definición que nos da Eduardo Couture en su libro *Vocabulario jurídico* (p. 164), citada en DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 295.

[312] Es la caracterización que realiza Jorge A. Clariá Olmedo en su *Tratado de Derecho Procesal Penal* (t. V, p. 182), citada en DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 307.

a su condición en relación al proceso, también debe conocer la circunstancia de ser testigo, perito o intérprete. Si, por ejemplo, creyera que debe declarar en calidad de imputado y por ello decide no asistir o no declarar, estaremos fuera del ámbito de este tipo legal por inexistencia del tipo subjetivo.

En cuanto a la abstención de prestar declaración o exposición, el sujeto debe conocer previamente su obligación de hacerlo.

Vuelve a plantearse el caso de un elemento normativo en el tipo penal. Fuera de lo ya sostenido en oportunidad de referirnos al problema que plantea el "ejercicio legítimo de sus funciones" en cuanto objeto de referencia del dolo en el delito de resistencia, párrafo al que remitimos, entendemos que en este caso la caracterización de "legal" no se relaciona con el complejo de la acción típica del autor, sino sólo con un elemento del tipo (citación), lo que obviamente constituye un elemento del tipo (un ejemplo análogo encontramos en la antijuridicidad de la ventaja patrimonial en la estafa), y el error referido a estos elementos constituye un error de tipo[313].

Volitivamente se exige la intención de abstenerse de comparecer, es decir, de presentarse ante la respectiva autoridad conforme a la citación requirente. No es suficiente con una mera incomparecencia por descuido u olvido.

### 6. *Consumación*

El delito se consuma con la abstención de comparecer o de declarar o exponer en cualquiera de las formas y modos indicados.

Por supuesto que una vez consumado el delito, éste no desaparece por la actividad del propio agente que decide cumplir con su deber (ej.: el perito que se arrepiente de su actitud y posteriormente concurre a producir el dictamen), y menos aún por la actividad de terceros que fuerzan la observancia de la conducta obligada (p. ej., el testigo, que, no habiendo comparecido, es conducido por la fuerza pública)[314]. La conclusión a la que se acaba de arribar es una derivación lógica de los requisitos del desestimiento voluntario. Éste tiene como presupuesto

[313] MAURACH y ZIPF, ob. cit., par. 24, II, p. 418.
[314] CREUS, ob. cit., par. 1288, ps. 237/238.

elemental que el hecho haya quedado en la etapa de la tentativa, es decir, que no se haya consumado. Una vez pasada la etapa de la consumación del hecho, no tiene el autor posibilidad de encuadrar su conducta en lo dispuesto en el artículo 43 del Código Penal, debido a que se ha dañado al bien jurídico. Para que se esté en presencia del desestimiento es necesario que el autor evite el perjuicio al bien jurídico, para con ello evitar el efecto conmovedor de su conducta anterior[315]. Por lo demás, debe recordarse que el desestimiento, para configurarse como tal, requiere ser oportuno, voluntario y definitivo.

7. *Tentativa*

La tentativa no parece posible dada las características del delito, en ninguna de sus dos formas.

[315] DONNA, *La tentativa* cit., par. 10, p. 58.

# CAPÍTULO II

# FALSA DENUNCIA

SUMARIO: I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico tutelado. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Sujeto activo. Autoría. 2. Tipo subjetivo. 3. Consumación. 4. Concurso de delitos. a) Delitos contra el honor. b) Delitos contra la propiedad.

Artículo 245: "Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad".

## I. Antecedentes históricos

El artículo fue tomado textualmente del artículo 347 del Proyecto Coll-Gómez. En la Exposición de Motivos los autores expresaban: "Creamos, también, el delito de falsa denuncia [...] Sólo exigimos que la denuncia hecha ante la autoridad –autoridad competente, desde luego– sea falsa, lo que, implícitamente, quiere decir que se ha de tener conciencia de la falsedad. El carácter esencial de la denuncia, sin embargo, radica [...] en su espontaneidad. La iniciativa exclusiva de la denuncia por parte del que la formula será, pues, un requisito imprescindible. Lo será, también, el aserto de haberse cometido un hecho previsto por la ley penal. En cuanto al elemento material del delito está representado por la falsedad de los hechos que constituyen la denuncia y el elemento subjetivo por la mala fe del que la hace. Nada obstará, desde luego, a quien se considere lesionado en su honor por la falsa denuncia, pueda intentar la acción que le compete..."[1]

[1] ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 633. Proyecto Coll-Gómez (1937), LVII.

El proyecto de 1951 preveía, en el artículo 510, pena de prisión de uno a dos años al que, mediante denuncia o querella ante la autoridad competente, afirmare falsamente la ocurrencia de un delito de acción pública, o al que simulare indicios de un hecho semejante[2]. El proyecto de 1960, artículo 321, preveía prisión de un mes a un año al que mediante declaración o confesión hechas ante autoridad judicial o policial se acusara falsamente de haber cometido un delito de acción pública. Si el hecho fuera ejecutado en interés de un pariente próximo o de persona de íntima amistad, se preveía la eximición de pena para el autor[3].

El artículo 245 fue introducido al Código Penal por el artículo 5° de la ley 13.569, y derogado por el decreto-ley 17.567, en razón de que el hecho pasó a integrar el artículo 276 ter del Código Penal. En la Exposición de Motivos de este último se explicaba: "Hemos preferido derogar el artículo 245, que contemplaba el delito de falsa denuncia, porque el juego de esa disposición, frente al artículo 109, creaba muchas dificultades. En lugar de ello introducimos dos delitos contra la administración pública, imitando uno de los sistemas más empleados: la denuncia o querella calumniosa, que consiste en atribuir a alguien falsamente un delito ante la autoridad, y la calumnia real, configurada por la simulación de pruebas contra una persona. Por otra parte, contemplamos en el artículo 276 ter la simple denuncia falsa sin imputación"[4].

El artículo referido fue restaurado por la ley 20.509, y nuevamente derogado por el decreto-ley 21.338. Finalmente, recuperó su vigencia por el decreto-ley 23.077, correspondiendo la multa en él prevista a la ley 24.286, artículo 1°, inciso 2°.

## II. Bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado es, como hemos venido sosteniendo, el correcto despliegue de la administración de justicia. En este sentido, opina Núñez que el hecho típico perturba su normal desenvolvimiento

[2] ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 158. Proyecto de 1951, p. 162.
[3] ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 505. Proyecto de 1960, p. 141.
[4] LAJE ANAYA, ob. cit., p. 194.

debido al engaño de que es víctima[5]. En concreto, el tipo penal protege la necesaria demanda de justicia requerida por parte de los particulares, que se traduce en la puesta en marcha del andamiaje judicial con miras a investigar y reprimir la eventual comisión de un delito de acción pública.

Puig Peña señala que mediante la comisión de este delito se pone en juego el aparato represivo del Estado, que sólo debe actuar cuando ha habido una efectiva violación del orden jurídico[6].

La jurisprudencia, por su parte, ha sostenido que: "Demostrado que ante la autoridad competente tuvo lugar la denuncia de un delito de acción pública que no ocurrió [...] tal denuncia puso en movimiento la administración de justicia en la investigación de un delito imaginario con el consiguiente perjuicio ante el inútil desgaste jurisdiccional y el roce a la moral de un conocido profesional"[7].

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *Acción típica*

El verbo típico contenido en la presente figura es el de "denunciar".

La denuncia consiste en llevar personalmente o por medio de mandatario, por escrito o verbalmente, a conocimiento de una autoridad pública competente, en la forma y con el contenido establecidos por la respectiva ley procesal, la comisión de un delito[8].

Con ello se exige que la denuncia acontecida sea contra una persona indeterminada, lo cual descarta la acción de querellar, donde la imputación delictiva va dirigida a persona determinada, dando lugar al eventual delito de calumnias[9]. En este sentido, la jurisprudencia ha

[5] NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Lerner, Córdoba, 1992, t. V, p. 50.

[6] PUIG PEÑA, Federico, *Derecho Penal. Parte especial*, 7ª ed., Mateau Cromo Artes Gráficas, Madrid, 1988, ps. 224 y ss.

[7] CCCorr., sala IV, 19-12-80, "Billordo de Kremer", c. 25.161.

[8] Véase NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 50.

[9] Véase CREUS, *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed., 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1996, t. II, § 1904.

dicho: "Comete falsa denuncia quien denuncia falsamente un delito contra la propiedad, cometido por un autor indeterminado, hecho que se consuma con la denuncia ante la autoridad, por tratarse de un delito contra la administración pública"[10]; "Encuadra en la figura de falsa denuncia la acción del procesado que efectuó la denuncia de un hecho criminal, sin imputar a persona alguna, a la autoridad policial, órgano competente para recibir las mismas, cuando ya se había vendido el objeto que se dice hurtado"[11], y "Debe desestimarse por incumplimiento de los requisitos formales del caso, la querella en orden al delito de falsa denuncia, dado que habiéndose individualizado al autor o autores de la imputación, el hecho constituye calumnia"[12].

La figura exige que lo denunciado sea un delito[13], es decir, tiene que tratarse de alguno de los diversos preceptos penales contenido por la ley represiva, ya sea doloso o imprudente, sumado a que tiene que tratarse de un delito de acción pública, incluyendo los dependientes de instancia privada (vgr. violación), excluyéndose los delitos dependientes de acción privada (art. 73, Cód. Pen.) en razón de que ellos son perseguibles únicamente por el ofendido[14].

La denuncia puede realizarse en forma escrita o verbal, conforme el artículo 175 del CPPN.

Sobre la forma que debe revestir la denuncia existen dos posiciones bien diferenciadas. Por un lado se agrupan quienes exigen que el acto de denunciar revista las condiciones de viabilidad exigidas por el ordenamiento procesal[15]. La contraria, más amplia, afirma que el término "denuncia" no debe ser interpretado en sentido formal o técnico, por lo tanto no requiere la necesidad de cumplir con los requisitos procesales que regulan la materia[16].

[10] CCCorr., sala I, 19-10-92, "Jakubowicz, N.", c. 41.569.

[11] CCCorr., sala VI, 26-5-86, "Schiavon, J. A.", c. 13.332. En idéntico sentido: sala III, 26-5-87, c. 21.839, "Arrigazi, C.".

[12] CCCorr., sala VII, 19-6-91, "Bortola Medi, D.", c. 15.131.

[13] Véase CREUS, ob. cit., t. II, § 1904; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 51.

[14] Véase CREUS, ob. cit., t. II, § 1904; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 51.

[15] Participan de esta tesis, NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 1ª reimp., Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 405. Este autor sigue la postura sostenida por Gavier (ver nota 11).

[16] Cfr. LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 195.

Otro elemento objetivo requerido es que la denuncia tenga la cualidad de ser falsa, por lo tanto el autor debe tener pleno conocimiento de lo mendaz de su accionar, ya que de lo contrario su comportamiento resultaría atípico. La falsedad ha de ser total[17]. Siguiendo esta posición se ha dicho que: "...en la especie F. no cometió el delito de falsa denuncia, puesto que [...] el robo, como dijé, existió en la realidad, sin que las modificaciones que al hecho introdujo F. llegaran al grado de alterar las circunstancias del suceso o su esencia"[17-1].

En opinión de Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, una falsedad de hechos que determinara únicamente la atenuación o agravación de la pena imponible quedaría fuera del tipo examinado[18].

La falsedad de lo denunciado puede versar sobre la existencia en sí de éste, o bien, modificando en forma esencial las circunstancias que rodean a un hecho.

Por último, la denuncia mendaz debe ser realizada ante la autoridad, lo cual engloba en dicha terminología a todo funcionario público. Nuestra ley penal no diferencia, como sí hace el Código Penal español[19], entre autoridad judicial o administrativa con obligación de investigar, lo cual nos remite, en principio, a indagar si dicho término engloba a todo funcionario público conforme la interpretación auténtica del artículo 77 del Código Penal, o sólo aquellos funcionarios que por su omisión puedan incurrir en un delito de denegación o retardo de justicia, artículos 273 y 274 del Código Penal. Entendemos que lo correcto es considerar esta última posibilidad, ya que el precepto penal examinado debe interpretarse en un sentido restringido desde el punto de vista

[17] Véase CREUS, ob. cit., § 1904; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 52.

[17-1] CCCorr., sala I, 7-12-92, "Farias, P.", c. 41.940.

[18] RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 1022.

[19] El actual art. 456 del Código Penal español reprime la acusación y denuncias falsas y la simulación de delitos. Este artículo discrimina, conforme a una vetusta diferenciación entre los delitos, de acuerdo a su gravedad, en delitos graves, menos graves y faltas. Asimismo incluye en su punto 2 una cláusula procesal de no procedibilidad contra el autor del delito hasta tanto no haya recaído en el proceso originado por dicha denuncia falsa una sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del juez o tribunal que haya conocido de la infracción imputada (Código Penal, Praxis, Barcelona, 1996, p. 137).

de poner el énfasis en que sólo la autoridad competente, esto es, el funcionario policial, el agente fiscal y el magistrado son los órganos naturales establecidos para la persecución y represión de los delitos. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que: "En el caso de autos es indiscutible que el comandante en jefe de la Armada no posee capacidad funcional para instruir sumarios a los efectos de la persecución penal, correspondiendo sobreseer definitivamente en la causa, por no haberse configurado el delito por el que se formulara querella"[20].

b) *Sujeto activo. Autoría*

El tipo penal en estudio no exige cualidades personales en el sujeto activo, de lo cual se deduce que cualquier persona puede ser autora de este delito. Sobre el particular se sostiene que no puede ser autor aquel a quien le está prohibido denunciar[21], teniendo en cuenta la prohibición contenida en el artículo 242 del Código Procesal Penal de la Nación de declarar en contra del imputado al cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos. Al respecto vale recordar que la falsa denuncia exige como uno de sus requisitos que la persona realice el verbo rector contenido en el artículo 245, esto es, denunciar, circunstancia que en nada se aplica a la especie, toda vez que la prohibición se refiere a la de prestar testimonio en contra del imputado, con lo cual lógicamente se hace referencia a la existencia de un proceso dirigido contra un imputado. Por otra parte, uno de los requisitos del tipo *subexamine* es que la denuncia se realice contra persona indeterminada, es decir, no individualizada, por lo tanto no resulta válida dicha restricción, ya que el mencionado artículo hace expresa referencia a las personas que tienen vedado declarar contra el imputado, o sea, una persona que reviste la calidad de imputado.

2. *Tipo subjetivo*

Sólo el dolo directo es compatible con el delito de falsa denuncia, ya que el autor, conforme lo exige el elemento objetivo de la falsedad, debe conocer el alcance de su accionar, lo cual engloba la certeza de

[20] CCCorr., sala VI, 3-5-83, "Fernández Alvariño, P.", c. 9127.
[21] LAJE ANAYA, ob. cit., p. 195.

su conocimiento en la inexistencia del hecho ilícito denunciado, como también la modificación sustancial de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de un hecho real. No es necesario un motivo o intención específica[22].

La jurisprudencia ha dicho: "No toda querella que culmine con sobreseimiento definitivo puede ser entendida como constitutiva del delito de falsa denuncia, pues este ilícito, por el particular aspecto subjetivo, determina que todo error, incluso el imputable a título de precipitación, excluye el saber que exige la configuración de aquél"[23]; "El delito de falsa denuncia exige como particular elemento subjetivo un estado de certidumbre en el sujeto activo, un saber positivo y cierto, relativo a que el delito denunciado existió, o que si bien el hecho existió sucedió en circunstancias que excluyen su criminalidad. En el caso de autos –en que el procesado denunció que le habían sustraído el automóvil del garaje, comprobándose que lo había retirado su legítima esposa, de la que estaba separado de hecho– el error, incluso imputable al autor, excluye su saber y así la figura del delito"[24]; "La estructura del artículo 245 del Código Penal se basa en dos pilares que pertenecen al tipo objetivo y subjetivo respectivamente. En cuanto al primero debe existir una falsedad objetiva, esto es, como dice Núñez si el hecho que se dice sucedido no ha ocurrido, sea que no exista hecho, o aquél sucedido sea esencialmente diferente al denunciado, o con circunstancias esencialmente distintas a las denunciadas, y por otra parte y perteneciente al tipo subjetivo, debe existir el saber que la denuncia es falsa, esto es el conocimiento del tipo objetivo y la voluntad de realizarlo"[25].

### 3. *Consumación*

La figura de falsa denuncia se consuma con la presentación de la denuncia[26], siendo posible la tentativa.

[22] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 52.
[23] CCCorr., sala VI, 24-7-81, "Knobel, L. I.", c. 7411.
[24] CCCorr., sala II, 8-3-83, "Bignone, Carlos J.", c. 27.046.
[25] CCCorr., sala I, 15-3-90, "Manfredi de Balseir", c. 36.885.
[26] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 52.

## 4. *Concurso de delitos*

El delito de falsa denuncia generalmente es utilizado como delito de medio o de fin, por el cual el autor busca enmascarar una conducta ilícita precedente o posterior.

Parte de la jurisprudencia ha negado la existencia de la figura de falsa denuncia cuando el autor busca encubrir otro delito. Para arribar a tal conclusión se practica un paralelismo con la inexistencia de falso testimonio en causa propia, es decir, es el supuesto de quien declara testimonialmente en un proceso penal trocando posteriormente su situación procesal a la de imputado[27].

### a) *Delitos contra el honor*

Sobre este tema el plenario "Buloj, Jorge", del 27 de marzo de 1953, zanjó definitivamente la cuestión. Puede sintetizarse en tres las corrientes jurisprudenciales abordadas. La mayoritaria, representada en el voto del doctor Munilla Lacasa, sostiene que los delitos reseñados se excluyen recíprocamente. Otra postura, encabezada por el doctor Oderigo, mantuvo la posibilidad del concurso formal, mientras que, contrariamente, el doctor Vera Ocampo fincó su parecer en el concurso material.

Cabe recordar que este artículo fue derogado por el decreto-ley 21.338, y posteriormente restablecido por la ley 23.077, circunstancia ésta que provocó que algunos tribunales consideraran no vinculante el citado plenario, instalándose nuevamente la polémica sobre la posibilidad de concurso. Ejemplo de ello lo representa la postura adoptada por la sala III en reiterados pronunciamientos en favor del concurso ideal (*in re*, 4-12-86, "Torres, Fernando"; 8-5-87, "Cataldi, H.", c. 21.123).

Mantiene la vigencia de las directrices proporcionadas por el plenario "Buloj", entre otros, el fallo "Cairat, Norma" (sala II, 31-8-92, c. 41.111).

[27] CCCorr., sala I, 13-5-86, "Chrestia, Roberto, J.", c. 30.065; sala II, 30-3-90, "Bresan, Norberto", c. 37.136; sala III, 24-4-90, "Czaban, Alberto", c. 26.708.

b) *Delitos contra la propiedad*

"El delito de falsa denuncia concurre materialmente con la defraudación intentada, sobre la base de esa falsedad, no obstante la relación de medio a fin que pudiera existir entre ellos"[28].

La línea jurisprudencial se divide entre aquellos tribunales que se inclinan por el concurso ideal entre el delito de falsa denuncia y el de estafa[29].

[28] CSJN, 15-12-92, competencia Nº 326, "Viñas, G. C.".

[29] CCCorr., sala I, 13-3-87, "Notarfrancesco, J.", c. 32.305; sala IV, 29-10-92, "Alanis, G. J.", c. 24.203; sala V, 10-8-89, "Ferreyra, A.", c. 23.815; ídem, 15-5-91, "Stobrino, Roberto", c. 26.860; sala I, 3-6-96, "Yanquelevich, Carlos", c. 44.991), y aquellos otros que afirman el concurso material (CCCorr., sala I [con otra composición] 19-2-89, "Jakubowicz, N.", c. 41.569; sala V, 28-2-89, "Abella, Juan Carlos", c. 22.889).

# CAPÍTULO III

# USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS U HONORES

SUMARIO: I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico tutelado. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Acciones típicas. a.1) Asunción y ejercicio arbitrario de funciones públicas (inc. 1°). a.2) Continuación arbitraria en el ejercicio del cargo (inc. 2°). a.3) Ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo (inc. 3°). 2. Tipo subjetivo. IV. Sujeto activo. Autoría. V. Consumación y tentativa. *Usurpación de grados, títulos y honores*. I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico tutelado. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Acciones típicas. a.1) Llevar públicamente insignias o distintivos de un cargo que no se ejerce. a.2) Arrogarse grados académicos, títulos profesionales, u honores. 2. Tipo subjetivo. IV. Sujetos. V. Consumación. VI. Concurso de delitos. a) Con la usurpación de autoridad, títulos u honores (art. 246, Cód. Pen.). b) Con el ejercicio ilegal de la medicina (art. 208, Cód. Pen.).

Artículo 246: "Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:

"1° El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;

"2° El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas;

"3° El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo".

## I. Antecedentes históricos

El Proyecto Tejedor, en la Parte Segunda, Libro Segundo, Título Segundo, artículo 1°, inciso 1°, castigaba al que ejerce funciones públicas sin título o nombramiento expedido por autoridad competente. La disposición se repetía en el proyecto de los doctores Villegas, Uga-

rriza y García –artículo 133, inciso 1°–, y la contenía también el Código de 1886 y los proyectos posteriores (proyecto de 1891, art. 290; proyecto de 1906, art. 165).

Respecto del delito de ejercicio de funciones públicas por un cesante, el proyecto de Tejedor, en el artículo citado, inciso 2°, castigaba al que hallándose destituido o suspendido de un cargo público continuara ejerciendo las funciones anexas a él. La disposición se repetía, también, en los proyectos de los doctores Villegas, Ugarriza y García, en el Código de 1886 y en los proyectos de 1891 y 1906.

Asimismo, el Proyecto Tejedor, seguido por el Código de 1886 castigaba al empleado público que ejercía atribuciones que no le competían por ley. Este precepto especial, que no se encuentra en el proyecto de 1891 "porque –según dijeron sus redactores– ese caso entra en el concepto de abuso de autoridad, tratado en el capítulo siguiente, siendo, como es, una extralimitación de la autoridad que se enviste", sí se colocó en el de 1906 –artículo 265, inciso 3°–, siguiendo a los antecedentes nacionales[1].

## II. Bien jurídico tutelado

El presente capítulo tiende a preservar el monopolio del Estado para nombrar funcionarios públicos dentro de su esfera, conceder títulos habilitantes y otorgar honores. Como bien dice Núñez, lo que en realidad protegen los artículos 246 y 247 del Código Penal es la facultad estatal de conferir autoridad, títulos u honores públicos[2]. En suma, no se debe perder de vista que el objeto de protección de las normas reseñadas es el correcto funcionamiento de la administración pública, pero poniendo el énfasis en el acceso a ésta, a su permanencia de acuerdo a las pautas legales que regulan dicha actividad estatal, como a la expresión simbólica que rodea su ejercicio frente a la comunidad toda.

La ley, sin embargo –agrega Creus–, ha incluido en el capítulo delitos que atacan otros aspectos, como son el monopolio estatal de los títulos y honores, y la normalidad del uso de los signos de la

[1] MORENO (h), ob. cit., ps. 158/164; NÚÑEZ, ob. cit., p. 63.
[2] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 53.

autoridad[3]. Para este autor el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento administrativo y la idoneidad de los que ejercen la función[4].

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *Acciones típicas*

El artículo 246 del Código Penal prevé tres tipos de conductas ilícitas. La primera de ellas hace referencia a la *asunción y ejercicio arbitrarios de función pública (inc. 1º).*

La segunda *a la continuación arbitraria en el desempeño de la función pública (inc. 2º).*

Por último, se tipifica *el ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo (inc. 3º).*

Como podemos observar, este artículo contempla tres situaciones independientes[5] que pueden acontecer en la esfera de la función pública, es decir, en el acceso, en la permanencia o en el ejercicio correcto de dicha función estatal. El carácter común a los tres casos es el ejercicio indebido, accidental o permanente, de funciones públicas[6].

#### a.1) *Asunción y ejercicio arbitrario de funciones públicas (inc. 1º)*

Este inciso describe como conducta comisiva típica *la asunción o el ejercicio* de la función pública. La asunción se refiere al modo de acceso a la función estatal, es decir, ese acceso debe guardar congruencia con las formas y exigencias legales previstas para su ejercicio. La asunción requiere la toma de posesión del cargo o comisión de un modo efectivo, por medio de cualquier acto público o privado[7]. El cargo es una dignidad o representación, empleo u oficio, que confiere

[3] CREUS, C., *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1990, t. II, p. 246, § 1905.

[4] CREUS, *Delitos contra la administración pública* cit., p. 147, § 261.

[5] En idéntico sentido, CREUS, *Delitos...* cit., p. 148, § 262.

[6] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 54.

[7] CREUS, ob. cit., t. II, p. 247.

la facultad de ejercer una función pública en todos los casos ocurrentes relacionados con ella. Por el contrario, la comisión es el encargo que únicamente autoriza ese ejercicio en uno o más casos determinados[8].

Por acto público se entiende la toma de posesión del cargo público mediante la suscripción del acta de asunción, o la entrega producida por parte de las autoridades, etcétera. Por el contrario, por acto privado se entiende la actividad personal del autor que accede al lugar donde se desarrolla la función, asumiendo de ese modo la titularidad del cargo o comisión, cuando aquel acceso importa ya la ocupación[9]. Para la configuración típica del delito no basta la ocupación o la toma, violenta o no, fraudulenta o no, respectivamente, del cargo o de la comisión, cualquiera que sea el tiempo por el que se lo haga, sino que es preciso un acto público o privado de apropiación o tenencia del cargo o de la comisión.

El *ejercicio*, por su parte, significa la situación de hecho y de derecho en que se encuentra una persona de llevar adelante la función pública. Creus afirma que ejerce funciones públicas ilegítimas el que efectivamente desempeña el cargo o comisión, realizando actos que son propios de ellos[10]. Ejemplo de ello lo configura quien se autotituló como agente de policía para detener a una persona, o quien aparentando ser agente fiscal procede a la clausura de un comercio. De aquí que la exigencia de practicar un acto propio a las funciones específicas del cargo que el autor invoca revista singular importancia a la hora de subsumir el hecho, ya que en los supuestos de quien invoca la condición de policía para exigir una dádiva a un tercero no encuadraría dentro del inciso primero de esta figura penal, dando paso a la adecuación típica prevista en el artículo 168 del Código Penal (extorsión).

La asumida o ejercida debe ser la *función pública,* entendiéndose por tal la facultad de expresar la voluntad del Estado[11], o el ejercicio de la voluntad estatal para realizar un fin público[12], según la teoría

[8] NÚÑEZ, ob. cit., p. 55.
[9] CREUS, *Delitos*... cit., p. 150, § 264.
[10] CREUS, ob. cit., t. II, p. 248, § 1908.
[11] CREUS, ob. cit., t. II, p. 248, § 1909. Ídem, NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 57.
[12] CREUS, *Delitos*... cit., p. 152, § 266.

que se siga (ver p. 28). La función puede ser nacional, provincial o municipal, centralizada o descentralizada, o corresponder a cualquiera de los poderes nacional, provincial o municipal.

La forma comisiva de este apartado penal requiere que el sujeto activo no sólo se limite a manifestar su ilegítima autoridad, sino que debe exteriorizar dicha voluntad traduciéndose en actos que impliquen el ejercicio de la función pública en cuestión. En este sentido se ha sostenido que "Configura el delito de usurpación de autoridad –artículo 246, inciso 1°, del Código Penal– la conducta de quienes mediante la exhibición de un carné simulado que los acreditaba como policías, ingresaron a un hotel, requiriendo los libros del establecimiento y la documentación personal de uno de sus clientes que se alojaba en dicho establecimiento. Efectivamente dicho ilícito no consiste en la mera invocación de un cargo, sino en usurpar la función, máxime que en el caso no se limitaron a la invocación, sino que revisaron el registro o libro e identificaron a una persona hospedada. No es óbice para la configuración del delito, la circunstancia de que el destinatario no haya creído o haya tenido dudas sobre tal calidad, porque no hubo otros sujetos que pudieron no dudar, y en general porque se trata de un delito contra la administración pública"[13]. Asimismo se ha dicho: "No puede afirmarse que el procesado haya colaborado con el autor del delito previsto por el artículo 246, inciso 1°, del Código Penal, por el hecho de haber facilitado a aquél (prófugo) la credencial de su propiedad. Es que limitada la conducta probada a la entrega de la credencial y teniendo en cuenta que la hipótesis del artículo 246, inciso 1°, del Código Penal no se configura con la mera invocación de una determinada calidad, no es posible, atento a la prueba reunida en autos, vincular al sindicado con la actividad cumplida con posterioridad a su entrega"[14].

Es necesario que el autor se atribuya la calidad que le confiere la autoridad pública que pretende ejercer. Si el autor, sin invocar o poner en cuestión calidad pública, hace lo que le corresponde a un

[13] CNac., sala I (def.), 28-9-79, "Heredia, Oscar", c. 22.574, *Boletín de Jurisprudencia*, 1980, entrega III, p. 57.

[14] CNCrim., Sala I Corr., 25-8-81, "Morgenstern, Sergio D.", c. 24.793, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1981, entrega 9, p. 207.

funcionario público, por ejemplo priva de libertad a una persona acusada de un delito o le restituye el objeto de un hurto a su dueño, no incurre en ejercicio arbitrario de función pública, porque no ha usurpado una autoridad que no ha puesto en juego[15]. Ello se relaciona con la norma permisiva introducida en los ordenamientos procesales que facultan a los particulares a efectuar detenciones en casos de ser sorprendido in fraganti el autor del injusto.

El tipo penal examinado exige que al momento del hecho la función pública exista legalmente[16], ya que en caso contrario el objeto de protección de la norma en nada se verá afectado. Se entiende que la función pública debe existir, y que no es suficiente que el autor crea; si ése fuera el supuesto, no habrá delito por falta de ofensa a la administración pública[17].

Tanto la asunción como el ejercicio deben ser arbitrarios, y ello surge de la ausencia de los requisitos exigidos para poder acceder a la función pública, por ejemplo la existencia de título habilitante de abogado en el caso de acceso a la Magistratura o al Ministerio Público. También se configura, aun mediando título habilitante, cuando falte el nombramiento expedido por autoridad competente. En el ejemplo citado, el abogado que se presenta en un tribunal autonombrándose titular de éste sin contar con los requisitos indispensables para su acceso –propuesta del Poder Ejecutivo y acuerdo del Senado–.

En materia doctrinal se discute qué alcance corresponde darle a la expresión "título". Parte de la doctrina nacional se ha inclinado por considerar al título como el diploma expedido por autoridad competente que acredita idoneidad en una rama del conocimiento, para ejercer una determinada profesión reglamentaria[18].

Otro sector doctrinario, siendo su figura más relevante Núñez, diferencia el nombramiento del título, agregando que existen funciones cuya asunción y ejercicio dependen de un nombramiento, esto es, de

[15] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 56.

[16] CREUS, *Delitos...* cit., p. 152, § 266.

[17] LAJE ANAYA, ob. cit., p. 61.

[18] CREUS, *Delitos...* cit., p. 153, §267, citando en esta postura a SOLER, ob. cit., t. V, § 139-II; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 215; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Penal*, t. IV, p. 408.

la designación de una persona por una autoridad competente para desempeñar un cargo público. Pero la asunción y el ejercicio de otras funciones dependen de una elección, como sucede con la función legislativa, o dependen de otro procedimiento electivo, según se usa en algunas localidades para asignar los registros notariales o elegir representantes de instituciones privadas o de entidades gremiales o patronales para actuar en determinadas comisiones públicas. En estos casos, lo que legitima la posesión o el desempeño del cargo o comisión no es, por cierto, un nombramiento en el sentido antes indicado, sino el título eleccionario o electivo, que no emana siempre de una autoridad pública[19].

En nuestra opinión se exige que el título o nombramiento sea expedido por la autoridad competente de conformidad con las reglamentaciones vigentes que determinan los requisitos para su obtención.

a.2) *Continuación arbitraria en el ejercicio del cargo (inc. 2º)*

El inciso segundo del artículo examinado describe la conducta del funcionario público que cesado en su cargo continúa ejerciéndolo. A diferencia del inciso anterior, el agente se encuentra legítimamente nombrado en su cargo, pero lo que se torna en ilícito es la continuación en el ejercicio de funciones públicas habiendo cesado su mandato. Se exige que haya solución de continuidad en el ejercicio tanto legítimo como ilegítimo del cargo, a diferencia de lo que interpretan algunos autores sobre "cierta continuidad" o un abandono no ostensible[20].

La continuación del ejercicio ilegítimo en el cargo puede darse por haber sido el agente cesanteado o suspendido en el cargo. Por cesantía se entiende la terminación del desempeño del cargo, ya por disposición de la autoridad superior, ya por la aceptación de la renuncia presentada por el funcionario[21]. Por suspensión debe entenderse el retiro funcional del cargo en forma temporal, sea con carácter preventivo o como medida disciplinaria[22].

[19] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 58; comparte esta postura CREUS, *Delitos...* cit., p. 153, § 267.

[20] Crítica efectuada por Creus a la posición de Soler; cfr. *Delitos...* cit., p. 158, § 278.

[21] CREUS, *Delitos...* cit., p. 159, § 280.

[22] Ídem nota anterior.

Tanto la cesantía como la suspensión en el cargo deben ser legítimas, es decir, emanadas de autoridad competente, exigiéndose una legitimidad tanto material como formal. El primer requisito se excluye cuando la autoridad competente para su dictado excede sus funciones, recayendo en un abuso de autoridad, mientras que el segundo requisito desaparece cuando se omite canalizar dicha cesantía o suspensión conforme a los reglamentos o procedimientos establecidos para su validez[23].

El ejercicio ilegítimo comienza a partir de la comunicación formal de la cesantía o de la suspensión en el cargo, siendo ésta una exigencia del tipo penal en estudio.

a.3) *Ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo (inc. 3º)*

La conducta típica consiste en ejercer funciones públicas correspondientes a otro cargo para el cual el agente no tiene competencia, dándose entonces una usurpación de ese cargo ilegítimamente ejercido. Se exige que el ejercicio ilegítimo de la competencia ajena verse sobre actos propios de ella, es decir, que se ejerzan actos que son propios de la esfera de la competencia usurpada, de lo contrario dicho comportamiento quedaría atrapado por el delito de abuso de autoridad[24].

Para que el funcionario público ejerza funciones ajenas es menester que las de él y las que corresponden a cargo distinto estén delimitadas. En este aspecto no se invade si no es permitido previamente establecer los límites de esas funciones[25].

2. *Tipo subjetivo*

El *caso de asunción y ejercicio arbitrario de la función pública*, de acuerdo con la descripción típica, sólo es compatible con el dolo directo, ya que el agente debe conocer efectivamente tanto la ilegitimidad de la asunción en el cargo como su ejercicio.

En el caso de continuación arbitraria en la función, al ser requisito objetivo del tipo la comunicación oficial de la cesantía o de la sus-

[23] Cfr. NÚÑEZ, *Tratado*... cit., t. V, p. 61; CREUS, *Delitos*... cit., § 280.

[24] La legitimidad del acto dentro de la esfera de la competencia ajena es mayoritariamente exigida por la doctrina. CREUS, *Delitos*... cit., § 288; NÚÑEZ, *Tratado*... cit., t. V, p. 63.

[25] LAJE ANAYA, ob. cit., p. 66. CCCorr., L. L. 14-95.

pensión, sólo es compatible con esta figura el dolo directo. Es posible que el autor incurra en error respecto de la fecha de expiración de su mandato, o acerca del plazo legal para dejar de continuar en la función pública[26], aunque teniendo en cuenta la especie de delito dichos supuestos resultan improbables.

La hipótesis de ejercicio de funciones ajenas también resulta compatible sólo con el dolo directo, ya que es necesario que el autor conozca que está ejerciendo funciones propias a un cargo ajeno a su competencia.

## IV. Sujeto activo. Autoría

En el primer inciso del artículo 246 el sujeto activo debe ser una persona que no se encuentre desempeñando legalmente la función pública o que no continúe desempeñando ilegalmente esa función, es decir un particular que, sin título o nombramiento legal, asuma o ejerza funciones públicas.

En el caso del inciso segundo, sujeto activo sólo puede ser una persona que ha asumido funciones públicas, pero legalmente ha dejado de ser funcionario o está suspendido como tal, habiendo ya recibido de la autoridad competente comunicación oficial que ordenó la suspensión o cesantía en sus funciones.

Finalmente, la acción típica prevista en el inciso 3° debe llevarla a cabo un funcionario público en ejercicio de sus funciones, aunque se admite que el funcionario suspendido también puede ser autor, pues esta situación no excluye la calidad funcional de la persona[27].

## V. Consumación y tentativa

En la hipótesis del inciso 1° del artículo 246 del Código Penal, la figura típica se consuma con la actividad de asumir el cargo o con el ejercicio de él, sin necesidad de que se produzca daño alguno a la

[26] CFed. de La Plata, J. A. 38-98; se examinó el caso del juez de paz que se excedió en el ejercicio de su cargo inmerso en error respecto de la fecha de expiración de su mandato (cit. por CREUS, *Delitos*... cit., p. 162, nota 72).

[27] NÚÑEZ, ob. cit., p. 63.

administración pública, por lo cual es considerado un delito de peligro abstracto[28]. Es posible la configuración de la tentativa en el supuesto de que el autor realice actos de ejecución del propósito de asumir o en el ejercicio ilegítimo de la función pública.

En el caso de continuación arbitraria en la función, al tratarse de un delito de peligro abstracto, la consumación queda perfeccionada al continuar el autor en el ejercicio del cargo. En consecuencia, la tentativa no es posible al tener en cuenta la clase de delito del que estamos tratando.

Lo mismo sucede con el ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo, en el que, por ser un delito de peligro abstracto, no resulta necesaria la presencia de daño alguno, ya que el delito se consuma con dicha usurpación de funciones ajenas a su competencia, lo cual, acorde con el objeto de tutela penal, resulta ya apto para perturbar la administración pública. Las reservas realizadas sobre la configuración de la tentativa al comentar el inciso anterior son aplicables a este supuesto.

## USURPACIÓN DE GRADOS, TÍTULOS Y HONORES

Artículo 247 (texto según ley 24.527/95): "Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.

"Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren".

### I. Antecedentes históricos

El Código de 1886 no preveía este delito, ni tampoco lo hacían los proyectos de Tejedor y el de 1881. El proyecto de 1891 lo incluyó, expresándose, en la Exposición de Motivos, que: "...El capítulo pro-

[28] CREUS, *Delitos*... cit., p. 155, § 269; NÚÑEZ, *Derecho*... cit., p. 62.

yectado sobre usurpación de autoridad, títulos u honores corresponde al que el Código contiene sobre usurpación de autoridad y comprende, además, el uso indebido de insignias o distintivos oficiales, grados académicos, títulos profesionales u honores, infracción que el Código actual no prevé, pero que conviene prever, como lo hacen muchas legislaciones extranjeras, pues afecta el buen orden de la administración pública..." El proyecto de 1906 incorporó el tipo penal que repite el Código, sin darse fundamentos[29].

## II. Bien jurídico tutelado

Este tipo penal protege el monopolio estatal de la facultad de conferir autoridad, títulos u honores, de allí que los objetos descriptos, el distintivo, el grado, el título o los honores, deben tener carácter oficial, lo que importa que correspondan a un cargo público o procedan de la administración nacional, provincial o municipal[30].

La nueva incorporación realizada por la ley 24.527 versa sobre la realización de actos propios de una profesión para la cual se exija una habilitación especial, esto es, que necesariamente se debe poseer el título como documento que habilita el ejercicio de una actividad. El comportamiento típico afectaría también en este supuesto la facultad privativa del Estado de expedir títulos habilitantes conforme a las previsiones de cada profesión, las cuales son enumeradas por éste. Esta exigencia por parte de la administración obedece a la importancia que han adquirido algunas actividades en nuestros tiempos, para las cuales se requiere por parte de la persona, poseer ciertos conocimientos para su desarrollo, sin los cuales no sólo se estaría perjudicando al Estado en su autoridad, sino que también la incorporación a las diversas actividades o especialidades de personas no idóneas o calificadas para llevarlas adelante correctamente traería aparejados trastornos para las mismas. Entendemos que este precepto no sólo se refiere al título en sí, sino a lo que él representa, que es haber cumplido con la totalidad de los requisitos exigidos, es decir, haber aprobado la totalidad de las

[29] MORENO (h), ob. cit., ps. 158/165.

[30] CREUS, *Delitos...* cit., p. 167; el mismo, *Derecho Penal...* cit., t. II, § 1924; NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino* cit., t. V, p. 65.

materias de estudio que comprenden la carrera de grado. De esta forma se cubre aquellos supuestos en donde el autor logra la obtención del título mediante medios fraudulentos, por ejemplo, lograr, con la complicidad de alguna autoridad administrativa, registrar fraudulentamente como aprobadas algunas materias, con lo cual tampoco se estaría cumpliendo con los requisitos básicos para la expedición del título habilitante, practicando el sujeto activo actos propios de una profesión para la cual, si bien cuenta formalmente con el título respectivo, éste no es intrínsecamente válido al no haberse cumplido con los requisitos requeridos para su expedición.

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *Acciones típicas*

##### a.1) *Llevar públicamente insignias o distintivos de un cargo que no se ejerce*

Los comportamientos lesivos reprimidos por esta figura son tres. El primero consiste en llevar públicamente, esto es mostrar ostensiblemente, insignias o distintivos de un cargo que no se ejerce. La potencialidad del delito está precisamente en la publicidad de la acción del autor que se muestra ante los individuos como titular de una función pública que no posee. De allí que queden fuera de la esfera punitiva la portación de insignias o de distintivos en la esfera privada, como también los uniformes extranjeros[31]. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que: "El haber vestido los asaltantes uniformes similares a los de la Policía Federal, presentándose como miembros de esa fuerza, apuntaba únicamente a facilitar el ingreso al domicilio elegido para llevar a cabo sus fines delictivos, pero de ninguna manera puede considerarse como constitutiva del delito de usurpación de títulos porque el tipo descripto en el artículo 247 exige necesariamente que la falsa

[31] Cfr. CREUS, *Delitos*... cit., p. 169, § 295; el mismo, *Derecho Penal* cit., t. II, p. 254, § 1926; NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*... cit., t. VII, p. 66; LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 67; SOLER, ob. cit., t. V, p. 178.

condición particular y funcional del sujeto sea expuesta de manera ostensible, pública. El bien jurídico tutelado por esta infracción es el regular y legal despliegue de las actividades de la administración pública –en sentido amplio– y que, en consecuencia, debe existir una real afectación al normal desenvolvimiento de esa función estatal. Por ello, el tipo penal del artículo 247 del Código Penal no se satisface con la simple portación o exhibición de la insignia o del uniforme en un sitio privado por antonomasia, como se trata de un domicilio particular, porque en ese ambiente es imposible que se verifique la característica de notoriedad, la posibilidad de que la insignia, distintivo o uniforme sean vistos por un número indeterminado de personas, puesto que sólo en estas condiciones podría considerarse afectado el bien jurídicamente protegido por esa norma"[32].

El elemento típico sobre el cual debe recaer la actividad es en la portación pública de insignias o de distintivos. La insignia es una señal o divisa honorífica constituida por objetos que se pueden usar o no sobre los cuerpos, mientras que el distintivo parece adquirir en la ley un sentido más amplio, puesto que comprendería cualquier objeto que sirva para distinguir de las demás a la persona que ejerce el cargo, como pueden ser los uniformes utilizados por las fuerzas de seguridad en general[33].

La jurisprudencia ha sostenido que: "La llamada chapa de pecho es un distintivo propio de la función policial, ya que forma parte del uniforme respectivo que es lo que permite jurídicamente caracterizarlo en aquellos términos, razón por la cual su tenencia ilegítima al tiempo de la promoción instructora resultaba típica del delito que sustenta el título condenatorio"[34]; "Encuadra en el artículo 247 del Código Penal la conducta del procesado que extrajo y exhibió una credencial falsa, manifestando ser policía. Ello, pues se trata del uso de un elemento susceptible de ser confundido con un documento correspondiente a la fuerza de seguridad"[35].

[32] CCrim., sala VI (def.), 9-12-97, "Moreno, Carlos", c. 28.023.

[33] CREUS, *Delitos*... cit., § 296.

[34] CNCrim., sala V, 21-2-84, "Castro, L. M.", *Boletín de Jurisprudencia*, N° 1, enero-febrero-marzo 1984, p. 68.

[35] CCrim., sala VI, 7-12-93, "Wtodarczk, Martín", J. A. 1996-IV, síntesis, par. 75.

a.2) *Arrogarse grados académicos, títulos profesionales u honores*

El segundo comportamiento se refiere al hecho de arrogarse grados académicos, títulos profesionales u honores que no le corresponden al agente. Por arrogarse se debe entender el hecho de atribuirse dichas cualidades.

Este tipo penal se completa con la titulación del autor de una calidad que no posee, la cual debe ser exteriorizada públicamente, no siendo necesario acto alguno que signifique el ejercicio de la profesión ni el efectivo goce de los grados u honores. La publicidad es exigida como elemento del tipo penal por la jurisprudencia, que expresó: "No puede incriminarse al procesado del delito de usurpación de título profesional, pues no existe prueba o indicio alguno que lo señale arrogándose públicamente la condición de procurador, condición que no puede darse por cumplida por la torpe inserción de la palabra 'procurador' sobre un texto impreso del documento cuyo uso no fue posible establecer"[36]; "La inserción del término 'doctor' en un poder general para actuaciones judiciales, antes de varios nombres, entre los que se encontraba el del encausado, que no revestía dicho carácter, no es constitutivo de delito, pues el instrumento cuestionado es inidóneo para acreditar la calidad de profesional de quienes en él se mencionan"[37]; "Debe revocarse la sentencia apelada y absolver al procesado por el delito de usurpación de títulos y honores por aplicación de la norma beneficiante contenida en el artículo 13 del Código Penal, puesto que un 'auxiliar de comercio' puede titularse 'contador' en escasas oportunidades en que se verifica la invocación de esta calidad; no parece prueba de la arrogación del título de 'contador público nacional' si se repara en que en el recibo de haberes reservado se advierte que no existe 'calificación profesional' y que la remuneración no excede de la común de un empleado"[38], y "Configura los delitos de defrau-

[36] CCrim., sala IV (def.) 2-4-88, "Ballina, Gnecco", c. 34.372, Sent. "E", Sec. 10, *Boletín de Jurisprudencia*, 1988, Nº 2, abril-mayo-junio 1988, p. 148.

[37] CNCrim., sala VI (int.), 26-8-80, "Lucero, Funes", c. 6148, *Boletín de Jurisprudencia*, 1980, entrega IX, p. 209.

[38] CNCrim., 3-9-81, "Rubino, V. D.", c. 14.191, *Boletín de Jurisprudencia*, 1981, entrega 10, p. 235.

dación por retención indebida en concurso real con el de usurpación de títulos, la acción del procesado que arrogándose falsamente la calidad de abogado, aceptó representar a un matrimonio en el juicio de divorcio. El medio para atribuirse falsamente un título profesional puede ser cualquiera, sin que sea necesario o preciso que esa atribución sea expresa, ya que puede consistir en el ejercicio de actos que correspondan a dicha función, que es lo que ocurrió en el caso, en el que incluso asentó un falso número de inscripción en la matrícula respectiva"[39].

En el caso en que el autor, además de atribuirse la profesión, ejerza actos inherentes a ella, dicho comportamiento queda atrapado por las prescripciones del inciso primero del artículo 247 del Código Penal, el cual prevé sanciones más graves que la pena de multa.

El *grado académico* es el título máximo o simplemente superior que otorgan los establecimientos de enseñanza superior que, por lo común, no habilitan profesionalmente, aunque esto último no es requisito indispensable[40]. Se incluyen dentro de este término los títulos expedidos por los institutos secundarios, el título honoris causa, como también todos aquellos documentos que acreditan la pertenencia a algún grupo académico, cultural, científico, etcétera. Se exige que el título sea expedido por autoridad oficial o por aquellas instituciones privadas que tienen autorización para ello. La jurisprudencia ha dicho que "Ostentar falsamente la calidad de sacerdote no significa, según la interpretación tradicional del artículo 247 del Código Penal, arrogarse ningún grado académico, título profesional u honor (distinción oficial), antes bien, esta sería la calidad mentida, propia de la estafa, a que alude el artículo 172 del Código Penal"[41].

El *título profesional* es la habilitación para ejercer o enseñar un determinado arte, ciencia, oficio o actividad, concedida oficialmente por las autoridades del país o convalidada por ellas[42]. Soler agrega a ello el carácter exclusivo que debe revestir la expedición de títulos,

[39] CNCrim., sala III (def.), "Villagra, L.", c. 28.559, *Boletín de Jurisprudencia*, 1984, N° 3, julio-agosto-septiembre 1984, p. 432.

[40] CREUS, *Delitos*... cit., § 298; SOLER, ob. cit., t. V, p. 178.

[41] CCrim., sala IV, 20-2-95, "Guedes, Carlos A.", interl. 2497.

[42] CREUS, *Delitos*... cit., § 299.

porque mientras esta última condición no se cumple, no puede decirse que exista entorpecimiento o lesión para la administración pública[43].

Sobre el alcance dado al título profesional, dos son las corrientes doctrinales y jurisprudenciales: por un lado, se sostiene una interpretación restrictiva exigiendo que la profesión o la actividad se encuentre reglamentada por la autoridad correspondiente. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido: "La manifestación del encartado de pertenecer a una comisaría de la Policía Federal Argentina no encuentra adecuación típica en el ilícito que se le reprocha, pues de ninguna manera titularse oficial de la Policía Federal es arrogarse títulos académicos, profesionales u honoríficos, pues dicho cargo es meramente una función pública o un empleo, y su ejercicio no otorga tales títulos con el alcance a que se refiere el Código Penal, artículo 247, 2ª parte"[44]. En el lado opuesto se sitúan quienes mantienen una interpretación más extensa incluyendo todas aquellas actividades profesionales –por ejemplo los llamados oficios– que carecen de ellos[45]. Esta corriente jurisprudencial ha dicho que "Configura el delito de usurpación de títulos y honores la acción del procesado que, exhibiendo una credencial falsa, manifestó ser policía, pues cuando la redacción del artículo 247 del Código Penal hace alusión al que 'públicamente llevare', se refiere a la publicidad que trasciende de lo privado, consumándose el delito con la sola exhibición, ya que quien obra en una determinada calidad, sin poseerla, se la arroga, máxime cuando invoca expresamente el título y exterioriza la conducta que lo implica"[46].

Por *honor* se entiende la distinción oficial conferida a una persona por su representación o méritos, objetivada en diplomas, premios o recompensas[47]. Esta definición nos indica que sólo son considerados honores aquellos reconocimientos otorgados por la autoridad nacional, provincial o municipal, siempre y cuando ellos no se encuentren expresamente prohibidos –verbigracia, en el supuesto contemplado por

[43] SOLER, ob. cit., t. V, p. 178.

[44] CNCrim., sala IV, 16-3-98, "Genovesi, Carlos E.", int., c. 8412.

[45] CREUS, *Delitos...* cit., § 299.

[46] CNCrim., sala I, 25-8-81, "Morgenstern, Sergio D.", c. 24.793, *Boletín de Jurisprudencia*, 1981, entrega 9, p. 207.

[47] NÚÑEZ, *Derecho Penal...* cit., t. V, p. 71.

el artículo 16 de la Constitución Nacional al referirse a los títulos nobiliarios–, quedando también fuera de la esfera punitiva las distinciones otorgadas tanto por instituciones privadas como extranjeras (por ej. los premios internacionales otorgados en literatura, en biología, en medicina, etc.).

Por último, la nueva incorporación realizada por la ley 24.527/95 describe la conducta de quien no se limita a arrogarse título profesional alguno, sino que realiza actos inherentes a ellos, como ser en el caso del de abogacía, efectuar pedidos ante el tribunal, asistir a audiencias, presentar recursos, etcétera, es decir, no tan sólo titularse como tal, sino desplegar actos propios de ella.

2. *Tipo subjetivo*

Los comportamientos examinados sólo resultan compatibles con el dolo directo, teniendo en cuenta que los modos comisivos descriptos exigen pleno conocimiento por parte del autor de lo ilícito de su accionar.

## IV. Sujetos

El artículo 247 del Código Penal no exige cualidad alguna que deba revestir el sujeto activo, pudiéndolo serlo incluso el funcionario público que no ejerza el cargo al que corresponde la insignia o el distintivo[48]. Al tratarse de delitos de propia mano se excluye la posibilidad de configuración de la autoría mediata.

## V. Consumación

Las figuras delictivas previstas por el artículo 247 del Código Penal alcanzan su consumación al exteriorizarse la acción típica (llámase llevar insignias públicamente, arrogarse grados o títulos, o realizar actos propios de una profesión).

Además, por tratarse de un delito permanente, la resolución originaria de arrogarse públicamente el título persiste mientras no cese la ostentación. Así lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria, ex-

[48] CREUS, *Delitos...* cit., p. 175, § 302; LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 67.

presando que: "El delito previsto por el artículo 247 (2° párr.) es de los que la doctrina ha caracterizado como permanentes, que son aquellos que, operada la consumación jurídica, el estado de comisión prosigue exteriorizándose en el tiempo, hasta que cesa la conducta típica y en los que el tema de la ley más benigna no siempre puede ser resuelto con remisión a la que de manera más benévola sanciona la conducta permanente, pues si el hecho, durante su curso, resulta finalmente alcanzado por una ley más grave que la que rigió durante los primeros tramos de conducta, es esta última ley la que debe regir en el caso; por cuyo motivo, si la conducta típica continuó en el caso exteriorizándose hasta la aprehensión del causante, la prescripción no pudo operarse"[49]; "Comete el delito de usurpación de título profesional (art. 247, Cód. Pen.) quien se arrogó públicamente el título profesional de abogado que no le correspondía, al actuar como letrado patrocinante de un cliente en dos demandas judiciales, suscribiendo en esa condición, con identidad falsa, múltiples presentaciones escritas y cédulas en ambos juicios. No obstante la dualidad de juicios en los cuales se presentó indebidamente el procesado como abogado, la simultaneidad de su actuación en asistencia del mismo cliente, atribuyéndose sin solución de continuidad la calidad profesional que no poseía, revela que en el caso ha existido permanencia delictiva y no reiteración"[50].

## VI. Concurso de delitos

### 1. *Con la usurpación de autoridad, títulos u honores (art. 246, Cód. Pen.)*

La portación ostentosa de insignias o distintivos contemplada por la primera parte del párrafo segundo del artículo 247 del Código Penal cumple una función de tipo subsidiario respecto de los comportamientos contemplados por el artículo 246 del Código Penal, toda vez que si los objetos mencionados son llevados en el ejercicio arbitrario de

[49] CNCrim., sala V, 21-2-84, "Castro, L. M.", *Boletín de Jurisprudencia*, N° 1, enero-febrero-marzo 1984, p. 68 (la sala *in re*, "Domíguez, E. E.", del 11-10-99 y sus citas).

[50] CNCrim., sala VII (def.), 26-10-81, "Valloire, Raúl", c. 1194, *Boletín de Jurisprudencia*, 1981, entrega 11, p. 257; CCCorr., *Fallos* V-55.

las funciones propias del cargo al que pertenecen dichos objetos, estaremos frente a la figura de la usurpación de autoridad. En caso en que el sujeto continúe ejerciendo ilegítimamente funciones del cargo o que éste desempeñe funciones ajenas a su competencia, nos encontraremos frente a los supuestos previstos por los incisos 2° y 3° del artículo 246 del Código Penal[51].

2. *Con el ejercicio ilegal de la medicina (art. 208, Cód. Pen.)*

La arrogación de un grado académico prevista en la segunda parte del segundo párrafo del artículo que estamos comentando concurre en forma material con los comportamientos delictivos contemplados por el artículo 208 del Código Penal, toda vez, a modo de guisa, que la titulación de médico por parte del individuo constituye ya una usurpación, mas puede sumarse a ello, en forma real, algunas de las acciones típicas previstas por el artículo 208 del citado cuerpo normativo.

Por su parte, existe una relación de género a especie entre el ejercicio de actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial sin poseerla –primer párrafo del artículo 247–, y entre las conductas reprimidas por el inciso 1° del artículo 208 del Código Penal, toda vez que este apartado normativo sólo hace alusión al ejercicio ilegal de la medicina, mientras que el otro sólo menciona a los actos propios de una profesión.

[51] CREUS, *Delitos...* cit., p. 176, § 303.

# CAPÍTULO IV

# ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. *El delito de abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público*. I. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. II. Autoría. III. Antijuridicidad. IV. Atribuibilidad. V. Consumación y tentativa. *Omisión de deberes del oficio –artículo 249–*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. IV. Autoría. V. Consumación y tentativa. VI. Diferencia con el abuso de autoridad omisivo previsto por el artículo 248 del Código Penal. *Denegación de auxilio –artículo 250–*. I. Bien jurídico protegido. II. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. III. Autoría. IV. Consumación y tentativa. *Requerimiento indebido de la fuerza pública –artículo 251–*. I. Bien jurídico protegido. II. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. III. Autoría. IV. Consumación y tentativa. *Abandono de destino –artículo 252–*. I. Bien jurídico protegido. II. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) La acción típica. b) Sujetos. 2. Tipo subjetivo. 3. Consumación y tentativa. *Proposición, nombramiento y aceptación ilegal de cargo público –artículo 253–*. I. Bien jurídico. II. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Sujeto activo. 2. Tipo subjetivo. 3. Consumación y tentativa.

## I. Antecedentes

Los antecedentes pueden encontrarse en el Proyecto Tejedor; el proyecto de Villegas, Ugarriza y García; el Código de 1886, y el proyecto de 1891, que cambia la lista que tenían los cuerpos legales anteriores y se redacta una disposición genérica. Según la Exposición de Motivos, afirma que se trata del funcionario que, traicionando la confianza depositada en él por el pueblo o por alguno de los poderes públicos, emplea la autoridad recibida como instrumento para violar la Constitución y las leyes, cuyo guardián celoso debería ser. Pero han hecho notar Molinario y Aguirre Obarrio que esta idea reflejada

en la Exposición de Motivos no se concreta en el texto, ya que las palabras traicionar, deberes y usar la autoridad para violar las leyes no aparecen en el texto, sino sólo como explicación del proyecto. Y esto tiene importancia, ya que, si no "tiñéramos la disposición con la idea de que se trata de una traición a la confianza, de usar la autoridad como instrumento para violar la Constitución o las leyes, es decir, si no exigimos un toque de alevosía, el delito se desdibujará y podría castigarse a todo funcionario público y a todos los jueces que tenemos y tuvimos en el país"[1].

Lo afirmado no es cuestión banal, ya que hace que el tipo penal tenga algún límite, que de lo contrario, y de acuerdo a la redacción dada, estaría tipificado como tipo penal abierto.

## II. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en este capítulo es la administración pública, que puede verse afectada por el arbitrario ejercicio de la función pública, al margen de las constituciones, leyes o deberes que la rigen[2]. Ésta es la idea general, pero debe entenderse que hay que ir más al fondo del asunto y afirmar que lo protegido es, sin duda, la administración pública, en oposición a aquellos funcionarios que de una manera aviesa actúan en contra de la Constitución y de las leyes[3].

### EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO

El artículo 248 del Código Penal establece una pena de prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, al

[1] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 344.

[2] NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. V, vol. II, p. 72.

[3] "En dicho tipo legal (art. 248, Cód. Pen.), el bien jurídico tutelado es el correcto funcionamiento de la administración pública. La existencia de este delito en el ordenamiento penal persigue el objetivo de garantizar la regularidad y la legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo" (CCCorr.Fed., sala I, "Juárez Campos, A.", B. J., N° 2, mayo-agosto 1988, p. 1).

funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

## I. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

Se trata del llamado abuso genérico de autoridad, cuya tipificación falta en varias legislaciones, habida cuenta de la dificultad para definirlo, de manera que termina siendo un tipo penal indefinido[4]. Como abuso debe entenderse los actos u omisiones del funcionario que violan la Constitución o las leyes de una manera dolosa. Ambos extremos no pueden separarse en esta explicación previa, ya que si no existe la intencionalidad de violación del orden jurídico no podrá haber abuso[5].

La ley prevé tres supuestos distintos para la comisión de este delito:

1) Cuando el funcionario público dicte resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes nacionales o provinciales;
2) cuando ejecute las órdenes contrarias a dichas disposiciones, y
3) cuando no ejecute las leyes cuyo cumplimiento le incumba.

Como puede observarse, la descripción de los dos primeros casos corresponde a conductas comisivas, mientras que la restante implica, en principio, una omisión.

[4] CARRARA, *Programa...* cit., par. 2513. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte especial*, Temis, Bogotá, 1955, t. III, p. 209.

[5] Al respecto se ha sostenido que el tipo penal descripto en el art. 248 del Código de fondo está destinado a sancionar el dictado, por parte de funcionarios de relevancia, de resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o a la inejecución de las leyes cuyo cumplimiento les incumbiera, y no el mero incumplimiento de las funciones administrativas. Es un delito de omisión consistente en no hacer lo que la ley manda en razón de su cargo, traicionando la confianza depositada en él por el pueblo o algunos de los poderes públicos (CCCorr.Fed., sala II, "Zambianchi, C. A. y otros", B. J., N° 1, enero-abril 1986, p. 159).

Todas ellas contemplan un despliegue arbitrario en la función, contrariando lo que constitucional o legalmente es lo debido y obligatorio. Es necesario recordar que, tal y como lo sostiene Núñez[6], el abuso de autoridad no es una extralimitación funcional en el sentido extensivo, sino que es un mal uso de la autoridad dentro de la propia función; es cuando el funcionario emplea la autoridad recibida para violar la Constitución o las leyes. Se trata del funcionario público que utiliza su cargo a los efectos de actuar ilegalmente. En el supuesto en que el funcionario se extralimita en su función, el caso encuadraría en la figura prevista por el artículo 246, inciso 3°, del Código Penal –usurpación de funciones–, y no en la analizada.

a) En cuanto al primer supuesto, corresponde señalar que se configura el delito previsto por el artículo 248 cuando se dictan resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución, pero con el fin de ir en contra de ella. Ya Carrara había distinguido los supuestos en los cuales el caso importa una facultad que ni la Constitución ni las leyes le han atribuido al funcionario, y en segundo lugar, cuando si bien la atribución existe, se la ejerce arbitrariamente, por no darse los supuestos de hecho que se requerían. Esto ha hecho decir a Creus, en la primera hipótesis, que la resolución o la orden es imposible, mientras que en la segunda es arbitraria. El primer caso sería el supuesto del funcionario público que obliga a casarse a una persona con quien no quiere, en tanto el segundo el del funcionario policial que incomunica a un imputado, cuando no corresponde[7].

Este fin de contradicción a la Constitución es lo que marca el tipo penal[8]. De este modo, se trata de un abuso, habida cuenta de que el ordenamiento legal no le atribuye esa capacidad al funcionario, pues o está prohibida específicamente o no ha sido concedida, o cuando la actividad del funcionario, si bien se apoya en una facultad concedida por la ley, en el caso concreto, se la ejerce arbitrariamente, por no darse los supuestos de hecho requeridos para su ejercicio[9] (ej.: el juez

[6] Ob. cit., p. 75.
[7] CREUS, ob. cit., p. 189.
[8] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 345.
[9] CREUS, *Delitos...* cit., p. 189.

que ordena un allanamiento sabiendo que es falso, que en ese lugar no se encuentra lo que busca, abusa de su autoridad)[10-11].

Conforme se desprende del texto legal, se ha efectuado una diferencia entre resoluciones y órdenes. Al respecto, Soler[12] ha establecido que las primeras pueden constituir tanto una reglamentación de carácter general (edicto policial) como la determinación de la voluntad del Estado con respecto a una situación concreta (prohibir o acordar una manifestación pública, resoluciones ministeriales, decretos municipales). Una resolución, por tanto, se transforma en orden cuando es confiada a un órgano del Estado con la conminación de ejecutarla o darle cumplimiento. Sin embargo, algunos autores como Creus[13] van más allá al explicar esta distinción, pues consideran que si bien, generalmente, toda orden importa por sí una resolución, ello puede no ocurrir, tal el caso de "la orden verbalmente impartida a sus subordinados por un jefe policial para que disuelvan una pacífica reunión familiar", la que constituye "tan abuso de autoridad como la que se imparte habiendo dictado, previamente, una resolución en ese sentido", por lo cual se señala que las resoluciones a las que hace referencia el artículo 248 son todas aquellas disposiciones dictadas por la autoridad que crean, extinguen o modifican derechos o facultades, obligaciones o cargas de terceros o del mismo Estado, sea con carácter general o particular, y que tienen por finalidad crear una situación jurídica[14]. En tanto la orden es la disposición de un acto que debe

[10] SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1988, t. V, p. 186.

[11] "Comete el delito de abuso de autoridad el juez que recurre a una atestación mentirosa con el fin de beneficiar a un tercero mediante la entrega para su uso personal de un rodado secuestrado en una causa penal designándolo al efecto como depositario judicial" (CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Zitto Soria, Miguel A.", J. A. 1997-IV-269).

[12] SOLER, ob. cit., p. 185.

[13] CREUS, ob. cit., p. 191.

[14] Así se ha sostenido: "Que corroborada fehacientemente la vigencia del decreto municipal 182/953, como también de la ley 24.257 y de la ordenanza municipal 46.229, que en esencia prohíben el otorgamiento de concesiones, tenencias precarias, permisos de uso y transferencias de dominio, sobre la zona denominada 'Parque Tres de Febrero' de esta ciudad [...] corresponde homologar la resolución adoptada por el señor juez de grado –procesamiento en orden al art. 248 del Cód. Pen.– respecto del

realizarse por otros funcionarios sobre terceros o personalmente por esos mismos terceros, que puede no presuponer una resolución anterior.

b) Con relación a la segunda forma prevista para la concreción del abuso funcional, esto es la ejecución de resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución o a las leyes, es claro que el supuesto es distinto, ya que se trata de ejecutar, esto es cumplir, formalizar, realizar, llevar a cabo el contenido de la orden, plasmarla en la realidad. "Ejecuta el que opera sobre el sujeto pasivo –que puede ser la misma administración– el hecho que la orden o la resolución importan"[15]. Pero también en este caso la cuestión no se reduce a este punto, sino que es necesario que el sujeto sepa que la disposición o la orden están en contra de la Constitución o de las leyes, y tenga la voluntad de contradecirlas, salvo que no esté en su ámbito revisarlas[16], con la excepción de que la orden no sea manifiestamente ilegal[17], ya que en ese caso no debe ejecutar el acto[18].

c) En cuanto a la no ejecución de leyes cuyo cumplimiento le incumbe, sigue siendo válido el criterio antes enunciado, que consiste en omitir cumplir con la ley, pero de una manera intencional, esto es con dolo, de manera que queda de lado toda conducta negligente[19]. Se trata de una omisión que consiste en la inobservancia de la ley, esto es no hacer, no ejecutar, no cumplir lo que la ley manda expre-

nombrado M. P., quien se desempeñaba al momento del hecho como secretario de Planeamiento Urbano y Medio Ambiente de la Municipalidad de esta ciudad, al haberse acreditado [...] que el nombrado autorizó en el mes de noviembre de 1995 a la firma 'P. SRL' y a sus sublocatarios a desarrollar actividades comerciales dentro de aquel predio".

[15] CREUS, ob. cit., p. 191.

[16] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, ps. 345/6.

[17] El Código Penal español, en su art. 410, inc. 2°, expresamente contempla esta situación al establecer: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general".

[18] "Como principio, dentro de la jerarquía administrativa civil, el agente no debe obediencia a una orden ilícita, pues el artículo 248 del Código Penal sanciona expresamente al inferior que las cumpliere, quien no podrá así ampararse en la causal establecida por el artículo 34, inciso 5°, del Código citado" (CSJN, 22-6-87, c. 547, *Fallos*: 310:1162).

[19] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 346.

samente hacer al funcionario dentro de su autoridad funcional. Como ejemplo puede citarse el no dictar la prisión preventiva cuando corresponde o no observar el acto administrativo viciado cuando el funcionario ejerce funciones de contralor[20]. Se trata, como se puede ver, de una forma de omisión impropia, ya que el funcionario está obligado a cumplir con la ley, de manera que tiene en este caso una posición de garantía que surge de la calidad de funcionario, que por otra parte especializa el delito[21].

La dificultad puede darse en la diferenciación con el artículo 249 del Código Penal. Soler[22] había sostenido que el artículo 248 prevé la violación o el incumplimiento de disposiciones expresas de la ley, mientras que el 249 contempla el incumplimiento genérico de funciones administrativas, agregando que "en el primer caso el hecho debe siempre revestir los caracteres de malicia señalados para la figura general, mientras que para el otro parece bastar la incuria, el retardo, la negligencia en el desempeño de la función". Aclararemos la cuestión al tratar el artículo 249.

## 2. *Tipo subjetivo*

No hay dudas de que se trata de un delito doloso y de dolo directo, ya que, como se dijo, el autor tiene el conocimiento de la ilegalidad de su accionar y sin embargo actúa con un plus subjetivo. En otros términos, el autor debe conocer la ilegalidad de las resoluciones u órdenes que se dictan, transmiten o ejecutan y debe tener la voluntad de dictarlas, ejecutarlas o abstenerse de cumplirlas, según los supuestos de que se trate. En el aspecto volitivo, el sujeto debe tener la voluntad de oponerse a la ley, de desconocerla, aunque no se alcance la mala aplicación o interpretación de ella[23].

[20] CREUS, ob. cit., p. 192.

[21] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...* cit., p. 383.

[22] SOLER, ob. cit., p. 187.

[23] Hay acuerdo en este punto; CREUS, ob. cit., p. 203, y SOLER, ob. cit., par. 140-II. En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia: "Uno de los requisitos de naturaleza esencial que debe contener este tipo penal es la existencia de dolo directo en el accionar del imputado" (CCCorr.Fed., sala I, "Botbol, J.", B. J., N° 1,

La doctrina argentina insiste en requerir en el tipo la malicia, como elemento subjetivo del tipo, que está ínsita en cualquier caso de abuso[24]. De todas maneras, la cuestión está clara, aunque no se acepte este concepto que no es exigido expresamente por la ley, que se trata de un dolo directo, más allá de este concepto de malicia, que es dudoso y sólo parece ser una forma de salvar los problemas que tenía el causalismo en construir un concepto de dolo adecuado al principio de legalidad. Y esto es claro, ya que al tener un concepto de dolo no específico, y exigir para el dolo específico un ánimo especial, aunque la ley no dijera nada sobre el punto, debía presuponerse[25].

Como es obvio, el error de tipo elimina el dolo; en este sentido la jurisprudencia ha sostenido: "En la figura del abuso de autoridad, el error juega un papel preponderante. El funcionario que se equivoca y desconoce la concurrencia de algún elemento de la figura penal en cuestión, sea cual sea la fuente de su error, no comete abuso, para el que el dolo es imprescindible" (CCCorr.Fed., sala II, "Etchebarne", J. A. *Boletín de Jurisprudencia*, enero-abril 1987, p. 1).

## II. Autoría

Sujeto activo de este delito sólo puede ser un funcionario público, en ejercicio de su cargo y obrando dentro de su propia competencia. El autor debe hacer un mal empleo de la autoridad pública que legalmente posee. Ello no es óbice para admitir la intervención –a nivel de complicidad– de particulares en la comisión del delito referido, casos en los que deberán aplicarse las reglas generales en materia de autoría y participación.

enero-abril 1988, p. 3); "Para la producción de esta conducta resulta menester la acreditada existencia del propósito de violentar la ley de modo tal de menoscabarla mediante el empleo de la autoridad en forma abusiva, sin que se incrimine la decisión errónea o extemporánea por sí sola [...] El funcionario que aplica mal una ley interpretándola incorrectamente no cometerá abuso aunque lo haga a sabiendas. El abuso de autoridad presenta la doble forma del ejercicio de una facultad que se sabe inexistente como tal, y la del ejercicio de una facultad existente en condiciones conocidamente falsas ejerciéndose un poder que se sabe ilegal" (CCCFed., sala I, "González del Solar, J.", B. J., N° 1, enero-abril 1988, p. 1).

[24] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 77.

[25] La crítica acertada también en CREUS, ob. cit., p. 197.

Pero debe quedar en claro que se trata de un delito especial propio, ya que sólo el funcionario público puede realizar el tipo penal, y dentro de su competencia, de modo que debe tener facultades para realizar el abuso que hemos descripto[26].

## III. Antijuridicidad

En este aspecto se deben aplicar las reglas generales de la antijuridicidad, en cuanto a las causas de justificación, pero como claramente se puede observar, habrá problemas con el tema de la obediencia debida[27]. Especialmente el sujeto pasivo del abuso podría actuar en legítima defensa contra el funcionario público actuante[28].

## IV. Atribuibilidad

En este punto es donde habrán que tratarse dos temas básicos. Uno es la obediencia debida, que podrá ser analizada como una forma de coacción o directamente como error de prohibición. Éste será el caso del autor que ejecute una orden contraria a la Constitución o a

[26] CREUS, ob. cit., p. 199. En relación a este tema la jurisprudencia ha sostenido que: "Configura el delito de abuso de autoridad la acción del procesado que envió una cédula de notificación al propietario de un automóvil taxímetro, bajo apercibimiento, en caso de incomparecencia, de revocar la licencia para funcionar como taxímetro, haciendo valer para un asunto particular su carácter de jefe de división en el Departamento de Uso de la Dirección de Vía Pública de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, excediendo los límites de su competencia" (CCCorr., sala VII, 16-4-85, "Soriano Grandes, E.", c. 4981, B. J., 1985, N° 2, p. 86).

[27] Ya hemos tratado el tema en *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, par. 67, p. 199.

[28] "No pudiéndose descartar que haya mediado abuso por parte de los policías, que obligasen a los acusados a defenderse, más aún cuando el jefe de la comisión policial que detuvo a los imputados no tenía motivo alguno justificante de la detención, corresponde confirmar la sentencia absolutoria por el delito de resistencia a la autoridad agravado [...] Por otra parte, si bien la Ley Orgánica de la Policía Federal acuerda a esa institución la facultad de detener con fines de identificación, ello sólo puede obedecer a circunstancias que lo justifiquen (art. 51), de manera que si en principio la aprehensión de los procesados se revela como un posible atropello a los derechos de tales individuos, también esa actitud policial daría pábulo a la suposición de que no se procedió bien al hacerlos ingresar a la comisaría" (CCCorr., sala III, 27-10-81, "Narraro, R.", B. J., 1981, entrega 11, p. 254).

la ley, pero creyendo que su accionar es legítimo o que la orden dada por el superior es legal.

También elimina la culpabilidad la creencia de que la ley es inconstitucional y luego, en base a ese razonamiento, el autor no la ejecuta o la incumple, creyendo que de esa manera está a derecho.

## V. Consumación y tentativa

El abuso de autoridad no tiene una única forma de consumación, ya que son distintas las formas de conducta, tal como se ha visto. No son delitos de resultado material, bastando la acción en su caso y la omisión en el otro, para que se consume el tipo[29].

En el caso del dictado de resoluciones, está claro que la consumación se dará cuando ella se dicte, esto es cuando aquélla se integre como acto administrativo o jurisdiccional válido, independientemente de que haya producido sus efectos afectando a terceros, o que alcance estado de firmeza. Ejemplo: "bastará que el juez firme la resolución contraria a la ley para que el abuso quede consumado, aunque las partes no hubiesen sido notificadas todavía"[30]. Cuando se trate de dictar órdenes, el delito se consumará cuando la orden sea impartida, mediante los procedimientos correspondientes, para que deba ser cumplida por su destinatario, no siendo necesario que aquélla sea efectivamente acatada.

En el caso de ejecución, el delito se consuma cuando el funcionario ejecute las órdenes o resoluciones, esto es que concrete sus contenidos sobre los objetos de ellas.

En los casos de omisión, la consumación se dará cuando la ley debía ser ejecutada sin que ello sucediera.

Resulta necesario efectuar una distinción entre las tres formas delictivas antes detalladas en cuanto si es posible la tentativa. Una parte de la doctrina afirmó que la conducta consistente en dictar resoluciones u órdenes, o en ejecutarlas, admite tentativa, ya que los actos inmediatamente ejecutivos del propósito de hacerlo son suscep-

[29] CREUS, ob. cit., p. 197.
[30] CREUS, ob. cit., p. 198.

tibles de ser interrumpidos antes de lograrlo. Distinta es la situación del tercer caso, por su carácter omisivo[31].

Sin embargo, Creus ha sostenido que la cuestión no es sencilla, ya que una orden no se imparte hasta que no se da, ni una resolución hasta que no se firma. En cambio en los casos de abusos, en los cuales se ejecuta una resolución o una orden ilegal, entonces sí se puede dar la tentativa, ya que quien se prepara para cumplir con la orden ya está actuando sobre el objeto de la orden y esto puede entenderse como acto ejecutivo, que puede ser impedido[32].

La cuestión está en poder analizar cuáles actos, según el plan del autor, son los últimos antes de la consumación y que ello sea evitable por el accionar de un tercero o del propio autor a los efectos del desistimiento[33].

## OMISIÓN DE DEBERES DEL OFICIO –ARTÍCULO 249–

La comisión de reformas al Código Penal, nombrada por el nuevo gobierno que asumió a fines de 1999, ha introducido una serie de modificaciones, tanto a la parte general, como especial del Código Penal. En especial, con respecto a los delitos contra la administración pública, en donde se ha propuesto agravantes específicas, teniendo en cuenta el daño producido por el funcionario público. En concreto se ha propuesta una agravante en el caso del tipo penal del *Abuso de autoridad* (art. 248), *Cohecho* (art. 256) y *Negociaciones incompatibles* (art. 265), para el caso en que se produjera un grave detrimento del patrimonio del Estado del que resulten beneficios ilícitos para el autor o un tercero. Además, se agravan los tipos en cuestión en los casos en que el origen de la designación del funcionario público que hubiese actuado proviniera de elección popular, pues, en tal caso, a la lesión al bien jurídico de que se trate, afirma la comisión, en su Exposición de Motivos, se agrega la defraudación a la confianza del pueblo expresada en esa elección.

[31] NÚÑEZ, ob. cit., p. 77. En contra, Soler (ob. cit., p. 187), y Fontán Balestra (*Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 265) no admiten la tentativa en ningún caso.

[32] CREUS, ob. cit., p. 199.

[33] DONNA, *La tentativa* cit.

La base de esta agravante, tal como se ve, es que la función pública tiene como fin el servir, dentro de un Estado social y democrático de Derecho al pueblo, de modo que merece más sanción quien usa el lugar que tiene en la administración pública para enriquecerse, causando detrimento económico al patrimonio del Estado, y es más grave aún cuando el origen del cargo proviene de una elección popular, ya que se traiciona un deber de fidelidad y se atenta contra el sistema democrático en su conjunto.

El texto legal del artículo 249 establece que: "Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio".

## I. Antecedentes

La norma ha sido tomada del proyecto de 1891, pero no observando las relaciones que tenía con el artículo anterior, y ése es el motivo por el cual hay que tener cierto cuidado en la diferenciación con la omisión del artículo 248, última parte[34]. Como antecedente, puede citarse, además, el artículo 178 del Código italiano, que después pasó a ser el artículo 328.

## II. Bien jurídico protegido

Como en la mayoría de los tipos penales de este título, se puede afirmar que se protege el correcto funcionamiento del servicio público, procurando el desenvolvimiento normal y diligente de la administración[35]. Más detenidamente, se trata de que el funcionamiento de la administración pública no se vea perjudicado por la inercia dolosa del funcionario público que ejerce un cargo determinado[36].

"Quizás la quintaesencia de la función pública resida en la interrelación del funcionario con la propia administración, de un lado, y

[34] SOLER, ob. cit., t. V, p. par. 140, III.
[35] SOLER, ob. cit., p. 189.
[36] MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 224.

entre el funcionario y los administrados, de otro, pues en el sistema del Estado de Derecho no puede concebirse el Poder Ejecutivo como una mera potestad institucional impuesta desde arriba, sino como un poder estatal que trae su origen y tiene su legitimidad en la propia voluntad popular de la ciudadanía delimitadora de las facultades de actuación de los funcionarios"[37].

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

Tal y como se desprende de la descripción efectuada en la normativa analizada, el delito se configura mediante conductas omisivas. Así, el sujeto debe omitir, rehusar hacer o retardar; en el segundo caso, si bien puede señalarse que existe una actividad por parte del sujeto (rehusar), aquella negativa se traduce en el incumplimiento del acto correspondiente. Se trata de negarse a actuar, expresa o tácitamente.

El sujeto puede omitir el acto, es decir no lo realiza, no lo ejecuta, no lo lleva a cabo. La negativa puede ser tácita o expresa, siempre que exista el deber de actuar. Será expresa cuando exista una petición, tanto de un particular como de un superior jerárquico. Según Maggiore, la negación supone una petición tanto de un particular como de la administración propiamente dicha[38]. En cambio será implícita la realización consciente de un acto nulo y el llamado obstruccionismo burocrático.

Por estos motivos se justifica la afirmación de Creus[39], cuando señala que se trata de la omisión precedida de la negativa frente a la interpelación, citando a Núñez para remarcar la siguiente diferencia con relación al accionar del funcionario: "omite el acto si, debiendo realizarlo de oficio, no lo hace", en tanto que "rehúsa hacer el acto si correspondiendo que lo realice a petición de parte interesada o por orden de autoridad competente, no lo realiza".

[37] COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Curso de Derecho Penal español*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. II, p. 320.

[38] MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 224.

[39] Ob. cit., p. 206.

También se castiga el retardar el acto. Por retardo debe entenderse el intervalo de tiempo transcurrido entre el momento en que el acto debía realizarse y aquel en que efectivamente se realizó[40]. En otras palabras, no se realiza el acto debido en el término establecido legalmente; es una conducta típica, de modo que el funcionario difiere su ejecución para una oportunidad posterior, fuera del marco legal.

Todas estas conductas deben referirse a los actos de la función, esto es, a "los actos que son el contenido de la función, y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria: faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario"[41]. Por eso se ha sostenido que deben tratarse de actos propios de sus funciones, que contempla no sólo los actos de autoridad, sino además cualquier tarea administrativa que integre la función o la prestación de servicio del agente. Por eso serán actos que tipifican estos hechos, el cartero que no distribuye la correspondencia, el policía que no evita la alteración del orden, el juez que no provee los pedidos de las partes en el expediente, el secretario que no carga los escritos que se presentan[42].

La omisión o la demora deben ser ilegales. Este elemento normativo del tipo exige su comprensión por el dolo, para un sector de la doctrina, y para otros es un elemento de antijuridicidad especial que es impuesto taxativamente por la ley. El tipo penal igual se configurará aunque la parte tenga algún recurso administrativo o judicial pendiente. Ahora bien, este elemento hace que la tipicidad quede excluida en los casos en que el funcionario tenga la facultad o el deber de negarse, omitir o retardar el acto que, como es obvio, debe estar reconocido por la ley[43].

## 2. *Tipo subjetivo*

Es un delito doloso, por ende, requiere que el autor conozca que el acto que omite es propio de su función, que tal omisión es ilegal y que tenga, además, la posibilidad de actuar, ya que si no le es

[40] MAGGIORE, ob. cit., p. 225.
[41] SOLER, ob. cit., p. 189.
[42] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 78.
[43] MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 225.

posible realizar el acto no se le podrá imputar el hecho. No hay duda de que este elemento normativo del tipo hace que el dolo sea directo, no admitiéndose el dolo eventual, ni el directo de segundo grado. Toda discusión sobre la malicia está de más, ya que, como hemos afirmado, el problema es de los autores causalistas con problemas en la comprensión del dolo.

## IV. Autoría

Se trata de un delito especial propio, de modo que sólo puede ser autor el funcionario público en ejercicio de su propia función o tarea administrativa. La posibilidad de participación al nivel de la complicidad resulta poco viable, según la doctrina, que también lo califica como delito de propia mano, aunque es factible que puedan plantearse situaciones de instigación[44].

## V. Consumación y tentativa

La consumación tiene lugar con el acto omisivo, es decir, el no realizar el acto funcional en la oportunidad determinada legalmente, sin necesidad de que se produzca consecuencia alguna[45].

Cuando se trata de retardo y existe un término prescripto o fijado, el perfeccionamiento del delito coincide con el de la expiración de ese término. A falta de él, al finalizar el tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales, aun cuando el retardo no determine la invalidez del acto sucesivamente cumplido[46].

Como se trata de una omisión simple, la tentativa no es posible en ninguno de los supuestos analizados[47].

[44] CREUS, ob. cit., p. 210.

[45] CREUS, ob. cit., p. 209; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., ps. 266/7.

[46] FONTÁN BALESTRA, citando a Oderigo (Cód. Pen., nota 1356), ob. cit., ps. 266/7.

[47] En igual sentido, CREUS, ob. cit., p. 209; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 267; NÚÑEZ, ob. cit., p. 79; SOLER, ob. cit., p. 190.

## VI. Diferencia con el abuso de autoridad omisivo previsto por el artículo 248 del Código Penal

Afirma Creus que la distinción que la jurisprudencia y la doctrina han hecho surge de un fallo de la Cámara del Crimen de la Capital, en el cual se había sostenido que la forma omisiva del artículo 248 se refiere al incumplimiento de las disposiciones expresas de la ley, en tanto que el artículo 249 se refiere al incumplimiento genérico de las funciones administrativas[48-49].

Para Molinario y Aguirre Obarrio la cuestión reside en que en el presente artículo se omiten actos concretos, por eso el hecho es menos grave, mientras que en el 248 la negativa es global, en cuanto a su función, y por eso su mayor gravedad[50].

Otra parte de la doctrina afirma que mientras la conducta prevista por el artículo 248 prevé la inobservancia de lo que, de modo expreso, un precepto de la Constitución o de la ley manda resolver, ordenar o ejecutar al funcionario, ejerciendo su autoridad funcional en una cuestión, asunto o materia, el accionar analizado en este artículo consiste en que la omisión tiene por objeto cualquier acto que el funcionario esté obligado a cumplir por su oficio[51].

Al respecto puede agregarse que "cuando la omisión se refiere a un acto de la competencia del funcionario que está taxativamente determinado por la ley, el artículo 249 funciona como tipo alternativo frente al artículo 248, alternatividad determinada por la calidad del acto omitido: si se trata de un acto de autoridad, se dará el artículo 248; si no, el artículo 249"[52].

[48] *Fallos*: 2:467. CREUS, ob. cit., ps. 210/11.

[49] Al respecto se sostuvo que "La figura del art. 249 del Código Penal no tiene una relación residual respecto de la que traza el art. 248 del Cód. Pen. Dicho de otro modo, las omisiones del tipo del art. 249 no sancionan incumplimientos normativos de menor jerarquía que la Constitución Nacional y la ley, sea nacional o provincial, sino la omisión, la negativa o el retardo de algún acto de oficio. Por ello la violación a un reglamento dictado por la Prefectura Naval Argentina para disciplinar la actividad de detalle de sus subordinados sólo podrá tener esa significación en tanto importe alguno de esos tres modos omisivos" (CCrim.Fed., sala I, "Doval, I.", B. J., N° 1, enero-abril 1986, p. 159).

[50] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 347.

[51] Ver NÚÑEZ, ob. cit., ps. 75 y 78.

[52] CREUS, ob. cit., ps. 211/2.

A nuestro juicio, la cuestión debe ser analizada en cuanto al abuso propiamente dicho, esto es que se trata de una omisión impropia frente a una omisión simple, que se refiere a un hecho concreto.

## DENEGACIÓN DE AUXILIO –ARTÍCULO 250–

### I. Bien jurídico protegido

Constituye el bien jurídico protegido la administración pública, en la perspectiva de los deberes de cooperación en el servicio a los intereses generales que vinculan a los funcionarios públicos en el correcto ejercicio de su cargo[53].

Según el artículo 250 del Código Penal: será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

### II. Tipicidad

#### 1. *Tipo objetivo*

Las conductas previstas por el tipo son las mismas que las analizadas en el artículo anterior –249–, esto es omitir, retardar y rehusar, sin causa justificada. Omite prestar el auxilio requerido, si no lo proporciona; lo retarda si dilata su proporción más allá del momento oportuno con arreglo al requerimiento o a las modalidades del caso, y rehúsa si rechaza proporcionarlo[54]. Corresponde en este sentido remitirse a lo expuesto en el capítulo anterior.

Otros de los requisitos del tipo es la ausencia de causa justificada que haya llevado a omitir, rehusar o retardar el cumplimiento del auxilio requerido. La doctrina es conteste en señalar que este requisito no se

[53] Cobo del Rosal (ob. cit., p. 331), en el análisis al art. 412 del Código Penal español de similar redacción a nuestro art. 249.

[54] NÚÑEZ, ob. cit., p. 81.

limita a las causales generales de exclusión de la antijuridicidad (art. 34, Cód. Pen.), sino que también pueden darse otros supuestos, fuera de las causas de justificación, que lleven a determinar la licitud de la conducta. En efecto, "la falta de elementos para prestar el auxilio; la imposibilidad de prestarlo en las condiciones requeridas, hasta el error táctico en la ejecución de los actos propios de auxilio que entorpezcan su prestación en la medida y oportunidad necesarias de acuerdo con el requerimiento"[55], pueden constituir causas justificadas para la omisión, retardo o rehusamiento analizados.

También es necesaria la existencia de un requerimiento de auxilio por parte de la autoridad civil competente. Esta última debe ordenar, interpelar o intimidar a la prestación del auxilio.

El requerimiento debe ser legal, "debe tener un objeto constitucional y legalmente admisible, y, cuando se lo haya dispuesto, debe guardar la forma establecida"[56]. No es necesaria una forma determinada, ni importa el medio por el cual se formula el requerimiento, que puede ser escrito u oral[57]. Se exige que responda a una motivación jurídicamente posible (quedan excluidos, entonces, el requerimiento de auxilio destinado a hacer cumplir una sentencia absurdamente inconstitucional[58], o el caso del oficial de justicia que requiera la fuerza pública para allanar un domicilio sin orden o con una orden defectuosa, o si el juez lo hace para poner en prisión a una persona contra la cual no hay imputación alguna que lo autorice)[59]. Para que esté presente el requisito de legalidad también es necesario que el requerimiento esté dirigido a la fuerza que debe prestar el auxilio dentro de su ámbito de actuación[60].

*El fundamento del deber jurídico de actuar del funcionario, en el* ámbito del auxilio al servicio de la causa pública, recabado por autoridad

[55] CREUS, citando a NÚÑEZ (*Manual...* cit., p. 415), ob. cit., p. 215.

[56] NÚÑEZ, ob. cit., p. 80.

[57] CREUS, ob. cit., p. 216, citando a VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*Código Penal* cit., t. IV, p. 433).

[58] CREUS, ob. cit., p. 215.

[59] Ejemplos dados por NÚÑEZ, ob. cit., p. 80.

[60] Creus (ob. cit., p. 216), citando a GONZÁLEZ ROURA (*Derecho Penal*, t. III, N° 285), brinda, para señalar la ausencia de legalidad en un requerimiento, el caso del juez federal que requiere el auxilio de la Prefectura para que realice un allanamiento fuera del ámbito de actuación que le asigna a dicha fuerza la respectiva ley orgánica.

competente, proviene de las exigencias dimanantes del principio de jerarquía administrativa relativas a los servicios de los intereses generales que corresponde a la administración pública con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, así como de la procedencia de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso en la ejecución de lo resuelto, además de la obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes[61].

Asimismo, el requerimiento debe ser formulado por autoridad civil competente, es decir, cualquier funcionario público nacional o municipal, de cualquiera de los tres poderes del Estado, "que esté legalmente facultado para requerir al jefe o al agente destinatario, el auxilio de la fuerza pública en el caso particular de que se trata"[62]. No están comprendidas las autoridades militares, ni los jefes o agentes de la misma fuerza pública, independientemente de que pueda configurarse otro delito.

2. *Tipo subjetivo*

Es un delito doloso. Es decir, el autor debe conocer la situación de hecho, debe tener la voluntad, conforme a ese conocimiento, de realizar la conducta típica.

## III. Autoría

Autor del delito sólo puede ser un jefe o agente de la fuerza pública. El concepto de jefe abarca a cualquier integrante de la fuerza que tenga poder de mando sobre otros integrantes de aquélla, ya sea por su jerarquía funcional (jefes propiamente dichos, oficiales y suboficiales) o porque eventualmente han sido citados para mandar. Mientras que el de agente comprende a todos los individuos que forman parte de aquélla, ejerciendo sus funciones específicas, sin poder de mando[63].

En cuanto a la fuerza pública, debe considerarse como tales a las fuerzas de seguridad o policiales encargadas de mantener el orden público, cualquiera que sea su denominación, competencia y funcio-

[61] COBO DEL ROSAL, ob. cit., p. 330.

[62] NÚÑEZ, ob. cit., p. 80.

[63] CREUS, citando a NÚÑEZ (*Manual*... cit., p. 415) y a VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*Código Penal* cit., t. IV, p. 435), ob. cit., p. 218 y NÚÑEZ, ob. cit., p. 80.

nes[64]. Creus aclara que el ordenamiento legal será el encargado de determinar cuáles son las fuerzas que pueden ser consideradas públicas, "pues se trata de una materia reglada", reuniendo estas características en la esfera nacional la Gendarmería Nacional, la Prefectura Naval Argentina, la Policía Federal y el Servicio Penitenciario Federal y, en la esfera provincial, las fuerzas policiales y los servicios penitenciarios[65]. La doctrina coincide en establecer que las Fuerzas Armadas quedan fuera de este marco normativo, "salvo que estén específicamente destinadas a un servicio policial"[66].

## IV. Consumación y tentativa

El delito se consuma cuando el sujeto rehúsa, omite o retarda la prestación de auxilio. Tampoco es necesario que se haya frustrado o perjudicado el acto para el que se requirió el auxilio[67]. La doctrina coincide en sostener la inadmisibilidad de la tentativa[68].

## REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA –ARTÍCULO 251–

## I. Bien jurídico protegido

El bien jurídico tutelado es el ordenado funcionamiento de la administración pública, que puede verse afectado por la intervención de la fuerza requerida fuera del marco legal[69].

Texto legal. El artículo 251 establece que será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo,

[64] NÚÑEZ, ob. cit., p. 78.

[65] Ob. cit., p. 219.

[66] NÚÑEZ, ob. cit. p. 80. En igual sentido, Creus, (ob. cit., p. 219) y Soler (ob. cit., p. 191), agregando que estarán comprendidos los militares cuanto "se encontraran en la obligación legal específica: fuerza militar a las órdenes de un juez federal o de una junta electoral, o de acuerdo con lo dispuesto por el art. 239 del Cód. Pen.".

[67] NÚÑEZ, ob. cit., p. 81.

[68] NÚÑEZ, ob. cit., p. 81; CREUS, ob. cit., p. 218 y SOLER, ob. cit., par. 140, ps. 145/146.

[69] CREUS, ob. cit., p. 221.

el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

## II. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

La acción consiste en requerir la asistencia de la fuerza pública. Tal y como se ha analizado en la conducta prevista por el artículo 250, el requerimiento no constituye una simple petición de asistencia de la fuerza pública a su jefe o agente, sino que el requerimiento previsto por el tipo es una intimación a darla, la que debe ser realizada conforme a los requisitos legales[70], y destinada a favorecer o ayudar al funcionario público a resistir de hecho el cumplimiento de lo dispuesto u ordenado[71].

La asistencia contemplada en el artículo analizado es la disposición de la fuerza con la finalidad prevista, es decir "su auxilio para oponerse al acto administrativo"[72].

En cuanto al concepto de fuerza pública, corresponde remitirse a lo expresado en el acápite anterior (ver p. 174. Autoría, art. 250, Cód. Pen.).

### 2. *Tipo subjetivo*

Es un delito doloso. El autor debe conocer la existencia de la disposición, la orden, la sentencia o el mandato, la legalidad de ellos y por consiguiente la ilegalidad del requerimiento, y debe tener la voluntad de formularlo para oponerse a aquéllos. También debe saber y querer abusar de su competencia al formular el requerimiento. Queda fuera de este supuesto el sujeto que no requiere como funcionario competente que ha utilizado otros medios para lograr el auxilio perseguido (ej.: mediante engaño, haciendo valer su influencia, etc.)[73].

[70] NÚÑEZ, ob. cit., p. 82.

[71] LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 83, nota 98, cit. por SOLER, ob. cit., p. 193.

[72] CREUS, ob. cit., p. 222.

[73] CREUS, ob. cit., p. 227.

## III. Autoría

Sólo puede ser autor de este tipo penal el "funcionario público, legalmente facultado para requerir la asistencia de la fuerza pública de que se trate en el caso"[74]. Como se ha tenido en cuenta específicamente el peligro que constituye para la administración pública el abuso de la competencia del funcionario, cabe concluir que no puede ser autor de este delito el funcionario que teniendo la facultad de mandar o disponer de la fuerza pública, carece de la facultad de requerir el concurso de otra fuerza pública[75].

## IV. Consumación y tentativa

El delito se consuma con el requerimiento formulado de acuerdo a las formas legales correspondientes. No es necesario que la ejecución se haya frustrado o que la asistencia de la fuerza se haya producido o siquiera haya sido concedida[76].

La tentativa no es posible[77].

### ABANDONO DE DESTINO –ARTÍCULO 252–

El artículo 252 del Código Penal establece: "Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público".

## I. Bien jurídico protegido

Señala Creus que el bien jurídico tutelado por este tipo penal es la incolumidad del servicio público[78], a cuya vulneración se llega a

[74] NÚÑEZ, ob. cit., p. 82.

[75] CREUS, ob. cit., p. 224. En contra SOLER, ob. cit., p. 193.

[76] NÚÑEZ, ob. cit., p. 83; en igual sentido CREUS, ob. cit., p. 223, y SOLER, ob. cit., p. 193.

[77] Coinciden: CREUS, ob. cit., p. 223, y FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 270.

[78] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 83.

través de la vacancia *contra legem* de los cargos creados para atender a sus necesidades[79]. Lo que ha llevado al legislador a asignar relevancia penal a una cantidad perfectamente limitada de hipótesis de abandono es la trascendente afectación de los servicios que la administración debe prestar a la comunidad.

En este aspecto, resulta dable advertir a partir de la última reforma operada en el ordenamiento punitivo español que el legislador de ese país ha seguido un análogo criterio político-criminal. En efecto, en un correcto entendimiento del carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, decidió restringir la intervención penal a aquellos supuestos de abandono del servicio o funciones en los que –conforme al principio de ofensividad– la conducta del agente, además de contraria al deber, se revelaba lesiva del bien jurídico[80]. De tal modo, los abandonos que no quedan atrapados por la específica figura típica han quedado relegados a la categoría de infracción disciplinaria.

Tenemos entonces que, al exigirse, por un lado, la deserción del cargo, esto es, el quebranto del vínculo existente entre agente y administración, y por otro, el daño al servicio público, el bien custodiado es el desenvolvimiento normal y diligente de la administración pública. Se ha dicho, correctamente, que el abandono importa una violación de los deberes correspondientes al cargo y la sola voluntad individual no puede destruir los compromisos contraídos con la aceptación[81].

## II. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *La acción típica*

La acción típica es la de abandonar el destino, entendido éste como el cargo público, el empleo, la ocupación. Abandona quien se retira o deja el cargo con ánimo de no continuar en su desempeño,

[79] CREUS, ob. cit., p. 226.
[80] MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, ob. cit., p. 1150.
[81] MORENO (h), ob. cit., t. VI, p. 183.

de no retomarlo; quien se aparta, quien desiste, quien lo deja[82]. Es deshacerse de él unilateralmente[83].

No se trata de un simple descuido de las obligaciones del cargo ni del ejercicio parcial de la función, lo que podría dar lugar al tipo del artículo 249 del Código Penal. Se trata del abandono total de la función[84].

Se discute si debe tratarse de un abandono definitivo, o si, por el contrario, es suficiente uno de tipo temporario[85]. Por nuestra parte consideramos que, desde una correcta interpretación del bien jurídico tutelado por este tipo penal, sólo quedan cubiertos aquellos abandonos con fin de no retomar tareas, esto es, los definitivos.

La jurisprudencia ha sostenido que el hecho de que todos los concejales hayan renunciado en la misma fecha, y que en sesión extraordinaria ellos mismos se hayan aceptado las renuncias sin causa justificada, lo que ocasionó la consecuente acefalía del cuerpo deliberativo, importa una violación de la moral cívica, que escapa, no obstante su gravedad, a la sanción del Código Penal[86].

La acción incriminada debe ser previa a la aceptación de la renuncia y no debe mediar exoneración ni cesantía. Una vez producida la aceptación ya no es posible el abandono, en cuanto el vínculo entre el funcionario y la administración ya está disuelto.

Lo afirmado conduce a que puedan darse dos hipótesis: en primer término, es posible que el agente haga abandono sin siquiera presentar la renuncia; como segunda posibilidad, se presenta la situación de

[82] LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 84.

[83] Ídem nota anterior, p. 85.

[84] SOLER, ob. cit., t. V, p. 194.

[85] El abandono temporario queda atrapado por este tipo penal según Ricardo C. Núñez (ob. cit., t. V, vol. II, p. 84). De la obra de Sebastián Soler (ob. cit., t. V, p. 195) podemos extraer que, cuando no hay renuncia, el abandono requiere cierta duración, mientras que si la hay se exige propósito de dejación.

El carácter definitivo del abandono es exigido por Carlos Creus (ob. cit., p. 227).

Casi toda la doctrina penal española exigía –en la figura del viejo Código– que, cuando menos, la ausencia del funcionario fuera de tal duración que hiciese presumir racionalmente dicho abandono; véase al respecto CUELLO CALON, ob. cit., t. II, vol. I, p. 432; QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., t. II, p. 552.

[86] CApel. de Dolores, 27-2-34, J. A. 51-308, cit. por RUBIANES, ob. cit., t. II, p. 1289.

quien tras presentarla no espera a su aceptación por parte de la autoridad competente y hace abandono de la función[87].

Se trata de un delito de mera actividad, en cuanto la acción misma constituye el fin del tipo penal[88]; esto no debe confundirse con la existencia de un resultado, en cuanto todo delito consumado lo tiene[89]. Es a la vez un delito de peligro concreto, en tanto el accionar típico debe implicar, sin más, el riesgo de lesión del bien jurídico[90].

El daño, como se infiere del párrafo anterior, debe ser actual y efectivo[91]. Se entiende tal al detrimento o menoscabo material o moral del servicio público[92].

Parte de la doctrina diferencia aquí entre daño interno, cual es el que sufre internamente el servicio público y que no determina punibilidad, y el perjuicio que trasciende al servicio como tal, en cuanto afecta a la generalidad[93].

Por vía jurisprudencial se ha aceptado este distingo y se ha señalado que el daño, como requisito del delito de abandono intempestivo del cargo, previsto por el artículo 252 del Código Penal, debe deferirse a la consecución de los fines que motivaron la creación del servicio público de que se trate, y no a las perturbaciones de orden interno de éste[94].

[87] Tanto Rodolfo Moreno (h) como Alfredo Molinario entienden que la acción típica sólo es posible cuando media una renuncia previa; es decir que para estos autores esta figura típica no subsume el supuesto indicado como primera hipótesis en este texto.

Como bien lo plantea Molinario, lo que aún no ha sido resuelto por la doctrina es el problema de la determinación de cuánto tiempo se debe esperar la aceptación de la renuncia; MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 350.

[88] DONNA, ob. cit., t. II, p. 77.

[89] Ídem nota anterior, p. 76.

[90] DONNA, ob. cit., t. II, p. 77.

[91] NÚÑEZ, t. V, vol. II, p. 85.

[92] NÚÑEZ, t. V, vol. II, p. 85; LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 85.

[93] Ibídem.

[94] CCCorr., "Coster, Armando León", 12-4-49, en ODERIGO, Mario A., *Votos y sentencias penales*, Valerio Abeledo, ps. 152-3. Se trataba de un agente de la Policía Federal, institución a la que estaba ligado por un contrato cuyo lapso de duración era cinco años, que hizo abandono de funciones sin causa justificada y sin que dicho

b) *Sujetos*

Sujeto activo sólo puede ser un funcionario público. No interesa si el sujeto se halla de licencia o bajo el efecto de una sanción disciplinaria, en cuanto el cargo es susceptible de ser abandonado con daño en el servicio aun por quien no está prestando servicios[95].

2. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso. El agente debe comprender el sentido social de su acción, esto es, el significado del abandono, y requiere la actitud interna de tener la intención de no continuar ejerciendo el cargo[96].

El aspecto cognoscitivo debe abarcar la posibilidad cierta del daño para el servicio y el deber de continuar desempeñando el cargo[97]. Respecto a este último punto, se vuelve a insistir en la idea del sentido social que debe tener el sujeto al respecto, en cuanto un desajustado conocimiento sobre aspectos netamente jurídicos puede derivar no ya en un error de tipo, sino en uno de prohibición.

Desde el punto de vista volitivo, se requiere la voluntad de desvincularse de la función.

3. *Consumación y tentativa*

En tanto la acción prohibida es la de abandonar con peligro cierto de daño, el delito se consuma cuando el agente se deshace de la función en conocimiento de la existencia de tal riesgo.

Si bien los delitos de mera actividad admiten tentativa, el caso particular que nos ocupa no es uno de ellos, en cuanto los actos previos a la dejación e incluso el abandono mismo sin peligro no integran un inicio de ejecución penalmente relevantes.

contrato hubiera sido legítimamente rescindido; se consideró que la conducta descripta quedaba atrapada por el artículo 65 del Estatuto de la Policía Federal (ley 13.030), el que por principio de especialidad relegaba al art. 252 del Cód. Pen.

[95] CREUS, ob. cit., p. 230.

[96] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 85.

[97] CUELLO CALON, ob. cit., t. II, vol. I, p. 432.

## PROPOSICIÓN, NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN ILEGAL DE CARGO PÚBLICO -ARTÍCULO 253-

El artículo 253 del Código Penal establece: "Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales.

"En la misma pena incurrirá el que aceptaré un cargo para el cual no tenga los requisitos legales".

### I. Bien jurídico

Si la ley estipula una serie de requisitos para acceder a un determinado cargo, ello obedece a la preocupación del legislador por el eficiente funcionamiento de la administración.

La figura penal en cuestión busca resguardar al funcionamiento de la administración del peligro que un nombramiento cuyo beneficiario no detente los requisitos extrínsecos puede acarrearle[98]. En esta dirección, se ha sostenido que lo protegido es la incolumidad del eficiente desempeño de los cargos públicos frente al riesgo que para ella involucra la falta de la idoneidad legalmente requerida[99].

Este tipo penal, entonces, resguarda el bien jurídico tutelado a través de la incriminación no sólo de quien propone o designa sino también de quien acepta un cargo público no reuniendo los requisitos legales.

### II. Tipicidad

1. *Tipo objetivo*

a) *Acción típica*

La acción contemplada por la primera parte del tipo penal es la de proponer o nombrar para un cargo público.

[98] CREUS, ob. cit., p. 238.
[99] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 85.

Proponer es presentar para que otro designe, acto que debe ser oficial y que también requiere la facultad del sujeto activo al efecto conferida por la ley[100]. La idea de proposición conlleva la existencia de un procedimiento administrativo por medio del cual un funcionario debe nominar ante otro –que es el que designa– a la persona que puede ser nombrada para el cargo[101]. La proposición típica es la legalmente reglamentada[102]; por tanto, no quedan abarcadas por la estructura de este tipo penal la simple recomendación, la evacuación de consulta, los tribunales de concurso encargados de evaluar a un candidato, ni la sugerencia con influencia, seriedad y posibilidad emergentes de la importancia de la función desempeñada por el proponente[103].

Nombrar, en el sentido del artículo, es designar oficialmente. Es destinar a una persona para desempeñar un empleo, como simple empleado público o funcionario público[104].

El párrafo final señala como verbo típico al de aceptar. Queda incriminada, pues, la conducta del aceptante, conducta cuya naturaleza misma exige la existencia de un presupuesto básico: la designación previa[105].

Se trata de la aceptación formal, esto es, aquella que se exhiba de acuerdo con las condiciones requeridas por la ley, la cual bien puede ser expresa (juramento) o táctica (ej. toma de posesión efectiva)[106].

Jurisprudencialmente se ha sostenido que corresponde desestimar la denuncia por infracción al artículo 253 del Código Penal, fundada en haber designado el gobernador de San Luis como funcionario, a quien, con anterioridad fue declarado prescindible por aplicación de la ley 21.274, nombramiento que (según la denuncia) constituiría violación flagrante de las disposiciones de la ley citada (art. 8°) como de

[100] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 87.
[101] CREUS, ob. cit., p. 238.
[102] Ídem nota anterior.
[103] Ibídem.
[104] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 86.
[105] CREUS, ob. cit., p. 244.
[106] Ídem nota anterior.

la ley provincial 3697 (art. 8°). No tratándose de un reingreso al mismo organismo en que el funcionario fuera declarado prescindible con anterioridad, la designación enjuiciada no se encuentra comprendida en las disposiciones legales invocadas y tanto la acción de designar como la de aceptar no configuran el delito del artículo 253 del Código Penal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que la inhabilitación prevista en la ley 21.274 alcanza sólo a la eventual designación posterior del agente en el organismo del que fue separado y no a eventual designación posterior en organismo distinto. La incompatibilidad que consagra el artículo 8° de la ley 21.274, en cuanto importa establecer un impedimento absoluto para reintegrarse a la administración pública, infringe el artículo 16 de la Constitución Nacional, que sólo exige una idoneidad que por definición la prescindibilidad no cuestiona, con mengua de sus derechos frente a los de los demás habitantes de la República. Y refiriéndose tal prohibición no sólo a la administración pública central, sino también a la provincial y municipal, viola los poderes conservados por las provincias y los que éstas pudieren delegar a los municipios de su jurisdicción o pudieran derivarse de las Constituciones provinciales. La apertura del proceso en función de una norma inconstitucional, vulneraría el principio de supremacía de la Constitución Nacional (art. 31.b); más aún cuando tras la eventual instrucción, el mismo culminaría análogamente desechando la denuncia[107].

Tampoco incurre en el precepto típico el martillero que acepta el cargo de tasador no obstante la íntima relación que lo vincula con una de las partes en el juicio, pues el tipo legal no se refiere a la competencia personal o grado de imparcialidad, mientras que las causales de recusación salvan los derechos de la defensa[108].

También se ha dicho que quien, sin haber completado sus estudios de abogacía, y valiéndose de documentación falsa asumió funciones sucesivamente como abogado y en el puesto de fiscal, incurre en el delito del artículo 253, segundo párrafo del Código Penal –reiterado–,

[107] CFed. de Mendoza, 18-6-80, exp. 43.297-S-1565, J. P. B. A. t. 42, f. 8788, ps. 57-8.

[108] CCCorr., 12-2-75, L. L. 118-296, cit. por RUBIANES, ob. cit., t. II, p. 1289.

y no en la usurpación de autoridad del artículo 246, inciso 1° del Código Penal, pues el título al que hace referencia esta última figura penal difiere del diploma que acredita idoneidad para el ejercicio de una profesión. Así, se ha dicho que al referirse al título, la ley "lo hace a aquellas situaciones en que la investidura de la función no depende de la designación de autoridad competente, sino de otros procedimientos, como es el electivo, en cuyo caso lo que quita el carácter de arbitrario a la ocupación o el ejercicio de la función no es el nombramiento legalmente formulado, sino el título eleccionario o electivo, que no emana siempre de una autoridad pública. La aceptación de cargo sin cumplir los requisitos legales desplaza, por consunción, a la arrogación de títulos que contempla el artículo 247 bis"[109].

El nombramiento, proposición o aceptación deben tener como objeto a un cargo público. La noción de cargo público está actualmente suministrada por la ley de ética en el ejercicio de la función pública. Allí se establece, en el párrafo final del artículo 1°, que se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Por otro lado, es exigencia típica que en el sujeto nombrado, propuesto o aceptante no reúna los requisitos legales para acceder al cargo de que se trate. Los requisitos legales son las condiciones personales establecidas por la ley o el reglamento atenido a ella que debe llenar la persona para ocupar el cargo público[110], tales como la nacionalidad, la edad, la residencia, etcétera, sin que quepa computar dentro de tal concepto a la idoneidad de la persona para desempeñar el cargo[111]: no se refiere la ley a la carencia de capacidad de hecho[112]; sí, en cambio, se considerará incurso en este tipo penal el caso del postulante

[109] CNCas.Pen., sala I, 31-10-96, "Damonte L.", c. 808, J. P. B. A. t. 97, f. 1.
[110] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 86.
[111] CREUS, ob. cit., p. 239.
[112] SOLER, ob. cit., t. V, p. 197.
Ya sostenía Moreno (h) que el Código Penal no considera delito la designación de una persona inepta o incapaz para desempeñar un empleo, sino que se trata de la falta de requisitos legales (ob. cit., t. VI, p. 184).

carente de capacidad de derecho, esto es, el inhabilitado para desempeñar el cargo público en cuestión aun cuando posea las restantes exigencias[113].

Se trata de la ausencia de requisitos, no de su falta de acreditación[114].

b) *Sujeto activo*

Sujeto activo de las acciones de proponer y nombrar sólo puede ser un funcionario público; mas no cualquiera que revista tal condición, sino sólo aquellos que detenten facultades reglamentadas para proponer o designar.

Inicialmente, debe afirmarse que estamos frente a un delito especial en sentido estricto, en cuanto el círculo de autores está determinado por ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico. Ello repercute en el ámbito de la participación criminal, conforme a lo ya sostenido en esta obra y a lo dicho en nuestra parte general[115]. De todos modos, el hecho de que no cualquier sujeto dentro de esta categoría jurídica –funcionario público– pueda realizar el tipo le otorga una peculiar característica, en el sentido de que también se trataría de un delito de propia mano, en tanto el tipo delictivo está reglado de tal modo que sólo puede ser autor quien esté en condiciones de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida[116].

En cambio, la acción de aceptación admite ser realizada por cualquier persona. Sin embargo, en cuanto la acción típica regulada en el apartado final del artículo supone una designación previa, debe concluirse que la acción de aceptación configura un ilícito de propia mano. La consecuencia inmediata de ello es que los terceros sólo pueden ser cómplices o instigadores, pero de ninguna manera coautores o autores mediatos[117].

[113] CREUS, ob. cit., p. 239.
[114] Ídem nota anterior.
[115] DONNA, ob. cit., t. II, ps. 85/6.
[116] DONNA, ob. cit., t. II, p. 84.
[117] DONNA, ob. cit., t. II, p. 85.

En cuanto portador del bien jurídico, sujeto pasivo del delito es la administración pública en sentido subjetivo, esto es, como ente titular del interés protegido[118].

2. *Tipo subjetivo*

Se trata, en ambos de casos, de un delito doloso.

En el primero de los supuestos tratados –la proposición o el nombramiento– al agente debe constarle la ausencia de los requisitos legales en el postulante.

En cuanto al aspecto volitivo, cabe señalar que esta figura típica exhibe el papel preponderante del aspecto cognitivo del dolo. Poco importa el particular contenido de voluntad del sujeto: alcanza con que sepa de la ausencia de requisitos y no obstante ello haga la proposición o el nombramiento; quien conoce todas las circunstancias y de todos modos actúa, no podrá afirmar que tales datos no conformaron su ámbito de decisión[119]. Se configura, así, una decisión en contra del bien jurídico[120].

Iguales apreciaciones son válidas para la conducta descripta en el otro apartado del artículo: el aceptante debe conocer el sentido social de la designación que da lugar a su aceptación, así como las implicancias sociales de ésta. De igual modo, debe conocer su carencia de requisitos legales, pese a los cuales habrá de aceptar.

3. *Consumación y tentativa*

El hecho típico se consuma con la sola proposición, nombramiento o aceptación. Es delito de mera actividad y se perfecciona, entonces, tan pronto se ha cumplido legalmente el acto procesal o administrativo que constituye oficialmente propuesta[121], nombramiento y, en su caso, aceptación.

Las calidades o condiciones deben existir al momento de la proposición o del nombramiento y, en el caso del último párrafo, al de la aceptación. No obsta a la consumación del delito que los requisitos concurran posteriormente.

[118] PAGLIARO, ob. cit., p. 6.
[119] DONNA, ob. cit., p. 96.
[120] Ídem nota anterior.
[121] SOLER, ob. cit., t. V, p. 197.

La tentativa es inadmisible tanto en el caso de propuesta o nombramiento como en el de aceptación[122]; si la propuesta o nombramiento está realizada con las formalidades legales hay ya consumación, mientras que si formalmente, a los fines de su validez, es necesaria su receptación por el destinatario, hasta tanto ello ocurra en el *iter criminis* no se habrá superado el estadio de un mero acto preparatorio.

[122] CREUS, ob. cit., p. 241.

# CAPÍTULO V

# VIOLACIÓN DE SELLOS Y DOCUMENTOS

SUMARIO: *Violación de sellos*. I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico. III. Tipicidad. La figura dolosa. 1. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Sujeto activo. 2. Tipo subjetivo. IV. Consumación y tentativa. V. La figura culposa. *Violación de prueba, registros y documentos*. I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico protegido. III. Tipicidad. La figura dolosa. 1. Tipo objetivo. a) Acciones típicas. b) Sujeto activo. 2. Tipo subjetivo. IV. Consumación y tentativa. V. Concurso con otros tipos penales. VI. La figura culposa.

## VIOLACIÓN DE SELLOS

El artículo 254 establece: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa.

"Si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

"Si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público, la pena será de multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos".

### I. Antecedentes históricos

Estas infracciones aparecen en el proyecto de Tejedor situadas en el Capítulo denominado *Infidelidad en la custodia de documentos*,

correspondiente al título de los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos, y son receptadas por el Código de 1887, artículos 258 y siguientes.

El proyecto de 1891 amplía estas incriminaciones, mediante disposiciones que alcanzan también a particulares (Exposición de Motivos de 1891, p. 202 y 2ª ed., p. 233). La materia pasa a ser el Capítulo V del Título de *Los delitos contra la administración pública*, y consta de dos artículos, que ocupan el mismo lugar en el proyecto de 1906, de donde los toma el Código vigente (Exposición de Motivos de 1917, p. 123)[1].

El texto originario ha sido modificado, a los fines de la actualización de las penas pecuniarias, por los decretos-leyes 17.567 y 21.338, y por las leyes 20.509, 22.461, 22.936, 23.077, 23.049 y 24.286.

## II. Bien jurídico

El bien jurídico protegido por el artículo 254 es, justamente, la inviolabilidad de la cosa o documento cuya conservación o preservación de identidad, asegura la administración pública con sellos identificadores, de contralor o de seguridad.

Así lo ha entendido la jurisprudencia al expresar: "Esta norma tutela el normal desenvolvimiento de la administración pública y su interés es el de asegurar, ya sea la conservación o integridad de ciertas cosas o impedir el ingreso a determinados lugares mediante el signo simbólico de los sellos"[2].

Señala Soler que toda alteración de esas seguridades, toda sustracción de piezas de tal naturaleza, toda irregularidad en la custodia, produce una grave perturbación en la marcha de la administración y en el cumplimiento de una función determinada[3].

[1] FONTÁN BALESTRA, ob. cit., ps. 277 y 278. SOLER, ob. cit., p. 199.

[2] CNCrim., Sala II Corr., 29-4-82, "Vergara de Suic, S. L.", c. 26.378, *Boletín de Jurisprudencia*, Nº 2, marzo-abril 1982, p. 80; sala V, 17-4-64, "Rairzin, S.". *Nota*: Se absolvió a la acusada del delito de violación de sellos.

[3] SOLER, ob. cit., p. 199.

## III. Tipicidad. La figura dolosa

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *Acción típica*

La acción prevista en el primero y segundo párrafos del artículo 254 consiste en violar sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa.

En concreto, la acción de violar comprende todos los actos materiales por los que el sello deja de cumplir, definitiva o transitoriamente, la función para la cual fue puesto en la cosa, siendo indiferente que el autor lo rompa o lo quite sin romper. Ello, toda vez que lo que se tutela no es la integridad del sello, sino la seguridad que con él se persigue[4].

Importando el sello el símbolo de seguridad por medio del cual se procura conservar la cosa o preservar su identidad, se viola aquél quebrantando esa seguridad, o sea, desconociendo dicho simbolismo por cualquier medio, ya sea atentando contra el sello mismo, destruyéndolo total o parcialmente o alterando su colocación, ya violando la seguridad sin alterar el sello mismo, menoscabando exclusivamente su significado sin hacerlo con su materialidad, como sería introducirse en el espacio que simbólicamente aquél cerraba por una vía distinta de la ubicada en el lugar donde el sello se encontraba colocado (por ej., abrir por un costado el sobre sellado, violar la clausura del local cuya puerta estaba sellada, penetrando por la ventana, etc.), dejándolo intacto[5].

Carece de significación que los sellos quedaran intactos, ya que la destrucción o rotura material de aquéllos es una de las formas de consumar la violación, pero no la única, pues lo que realmente importa es que fuese superada dolosamente la protección especial que representan tales sellos como signos de custodia de la autoridad pública para la conservación de las cosas que se quiere proteger o someter a interdicción, situación que se encuentra legalmente acreditada en autos[6].

[4] CCCorr., J. A. 1953-II-261.

[5] CREUS, ob. cit., ps. 252/3.

[6] CNCrim., sala II (def.) 17-3-87, "Acuña, Carlos", c. 32.223, Sent. "Z", Sec. 45, *Boletín de Jurisprudencia*, N° 1, enero-febrero-marzo 1987, p. 390.

Frank exige que la acción del violador deje el cerramiento en inferioridad de condiciones en relación a lo que era antes[7]. Es decir que no sería típica la conducta de quien viola la seguridad de la cosa aprovechando las propias deficiencias materiales del ámbito cerrado, o las deficiencias del cerramiento. Sin embargo, Creus expresa que esta última no parece una exigencia de nuestro tipo penal, pues el sello se viola igualmente aunque se utilicen esas otras vías no selladas[8]. A la misma solución se llega atendiendo al bien jurídico protegido por el tipo penal en análisis.

Este delito presupone un acto oficial de sellar con los fines específicos de identificación o conservación de una cosa. En consecuencia, debe tratarse de un sello oficialmente puesto por algún funcionario o por su orden en cumplimiento de algún deber o alguna facultad correspondiente al cargo. En este sentido se ha dicho: "Si el procesado se introdujo al lugar clausurado por una ventana que no tenía sello limitador alguno, y no es posible endilgarle la finalidad de conspirar contra la administración de justicia, por vía de la violación de sellos, no se configura este delito en tanto no superó obstáculo alguno que hubiera sido puesto por la autoridad"[9].

No es preciso que el acto de sellar esté específicamente prescripto, como en muchos casos de las leyes procesales; basta que se trate de sellos puestos por orden de autoridad competente para impartir esa orden.

Se considera satisfecho el tipo objetivo cuando, aun sin violación de las fajas colocadas por la autoridad, se lleva a cabo la actividad vedada por la clausura[10], y cuando se reinician las actividades vedadas por la clausura dispuesta sobre un inmueble, violando las fajas dispuestas por la autoridad[11]. En cambio, no se configura el delito cuando se rompe una faja con que se clausuraba un local por infracción a reglamentaciones municipales[12], o cuando se rompen fajas dispuestas

[7] REINHARD, ob. cit., par. 136, II, p. 332; SOLER, ob. cit., p. 201.

[8] CREUS, ob. cit., p. 252.

[9] CCCorr., sala III, 7-5-91, "Vergara Escudero, Ángelo M.", L. L. 1991-E-220, D. J. 1991-2-986.

[10] CCCorr., sala I, 21-6-90, "Pastore, Erico Feli", c. 37.343.

[11] CCCorr., sala V, 21-6-91, c. 27.642, *Boletín de Jurisprudencia*, 1991, Nº 3.

[12] CPen. de Santa Fe, sala I, 4-6-86, "Maidana, Gerardo", J. 79-84.

para impedir que el procesado desarrollara una determinada actividad en el lugar[13], siendo que en ambos casos los objetos no fueron dispuestos para asegurar la conservación ni la identidad de las cosas.

En la descripción típica el sello es la impresión practicada con un instrumento estampador sobre la cosa misma, cuya conservación o identidad se trata de preservar, o sobre el objeto que la contiene (por ej., bolsas, cajas, etc.), sobre fajas, papeles, hilos u otros sistemas de cierre o preservación (por ej. sobre los hilos con que se atan las cosas)[14].

Ahora bien, si el acto de sellar constituye en sí un abuso de autoridad, la violación del sello no es delito porque esta infracción tiene por objeto tutelar los actos regulares de la administración[15]. Sin embargo, se entiende que cuando la irregularidad de la imposición del sello no procede de la actuación incompetente del funcionario sino de defectos sustanciales o formales del acto que dispuso la impresión, su violación continúa siendo típica, mientras dicho acto no sea revocado.

En suma, los sellos protegidos son los insertos con la finalidad prevista en el tipo penal, por lo que aquellos impuestos con cualquier otro objeto quedan excluidos del ámbito de protección del artículo 254.

b) *Sujeto activo*

Autor de este delito, en su forma dolosa, puede ser un particular o un funcionario público.

La situación de este último se encuentra prevista en el artículo 254, 2ª parte, del Código Penal y se requiere, además, que haya obrado con abuso de su cargo. De donde resulta que la agravación no es consecuencia, o al menos no lo es únicamente, de la condición objetiva de autor, sino también de la relación entre el sujeto y la función[16]. El autor tiene que servirse de su función para violar el sello. La invocación de una calidad funcional que no se tiene, o la asunción arbitraria de una función que no compete al autor (usurpación), sólo permitiría la operabilidad de la figura básica, en su caso, en concurso con el delito

[13] CCCorr., sala VI, 14-5-91, "Ferrante, Antonio", L. L. 1991-D-396, 1991-2-896.
[14] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 90.
[15] SOLER, ob. cit., p. 200.
[16] FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 280.

previsto por el artículo 246, inciso 3°, del Código Penal[17]. Para el funcionario se agrega a la pena de prisión la de inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

2. *Tipo subjetivo*

El dolo exigido por la primera y segunda partes del artículo 254 requiere que el autor conozca el valor simbólico del sello y su procedencia oficial, y posea voluntad de violarlo.

## IV. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la violación del sello en el sentido expresado, es decir, con el quebrantamiento de la seguridad que el sello representa; no es necesario un resultado posterior, ni siquiera que se vea resentida, efectivamente, la conservación o la identidad de la cosa o la eficacia probatoria de ella, o la violación repercuta sobre la solución de la causa o gestión con cuyo motivo se aseguró la cosa, y menos aún que se produzca algún perjuicio particular para el propietario de la cosa o para la administración[18]. En este sentido, estamos ante un delito de peligro más que de resultado[19].

La jurisprudencia ha entendido que: "El delito de violación de sellos previsto en el artículo 254 del Código Penal se consuma al alterar la medida cautelar dispuesta por la autoridad administrativa que actuaba dentro de su competencia y en ejercicio de sus atribuciones, no habiéndose por otra parte demostrado la supuesta arbitrariedad. El ilícito fue consumado en ocho oportunidades (art. 55, Cód. Pen.) y tanto la publicidad dada a la casa de masajes como las declaraciones de testigos –clientes atraídos por el aviso de un periódico– desmienten las afirmaciones del procesado acerca del destino dado al ámbito clausurado y a la función real de sus colaboradores"[20].

Es decir que visto desde la óptica del bien jurídico protegido, el hecho se consuma cuando se ejecuta el acto material por el que el

[17] CREUS, ob. cit., p. 256.
[18] NÚÑEZ, ob. cit., p. 92.
[19] CREUS, ob. cit., p. 253.
[20] CNCrim., sala VII (def.), 6-8-87, "Lombardia, Jorge", c. 8081, Sent. "Z", Sec. 45, *Boletín de Jurisprudencia*, N° 3, julio-agosto-septiembre 1987, p. 1250.

sello deja de cumplir, ya de modo permanente, ya de modo temporal, la función para la cual fue colocado, aunque ello no acarree consecuencia alguna.

La tentativa es posible cuando el autor comienza a realizar actos tendientes a la violación del sello, sin lograrlo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se comienza a borrar el sello, sin lograrlo[21].

## V. La figura culposa

Este supuesto está previsto en el artículo 254, tercer párrafo, que sanciona la conducta imprudente o negligente del funcionario que posibilita la acción culposa de un tercero, que es quien viola. Bien señala Creus que la forma culposa de la violación de sellos es una figura irregular con relación a otros tipos culposos que aparecen en nuestra ley, puesto que no se pune la violación culposa del sello, sino la conducta culposa del funcionario que posibilita esa violación[22].

Es decir que no es típica la violación efectuada con culpa por el funcionario, sino la facilitación por éste del hecho del tercero que viola dolosamente, originada por la culpa del funcionario público. Ejemplifica Soler el supuesto con el caso del secretario que por negligencia deja frente a un procesado un sobre lacrado que contiene piezas de convicción y éste, aprovechando la imprudencia, abre el sobre y quema un papel que contenía impresiones digitales suyas[23].

Debe descartarse la conexión entre la culpa del funcionario y el hecho del tercero, pues entonces el hecho del funcionario no sería culposo sino doloso[24].

## VIOLACIÓN DE PRUEBA, REGISTROS Y DOCUMENTOS

El artículo 255 del Código Penal establece: "Será reprimido con prisión de seis meses a seis años, el que sustrajere, ocultare, destruyere

[21] CREUS, ob. cit., p. 253.
[22] CREUS, ob. cit., p. 257.
[23] SOLER, ob. cit., p. 202.
[24] En este sentido, CREUS, ob. cit., p. 281. En contra, SOLER, ob. cit., p. 202; MORENO, ob. cit., p. 191.

o inutilizare objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público. Si el culpable fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

"Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos".

## I. Antecedentes históricos

Este artículo proviene del proyecto de Tejedor y del Código Penal de 1887. Su forma actual corresponde a la del proyecto de 1891[25].

La pena originaria en el primer párrafo era de un mes a cuatro años y fue incrementada por decreto-ley 21.338 siguiendo el camino trazado por el decreto-ley 17.567, en cuya Exposición de Motivos se decía que el aumento respondía a la mayor tutela que se acordaba a la administración de justicia en ésta y otras disposiciones. La pena de multa también fue incrementada por la reforma de 1976 y luego por la ley 24.286[26].

## II. Bien jurídico protegido

La figura legal tiende a la conservación o preservación de aquellos objetos que estén destinados a servir de prueba, y cuya custodia hubiere sido confiada a un funcionario u otra persona en el interés del servicio público. Es decir, sin similares términos a los previstos en el artículo anterior, se sanciona aquellas acciones que tiendan a impedir que los objetos cumplan el fin para el cual fueron puestos en custodia.

[25] SOLER, ob. cit., p. 203.
[26] CREUS, ob. cit., p. 282.

## III. Tipicidad. La figura dolosa

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *Acciones típicas*

Las acciones previstas en el tipo penal son las de sustraer, ocultar, destruir o inutilizar.

Sustraer es quitar la cosa de la esfera de custodia en que se halla, pero no equivale al apoderamiento propio del hurto, puesto que basta con la acción y la voluntad de desapoderar de la cosa al legítimo tenedor, pero no es necesaria la voluntad de apoderarse de ella, es decir, de disponerla para sí o para un tercero; es suficiente, entonces, el desapoderamiento, aunque sea momentáneo, sin otro ánimo que el consumar dicho desapoderamiento[27]. Señala Soler que no es necesario que la falta del objeto coincida con el momento en que el objeto debe ser empleado como prueba: el que sustrajo una cosa secuestrada con fines probatorios y luego la devolvió ha delinquido, porque ha quebrantado la custodia que garantizaba la identidad de aquélla, lo cual constituye el motivo central de la incriminación[28].

Ocultar es esconder o hacer desaparecer el objeto, de modo que no pueda ser encontrado o tenido a disposición en el momento en que debe ser utilizado. Esta noción ya está indicando que el acto puede ser temporal[29]. No es necesario sacar la cosa o el documento; basta transformarla en inaccesible para quien tiene la custodia, de manera que potencialmente se prive a la administración del uso oportuno del objeto[30].

Destruirla significa arruinarla materialmente, de modo tal que no sirva ya para el destino de prueba o de servicio público para los cuales se la conservaba[31].

Inutilizarla es volverla inidónea para esos fines, quitándole las características que la hacía útil en ese sentido, sin que sea necesario

[27] Ídem nota anterior, p. 259.
[28] SOLER, ob. cit., p. 205
[29] FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 283.
[30] SOLER, ob. cit., p. 205.
[31] CREUS, ob. cit., p. 260.

que se la arruine, aun cuando se la mejore[32]. Por ejemplo, un proyectil secuestrado está inutilizado cuando se ha pulido el rayado en el cual debía basarse la pericia[33].

Objeto material de la acción son los objetos custodiados con la finalidad de utilizarlos como medios de prueba, de registros o de documentos. La palabra objeto debe interpretarse en sentido amplio, comprendiendo las cosas o los documentos –públicos o privados– que puedan ser meritados como elementos de convicción, y para cuya seguridad se hubieran puesto en custodia.

Señala Soler que todos estos objetos se caracterizan, pues, por ser medios sustancialmente necesarios para el ejercicio de un acto de autoridad, administrativo, legislativo o judicial, con lo cual se excluyen los objetos que el Estado tiene como patrimonio: los libros de una biblioteca pública, los formularios en blanco para uso de la administración, los objetos custodiados en un museo. Para los objetos lo característico es el destino probatorio; para los registros o documentos basta el interés del servicio público[34].

Registros son los libros, planillas u otros inventarios oficiales en los que constan las existencias de objetos. Los documentos pueden ser públicos o privados[35]. El concepto de documentos es el mismo que aparece en otros títulos del Código Penal, como en la falsificación; puede tratarse de documentos públicos o privados, verdaderos o falsos[36].

Requisito común a todos los objetos enunciados es la vigencia de una custodia oficial sobre ellos. Tiene que tratarse de objetos, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, y puesto que estamos en el campo de los delitos contra la administración, habrá de tratarse de una custodia oficial, es decir, de naturaleza pública; como detentador de ella puede actuar un particular (p. ej., expedientes retirados por los abogados), para lo cual se requiere que la custodia haya sido instituida por un funcionario com-

[32] Ídem nota anterior.
[33] SOLER, ob. cit., p. 205.
[34] Ídem nota anterior, p. 204.
[35] MORENO, ob. cit., p. 193.
[36] CREUS, ob. cit., p. 262.

petente para disponerla o proceda de una disposición de la ley, como es la de los protocolos de escrituras públicas por parte de los titulares de los registros notariales. Quiere decir, por lo tanto, que la expresión típica "confiados a la custodia" hace referencia a la custodia oficial o legalmente instituida, descartando la entrega en virtud de una particular confianza en el depositario[37].

b) *Sujeto activo*

Autor del delito puede ser tanto los particulares como los funcionarios públicos.

Cuando el hecho es cometido por el depositario, sea funcionario o particular, se aplica, además, la pena de inhabilitación. Es decir, si el depositario quebranta la custodia, sufrirá la pena de inhabilitación especial –artículo 20 del Código Penal–, lo que implica la pérdida del cargo de depositario y la imposibilidad de actuar en otro igual por el mismo plazo de duración de la pena. Además, si el autor fuera funcionario público, la inhabilitación especial prevé la pérdida misma del carácter de depositario, y la imposibilidad de ocupar cargos públicos en el tiempo de la pena.

2. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso. En su aspecto cognitivo, el tipo penal requiere conocimiento de que se quebranta la custodia oficial, y en el aspecto volitivo, la finalidad de quebrar la custodia, no siendo necesario el ánimo de causar perjuicio alguno.

## IV. Consumación y tentativa

El delito se consuma con el quebrantamiento de la custodia en que el objeto se halla, por medio de alguna de las acciones típicas antes descriptas. Así lo ha sostenido la jurisprudencia al expresar que: "El hecho se consuma con la sustracción, ocultación, destrucción o inutilización, sin que se requiera resultado o consecuencia alguna, pues lo típico es quitar las cosas de la custodia en que se encuentran. Es posible la tentativa"[38].

[37] CREUS, ob. cit., ps. 262/263.
[38] CCCorr., J. A. 1961-113.

El delito admite tentativa. Pueden ser actos de tentativa comenzar la sustracción sin llegar a quitar la cosa de la esfera de custodia, disimularla para ocultarla sin haberlo logrado, alterarla para inutilizarla sin conseguir privarla de la eficacia probatoria o de la que la cosa asume para el servicio público[39]. A modo de ejemplo cabe citar los siguientes fallos: "Si tras sustraer un expediente de una secretaría judicial el procesado por el delito del artículo 255 del Código Penal fue perseguido por un empleado de aquélla, que sin solución de continuidad concluyó con el recupero del documento, el hecho quedó en grado de tentativa"[40]; "Si el acusado llevó a cabo la totalidad de la maniobra que quiso realizar y que creía necesaria para los fines creyendo que de esa forma inutilizaba el documento que contenía su declaración, pero resulta que su actividad era inidónea para lograr sus propósitos (destrucción e inutilización del acta que contenía su declaración), su acción no podía consumar el delito por imposibilidad, ya que no se consumó por un error de hecho acerca de la idoneidad de la acción; siendo así, su conducta debe encuadrar en las previsiones de los artículos 44 y 255 del Código Penal, esto es, delito imposible de destrucción de documento confiado a la custodia de un funcionario"[41].

## V. Concurso con otros tipos penales

Respecto del robo y hurto, los problemas pueden aparecer cuando la acción de sustraer prevista por el artículo 255 coincida con la de apoderarse de los artículos 162 ó 164.

Como hemos visto, el artículo 255 no requiere para su configuración el requisito subjetivo del "apoderamiento" –sí exigido para los delitos de robo y hurto–, de modo que cuando se trate de una sustracción de los objetos contemplados en la figura del artículo 255, y el autor no posea la finalidad de disponer de aquellos –apoderarse–, entonces existirá solamente violación de medios de prueba, registros o documentos.

[39] CREUS, ob. cit., p. 263.

[40] CNFed.CCorr., sala II, 7-12-88, "Reano, Alberto", L. L. 1989-C-398, D. J. 1989-2-590.

[41] CCrim. 9ª de Córdoba, 22-2-88, "Paredes, Luis F.", L. L. C. 1988-487.

Ahora bien, si las acciones típicas antes estudiadas se llevan a cabo con el dolo propio de los delitos de robo y hurto, y a ello se le suma la actitud subjetiva requerida por el artículo 255 –conocimiento de la situación de custodia oficial del objeto, e intención de quebrantarla–, entre ambos delitos se dará un concurso ideal.

En cuanto a la defraudación del artículo 173, inciso 8° (defraudación sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante), la mayoría de la doctrina entiende que esta figura desplaza a la del tipo penal previsto en el artículo 255 del Código Penal, en razón de la mayor gravedad de esta última[42]. En contra, Creus entiende que dicha regla de subsidiariedad no está prevista en nuestro Derecho, por lo que bien podría darse un concurso ideal entre estos delitos[43].

En relación con la figura de la malversación, si el tipo penal del artículo 261 se consuma, como veremos más adelante, con la sustracción que quebranta la custodia, y lo mismo ocurre con la sustracción propia del artículo 255, nos encontraremos ante una hipótesis de concurso aparente donde la especialidad de la custodia quebrantada –derivada de su finalidad– desplazará (precisamente en virtud del principio de especialidad), cuando dicha finalidad sea la prevista por el artículo 255, la figura del artículo 261.

## VI. La figura culposa

La figura culposa prevista en el artículo 255, tercera parte, posee idéntica estructura que la correspondiente del artículo 254. No se trata de punir a quien, siendo depositario, por negligencia o imprudencia quebranta la custodia, sino al depositario que, a raíz de su culpa, permite que un tercero quebrante dolosamente tal custodia por medio de las acciones previstas por la parte primera del artículo 255 y a través de las facilidades que aquella conducta culposa le proporcionó, aunque subjetivamente no se haya aprovechado de ella[44].

[42] SOLER, ob. cit., p. 204; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 250.
[43] CREUS, ob. cit., p. 266.
[44] Ídem nota anterior.

# CAPÍTULO VI

# EL COHECHO

SUMARIO: I. Antecedentes. II. El bien jurídico tutelado. III. El tipo penal del cohecho pasivo (art. 256, Cód. Pen.). 1. Antecedentes. 2. El tipo penal. a) El tipo objetivo. a.1) Las conductas descriptas por la ley. a.2) La dádiva y su valor económico. a.3) La proporcionalidad de la dádiva. a.4) La promesa. a.5) La persona interpuesta. Problemas de autoría. a.6) Los hechos a realizar. a.7) La competencia del autor. b) El tipo subjetivo. 3. Sujeto activo. Autoría. 4. Consumación. 5. Tentativa. 6. Concurso con otras figuras. *El tráfico de influencia.* I. La influencia del cargo del antiguo artículo 256. II. El llamado tráfico de influencia. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Consumación. 5. Problemas de concurso. III. Agravante del tráfico de influencia. *Cohecho agravado.* I. Antecedentes del tipo penal. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo agravado o tipo autónomo. IV. Tipo objetivo. V. Tipo subjetivo. VI. Sujeto activo. Autoría. VII. Relación con otros tipos penales. *Cohecho activo.* I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. El cohecho activo y su relación con el cohecho pasivo. 2. Comportamientos típicos. IV. Tipo subjetivo. V. Agravantes. VI. Sujeto activo. Autoría. VII. Consumación. VIII. Tentativa. *Cohecho activo a un funcionario extranjero. Admisión y ofrecimiento de dádivas.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico tutelado. III. Tipo objetivo. IV. Tipo subjetivo. V. Sujeto activo. Autoría. VI. Consumación. VII. Tentativa. *Presentación u ofrecimiento de dádivas.* I. Tipo objetivo. II. Tipo subjetivo. III. Autoría. IV. Consumación.

## I. Antecedentes

Se puede afirmar que ya se encuentra este tipo penal en el Derecho Romano (*crimen repetundarum*). La acción de cohecho (*repetundæ*) no era, en su origen, una acción derivada del delito, sino una *conditio* por adquisición ilícita, y por consiguiente, podía entablarse aun contra los herederos[1].

[1] MOMMSEN, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, trad. de P. Dorado, Temis, Bogotá, 1991, p. 48.

*N. del A.*: Paralelamente al cohecho existía el cohecho o corrupción procesal en el Derecho Romano, llamado calumnia, que consistía en la percepción de dinero o de cosa

Bien se ha dicho que el cohecho, es el delito de corrupción del Código italiano y francés, cuyo origen se encuentra en el llamado *crimen repetundarum* de los romanos. Según Núñez este delito era el del juez que traficaba con su función y que autorizaba la repetición del dinero que había recibido el juez corrupto[2].

El precedente del Código actual es el de 1886, que lo recibe del Código de España. El artículo 250 decía que "todo empleado en el orden administrativo o judicial, agente o encargado en cualquier ramo de la administración pública, que recibiese dinero o cualquier otra dádiva, o que aceptase una promesa, directa o indirecta, para hacer o dejar hacer alguna cosa, será castigado con la pérdida del empleo, e inhabilitación por cinco a diez años para obtener otro alguno, y con una multa igual al triple del valor de la dádiva o promesa. Si éstas se la hiciesen en cumplimiento de sus deberes, perderá su empleo y pagará el duplo del valor de la gratificación o recompensa".

La ley argentina ha regulado el cohecho pasivo y activo, pero no ha aceptado la diferencia entre propio e impropio de los Códigos de Italia y el proyecto de 1960.

La ley 25.188 ha modificado el texto, y es de acuerdo a esas modificaciones, que se ha dado una explicación al delito en estudio.

## II. El bien jurídico tutelado

El interés jurídicamente tutelado es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Sin perjuicio de ello, el catálogo de comportamientos ilícitos aquí enumerados enfoca la problemática de la venalidad de los funcionarios públicos que ocupan cargos en dicha administración, sin tener en cuenta la licitud o ilicitud del acto en sí mismo. La finalidad de este capítulo está sin duda en la idea de eliminar la corrupción y la venalidad de la administración pública para que puedan servir a los intereses generales y actuar de

*que lo valiera, a cambio de la promesa de entablar* proceso público o privado o *fiscal* en contra de alguien, o a cambio de la promesa de influir para que uno ya entablado viniera a favorecer a determinada persona. Véase MOMMSEN, ob. cit., p. 424.

[2] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 97.

esta manera más eficazmente. Esta finalidad se logra, además, castigando al particular que intenta corromper al funcionario[3]. Esta actividad del funcionario debe ser repudiada, no sólo desde la óptica del Derecho represivo, sino también desde el punto de vista general del Derecho, y aun, en cierta forma, de la ética, que debe estar presente en el ejercicio de la función pública. Es que la venalidad, aun en el acto en que el funcionario cumple su función, deteriora el Estado de Derecho, poniendo en peligro su propio funcionamiento, ya que, como se sabe, y como bien lo hizo notar Max Weber, que había tomado como ejemplo a la eficiente burocracia alemana, éste es esencial para que el Estado funcione como tal. La falta de una burocracia inteligente y eficiente lleva al desorden y a la corrupción del propio Estado.

De modo que se protege, además del normal funcionamiento de la administración, que los funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del Estado.

Cualquier excusa, como ser el bajo sueldo, el horario, una familia grande para alimentar, etcétera no tiene justificación en este ámbito. Lo que rige a los funcionarios públicos, dentro de sus funciones, es sólo el cumplimiento del deber. Si no está dispuesto a ello, su obligación es dejar la administración pública. Por eso las penas deben ser severas, tal como se ha propuesto en el proyecto presentado por la comisión nombrada al efecto.

Tanto es cierto lo antes afirmado que la ley no sólo ha descripto, en este capítulo, tipos penales para los funcionarios públicos, como sujetos aptos para lesionar o perturbar al bien jurídico tutelado, sino también a todo particular que con su ofrecimiento anime o incite a la venalidad de aquéllos.

Agrega Creus que estos delitos castigan la corrupción del funcionario público procurando proteger el funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia de la

[3] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Los delitos contra la administración pública*, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzálo y JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentario al Código Penal*, p. 1125.

venalidad, sin consideración a la licitud o ilicitud del acto que, aunque estuviere parcialmente motivado en aquélla, realice el funcionario[4].

El punto relevante en esta clase de delitos es la motivación lucrativa que persigue el agente, motivación que contradice necesariamente el buen desempeño de las funciones a su cargo, perjudicando de esta forma al Estado como legítimo depositario de la administración pública.

Además, los cohechos pasivo y activo pueden tener en vista un acto determinado (arts. 256, 256 bis, 257 y 258) o sólo el oficio del funcionario, de acuerdo al artículo 259[5].

De todas formas, poder llegar a un concepto único de bien jurídico que abarque tanto al cohecho propio, como al impropio no es fácil, si se tiene en cuenta que es necesario quitarle a este tipo delictivo la connotación moral que tiene. Por eso es aceptable en principio lo afirmado por el Tribunal Supremo de España, en el sentido de que "el delito de cohecho protege ante todo el prestigio y la eficacia de la administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos"[6]. Además, puede decirse, con las aclaraciones ya formuladas, que en el cohecho propio el bien jurídico es el principio de imparcialidad de la actuación de la administración pública como medio para alcanzar una satisfacción igual y objetiva de intereses individuales[7].

La jurisprudencia ha sostenido que "La figura del cohecho implica un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios, es decir que el bien jurídicamente protegido en esta clase de delitos es siempre la moralidad y corrección que debe imperar en la administración pública"[8].

[4] CREUS, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1981, § 494; del mismo autor, *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed., 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1996, t. II, § 1998; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino. Parte especial*, Tea, Buenos Aires, 1994, t. V, § 142-I; NÚÑEZ, *Tratado*... cit., t. V, vol. II, p. 97; en idéntico sentido, CCCorr., sala I, 18-9-96, "Wowe, Carlos y otros", c. 5587.

[5] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 97.

[6] STS del 29-4-95, cit. por FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1126.

[7] FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1126.

[8] CNCCorr., sala I, 18-9-96, "Wowe, Carlos y otro", J. A. 1998-II-266.

## III. El tipo penal del cohecho pasivo (art. 256, Cód. Pen.)

Artículo 256: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones" (texto de acuerdo a la Ley de Ética Pública 25.188).

### 1. *Antecedentes*

El proyecto de Tejedor castigaba a todo empleado que en el orden administrativo o judicial, agente o encargado de cualquier ramo de la administración pública, recibiese dinero o cualquier otra dádiva o aceptase una promesa directa o indirecta para hacer cualquier cosa[9].

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García contenía la regulación del cohecho en cuatro artículos: 142, 143, 144 y 145.

El Código de 1886, en su artículo 250 disponía: "Todo empleado en el orden administrativo o judicial, agente o encargado en cualquier ramo de la administración pública que recibiese dinero o cualquier otra dádiva, o que aceptarse una promesa, directa o indirecta para hacer o dejar de hacer alguna cosa, será castigado con la pérdida del empleo, e inhabilitación por cinco años para obtener otro alguno, y con una multa igual al triple del valor de la dádiva o promesa".

Si estas se hiciesen para el cumplimiento de sus deberes, perderá el empleo y pagará el duplo del valor de la gratificación o recompensa.

El artículo 251, seguía al proyecto de Tejedor, en cuanto al cohecho del juez. La ley 49 se ocupó del cohecho, siguiendo en esto al proyecto de Tejedor. El Código de 1891 y 1906 siguió esta línea, sin demasiadas modificaciones.

La última parte fue agregada por la ley 16.648, que fue tomada del proyecto de 1906[10].

La ley fue modificada por la llamada Ley de Ética Pública, aumentándose las penas y agregándose un artículo nuevo, el 256 bis y modificándose, además, el artículo 258.

[9] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 197.
[10] MORENO, ob. cit., ps. 204-205.

El proyecto de reforma de 1999 introduce nuevas agravantes, cuando hay grave perjuicio al Estado y cuando el funcionario ha sido elegido por elección popular.

## 2. *El tipo penal*

### a) *El tipo objetivo*

El cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo, por ende es necesaria la participación de por lo menos dos personas: el funcionario público, por una parte, como autor especial propio, que es quien acepta o recibe el dinero, la dádiva o la promesa, y, por el otro, el sujeto activo, que ofrece el dinero o la dádiva, que tanto puede ser un particular o un funcionario público[11].

Sin embargo, como se verá, el cohecho activo está expresamente tipificado en otra norma, esto es el artículo 258, ya que de acuerdo a la estructura seguida por el legislador, en este tipo penal basta el ofrecimiento o la promesa al funcionario público. Esto lleva a que, como no es necesaria la aceptación por parte del funcionario de lo ofrecido, a los efectos de que se consume el delito, no es un caso de codelincuencia necesaria[12].

Núñez afirma que al ser un delito bilateral supone la codelincuencia del funcionario con un tercero, aunque se haya legislado para ello un tipo penal especial, que lleva a que ambos tipos sean entre sí dependientes, y por ende no hay autonomía entre ellos[13].

#### a.1) *Las conductas descriptas por la ley*

Las conductas que se han tipificado son en principio dos: la de recibir dinero o cualquier otra dádiva, o la de aceptar una promesa, siempre con fin determinado. En otros términos, se trata de un acuerdo que consiste en un acto de entrega de un precio, por parte de un tercero, al funcionario, o en una promesa que se hace al funcionario,

[11] Véase MAURACH, GÖSSEL, y ZIPF, ob. cit., t. II, § 50-II-7 y ss.; CREUS, *Delitos...* cit., § 495; del mismo autor *Derecho Penal...* cit., t. II, § 1999.

[12] CREUS, ob. cit., p. 272.

[13] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 98.

a los efectos de lograr que realice una determinada actividad u omisión funcional[14].

En consecuencia, el pago del particular, por una conducta que el funcionario haya realizado, no es el delito de cohecho. La doctrina ha insistido en ver este delito como un castigo a un contrato ilícito, como puro contrato, sin necesidad de que la obligación sea cumplida por las "partes", por una sola de ellas o por ninguna. De esto se deriva que los actos ya ejecutados por el funcionario y que no obedezcan a un pacto de esta naturaleza estén al margen de esta infracción, sin perjuicio de su eventual desplazamiento hacia otro tipo penal[15].

La trascendencia del contrato, dentro de la estructura del cohecho, es de real importancia, ya que si el funcionario exige el pago de un precio o de una promesa, la conducta se desplaza hacia la exacción ilegal (arts. 266 y 268)[16].

Recibe dinero el que entra en su tenencia. Por ende, debe existir un traslado físico del dinero por parte del que entrega al funcionario público[17].

En cambio, acepta el funcionario que admite que en un futuro va a recibir lo que se le promete. De todas formas, ambas actividades tienen en común que se trata de una actividad pasiva del funcionario, que tiene directa relación con el nombre del delito[18].

La reforma prevista por el proyecto de 1999 ha tipificado también la conducta de solicitar, que no es otra cosa que la sugerencia de que se entregue un dinero a los efectos de la realización de un acto propio de sus funciones.

Por dinero debe entenderse el valor representado por la moneda, de curso legal, sea nacional o extranjero, apta para el cambio de esa índole, es decir el monetario[19]. En el supuesto de que el objeto de la entrega sea una moneda sin curso legal, aunque dotada de importante valor histórico y económico per se, verbigracia, una moneda del período

[14] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 99.
[15] LAJE ANAYA, *Comentarios*... cit. *Parte especial*, vol. III, ps. 102 y ss.
[16] En iguales términos NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 99.
[17] CREUS, ob. cit., p. 273.
[18] Ídem nota anterior.
[19] CREUS, *Delitos*... cit., p. 273.

romano o griego, estaremos frente al restante supuesto, esto es, la entrega de una dádiva.

Problema interesante, a los efectos de la consumación, es aquel en el cual el autor ya no recibe dinero o cosas, sino un bien registrable, como ser una casa. Según sea la posición que se siga, la consumación tendrá distintos tiempos. Si se exige que el bien pase a nombre del funcionario o de una persona de su confianza, recién en ese instante se consumará el delito. En cambio, si sólo se tiene en cuenta el momento en que pasa a manos del funcionario, de hecho éste será el momento de la consumación. En este último sentido, opina Creus que el funcionario que recibe un inmueble o un automotor, para usarlo y guardarlo para sí, ya cometió el delito de cohecho[20].

La cuestión es sencilla, porque en el momento en que el funcionario recibe o entra en posesión del objeto el delito se ha consumado, ya que se ha cumplido parte del pacto espurio.

a.2) *La dádiva y su valor económico*

Dádiva es la cosa que se da graciosamente[21]. Esto es, lo que se da sin retribución económica, es decir, sin contraprestación. La dádiva debe estar constituida por un objeto que se transfiere al autor del hecho, por parte del dador[22].

La pregunta clave en este asunto es la siguiente, que se puede ejemplificar en un caso. Un funcionario acepta realizar un acto propio de su función, a cambio de tener relaciones sexuales con la persona que le pide que realice aquel acto. Según la posición que se tome, tal acto de aceptación encuadrará en el tipo penal que se analiza.

El punto de discusión, pues, que divide a la doctrina, reside en si la dádiva debe tener un contenido económico o si por el contrario alcanza con que tenga un beneficio, sin que implique un contenido patrimonial.

Parte de la doctrina entiende que, desde la óptica objetiva, la cosa entregada debe necesariamente estar provista de un valor económico,

[20] CREUS, ob. cit., p. 273.
[21] *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., 1992.
[22] CREUS, ob. cit., p. 274.

es decir, debe reportar al receptor un beneficio o un cambio favorable en su situación patrimonial. Partiendo de lo dicho, no pueden constituir dádiva una satisfacción estética, sentimental o residual o una complacencia de la vanidad[23]. Soler, quien es el sostenedor más firme de esta posición, afirma que la dádiva debe consistir en algo dotado de valor económico, sea directamente dinero o cosas de valor, sea porque constituya la liberación de una carga o una mejora patrimonial del sujeto, y por ende se descarta toda satisfacción estética, sentimental, o sensual o puramente honorífica o en complacencia con la vanidad"[24]. En igual sentido, parece ser la opinión de Núñez, ya que habla de que el precio puede ser en dinero o en otro valor económico (dádiva)[25].

En cambio, otro sector, partiendo de un criterio subjetivista, entiende que debe tenerse en cuenta el provecho o el beneficio que le reporta al agente esa dádiva, sin atender al criterio objetivo del valor económico[26]. En este sentido es válida la definición de Ramos Mejía cuando afirma que dádiva significa "cualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosas o dinero, préstamos de cosas o dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual, etcétera. En cambio no serían dádivas, por falta de beneficio o provecho concreto, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal"[27]. El argumento de Ramos Mejía, que se aplica al presente delito, se basa en que lo que se protege en estos casos es el interés del Estado por mantener la observancia de los deberes de probidad de los funcionarios públicos, y ésta no es otra cosa que la rectitud del ánimo, la integridad y honradez en el obrar. De modo que el funcionario

[23] Cfr. SOLER, ob. cit., t. V, p. 212, citando a Moreno y González Roura (nota 19). Comparten esta postura, entre otros, NÚÑEZ, *Derecho Penal*... cit., t. VII, p. 99; CREUS, *Delitos*... cit., § 497; del mismo autor, *Derecho Penal*... cit., t. II, § 2001; LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 104.

[24] SOLER, ob. cit., t. V, p. 182.

[25] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 99.

[26] Enrique Ramos Mejía (*El delito de concusión* cit., p. 80) transita la postura extensiva, siguiendo en esto a la doctrina italiana; siguen este lineamiento, FONTÁN BALESTRA, cit. por SOLER, ob. cit., t. V, § 142-III-214.

[27] RAMOS MEJÍA, *El delito*... cit., p. 61.

que actúa basándose en dinero o en cualquier otro beneficio, como ser el tener relaciones sexuales con una mujer, falta a ese deber de probidad[28].

Creus afirma que reducir la dádiva a los objetos dotados de valor económico implica dejar al margen de la punibilidad conductas tanto más venales que otras, pero no hay que olvidar que el término dádiva implica un concepto que tiene que ver con algo que se puede dar y recibir. En el caso del placer estético, o sentimental, claro está que no se pueden dar, pero sí, en cambio, objetos que suministren tal placer. Quien recibe una entrada para ver una función de ópera de un tenor famoso, claro está que logra un placer estético quizás imponderable económicamente, pero ha recibido algo que tiene valor a los efectos del tipo en cuestión[29].

La doctrina italiana ha sostenido que el vale de la utilidad que constituye el precio de la baratería no tiene importancia. Vale la pena citar a Carrara: "La justicia se ofende *etiam uno nummo* (con un simple céntimo). Pero no hay que ir demasiado lejos, y quizás tenían razón los prácticos al distinguir entre *munus et munusculum* (entre regalo y regalillo). Ninguno pensará que ofrecer a un funcionario público un cigarro, un sorbo de rapé, un pocillo de café o la pequeña propina acostumbrada, sea corrupción. Si uno quiere cree que existen costumbres *contra legem* (lo cual es discutible), puede sostener legítimamente que en estos casos falta la voluntad de corromper"[30].

En síntesis, los argumentos que se pueden dar para una u otra posición son los siguientes. A favor de la tesis que sostiene que la dádiva debe tener un contenido patrimonial se sostiene que:

a) Se pervertiría el sentido político-criminal del cohecho;
b) dádivas sin contenido patrimonial han sido legisladas de otras formas, como ser el tráfico de influencias;
c) la dádiva expresa una categoría material de contenido económico;
d) todas las legislaciones establecen el comiso de las dádivas.

[28] Ídem nota anterior, p. 81.

[29] CREUS, ob. cit., p. 275.

[30] CARRARA, *Programa* cit., *Parte especial*, N° 2552, cit. por MAGGIORE, ob. cit., t. III, ps. 195/196.

La posición contraria se basa en:

a) En los países en que la pena es de multa, ésta no se aplica si no hay contenido económico;
b) sería por tanto absurdo que cambiara el contenido del concepto dádiva, según la pena establecida;
c) el bien jurídico imparcialidad tanto se afecta con o sin contenido patrimonial de la multa[31].

a.3) *La proporcionalidad de la dádiva*

La dádiva entregada, si bien no debe guardar necesariamente una relación de proporcionalidad con el acto esperado[32], debe ser idónea para motivar al funcionario a realizar el acto. De modo que, logrado ese fin, el valor, cualquiera que sea, es irrelevante a los efectos de la tipicidad. Lo realmente importante es que el dinero o la dádiva sean el precio del contrato entre las partes. En este sentido, un pequeño regalo puede servir como dádiva, si el autor lo hace habida cuenta del convenio hecho con la parte.

a.4) *La promesa*

En el caso de la promesa, también se pueden hacer las argumentaciones anteriores con respecto al dinero o a la dádiva, por ende la promesa debe ser de dinero o de cualquier otra dádiva. La promesa puede ser directa o indirecta. La diferencia entre ambas pasa por el hecho de que la primera requiere estar dirigida a funcionario público determinado, mientras que la segunda tan sólo exige su manifestación, mas no su individualización en funcionario alguno[33].

a.5) *La persona interpuesta. Problemas de autoría*

El comportamiento descripto en el precepto penal comentado posibilita que la recepción de la cosa o la aceptación de la promesa puedan ser realizadas por el propio funcionario público, o en su defecto, por alguna otra persona que represente sus intereses.

[31] FEIJOO SÁNCHEZ ob. cit., ps. 1127/28.

[32] CREUS, *Delitos...* cit., § 498; del mismo autor, *Derecho Penal...* cit., t. II, § 2001.

[33] CREUS, *Delitos...* cit., § 498-A; del mismo autor, *Derecho Penal...* cit., t. II, § 2002.

Tanto la recepción de la cosa como la promesa de ella deben estar concatenadas a la celebración de un acuerdo ilegítimo. Este acuerdo debe versar sobre algún acto funcional del funcionario dentro del marco de su competencia, es decir, la entrega o su promesa deben perseguir la exteriorización de la voluntad del agente en un acto propio de sus funciones, o en la omisión de realizar algún hecho exigido por la actividad que desarrolla el funcionario público. Debe ponerse el énfasis en la comisión u omisión de un acto debido por el agente.

En principio se puede afirmar que la ley habla de que las acciones de recibir o aceptar puede hacerlas el funcionario por intermedio de un tercero que aparezca como personero del funcionario, esto es como falso destinatario de lo ofrecido o prometido, en palabras de Creus[34]. Esta persona interpuesta debe actuar de acuerdo con el funcionario para que se encuadre la conducta dentro del tipo en cuestión. En este orden de ideas, Creus afirma que no se trata solamente de quien recibe el dinero como un cómplice más, sino que es quien recibe el dinero, apareciendo a los ojos de quien entrega el dinero como beneficiario del contrato ilícito. Y éste es el sentido de la norma, ya que de lo contrario no tendría sentido la inclusión en el artículo.

En cambio, si no hay un acuerdo entre el funcionario y la persona interpuesta se tratará de lo que se ha dado en llamar la venta de humo, dentro del artículo 172 del Código Penal[35].

También la norma prevé el ejercicio de la influencia del funcionario público sobre otro funcionario, haciendo alusión en este caso a la influencia moral derivada de su cargo, no siendo necesario que éste se encuentre en una relación de subordinación; en caso contrario, de ordenar a su subordinado la comisión o la omisión de acto funcional dentro de su competencia, estaríamos ante alguno de los supuestos anteriormente tratados.

La jurisprudencia ha entendido que: "el cohecho para hacer valer la propia influencia no requiere necesariamente una relación funcional o disciplinaria de mayor jerarquía, configurando la más común de las formas de cohecho en donde las propias relaciones funcionales llevan

[34] CREUS, ob. cit., p. 276.
[35] FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 258.

a que, más allá de los grados, jerarquía o funciones, se logra [interceder] para conseguir que quien en definitiva es un compañero de trabajo haga o deje de hacer algo"[36].

a.6) *Los hechos a realizar*

La doctrina argentina ha sostenido casi de manera pacífica que el acuerdo entre las partes debe versar sobre un hecho determinado[37]. Y esto es exacto cuando el acto está entre aquellos que se encuentran dentro de la órbita del funcionario público, y según las leyes y reglamentos, de modo que el acto es, tanto desde lo formal como desde lo material, lícito. En este aspecto, si la dádiva es entregada de manera genérica, la conducta pasa a ser la del artículo 259 del Código Penal, que prevé la admisión de dádivas que sólo se entregan por su oficio.

Creus distingue este supuesto del caso en que la entrega no sea para la realización de un lícito, sino, por el contrario, de un ilícito, ya que en este caso se daría el tipo penal en cuestión. Por ejemplo, quien recibe, en virtud de principios anárquicos, dinero, para adoptar en todos los casos que le toque intervenir actos contrarios a las leyes, cae en el presente tipo penal. Igualmente lo sería si el funcionario recibe dinero para omitir en todos los casos en que debe actuar[38]. Más allá de lo hipotético del caso, el tipo penal está más en función de la corrupción para un caso determinado. Tan así es la cuestión que en la doctrina italiana se le llama al delito, por ejemplo, la corrupción para un acto determinado[39].

La ley 25.188 agregó a este punto completando las conductas punibles, llenando un vacío de punibilidad, no sólo el hacer o no hacer, sino el retardar un acto propio de sus funciones. Y la cuestión es lógica, ya que se puede hacer un contrato al solo efecto de que el funcionario demore un acto propio de sus funciones, con el objeto de

[36] CFed. de Mendoza, sala A, 10-7-92, "F. c/Nieto, M. N.", c. 54.987, J. P. B. A. t. 86, f. 94.

[37] SOLER, ob. cit., t. V, par. 142-III; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 99; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 258.

[38] CREUS, ob. cit., p. 279.

[39] MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 193.

dar más tiempo a una persona. Piénsese la demora en tramitar una orden de detención con el fin de que la persona pueda tomar sus recaudos o la demora en cumplir un allanamiento a los efectos que la parte que corrompe retire objetos que la comprometen.

a.7) *La competencia del autor*

De acuerdo a la redacción del tipo, el acto que debe realizar el funcionario público es un acto propio de su competencia funcional, tanto desde el aspecto material como funcional. De modo que la base del tipo está en que el funcionario pueda realizar el acto. Dándose este requisito, poco importa qué tipo de acto funcional es, si con relación a terceros o dentro de la propia administración. Delinque quien no resuelve en un sumario de licitación, sobre el que tiene facultades; aquel que no sanciona a un subordinado, a quien le corresponde tal medida[40], así como quien demora el acto.

El Código no diferencia entre cohecho propio e impropio, de manera que la calidad de legal o ilegal del acto es indiferente en cuanto a la tipificación. Esto significa que tanto se tipifica el delito cuando el funcionario público reciba dinero para hacer un acto dentro de sus funciones, lícito, como por ejemplo realizar una notificación o dictar un decreto dentro de sus facultades, como un acto ilícito, dar en concesión algún lugar de manera ilegítima[41].

El Tribunal Supremo español ha dado algunos criterios de cuándo un funcionario actúa en el ejercicio de su cargo:

a) Cuando el funcionario actúa dentro de sus tareas que legítimamente pueden serle encomendadas por sus superiores.
b) Cuando la confección del acto pertenece evidentemente a la competencia de la oficina donde el funcionario desarrolla sus tareas.
c) Cuando el funcionario tiene la guarda y custodia de un asunto, ya que lo tiene a su cargo.
d) Cuando por estar destinado a determinado organismo aprovecha su libre acceso.

[40] CREUS, ob. cit., p. 279; MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 193/194.
[41] En igual sentido SOLER, ob. cit., t. V, par. 142-III; CREUS, ob. cit., p. 280.

e) Cuando el acto o la omisión no resulten manifiestamente extraños a él. En cambio, si el funcionario aparenta competencias se estará ante el delito de estafa[42].

La jurisprudencia ha dicho que: "El artículo 256 del Código Penal no requiere que el acto sea 'propio' de la función específica del empleado o funcionario que recibe la dádiva sino tan sólo 'relativo' a tales funciones y capaz de afectar el bien jurídico tutelado por la ley penal al reprimir los delitos contra la administración pública"[43]. Y se sostuvo además que constituye el delito de cohecho pasivo simple previsto por el artículo 256 del Código Penal, la conducta consistente en la aceptación de dinero dirigida a prestar asesoramiento vinculado a sus funciones y por el cual no se encontraba autorizado a recibir suma alguna[44].

Cuadra en la figura del cohecho pasivo agravado por su condición de juez en grado de tentativa, la conducta desplegada por el magistrado que pretendió, por intermedio de un colega, obtener para sí una suma de dinero de una de las partes en litigio, radicado en el juzgado donde es titular, pactando la venta de actos de autoridad que debían ser oficiosa y funcionalmente otorgados.

b) *El tipo subjetivo*

El tipo penal en cuestión sólo acepta el dolo directo. Las acciones típicas examinadas requieren una finalidad en los concertantes, esto es que el sujeto activo de este delito haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones, o haga valer su influencia funcional ante otro funcionario para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones. En aras del principio de congruencia, el agente debe tener conocimiento y voluntad de realizar los elementos que integran el tipo penal objetivo[45]. Por lo tanto, el funcionario público debe conocer y aceptar el contrato que se le ofrece por la otra parte, y que este contrato tiene

[42] FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1129.

[43] CNCCom.Fed., sala II, 15-7-92, "Navarro, Sandro y otro", J. A. 1995-II.

[44] CNCCom.Fed., sala II, 5-5-95, "Navarro, Roberto y otro", J. A. 1996-IV, síntesis.

[45] Sobre la congruencia en los tipos penales dolosos, ver DONNA, *Teoría del delito...* cit., t. 2, § 46, ps. 71 y ss.

por fin que él debe hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, de modo que la cosa que recibe, o la promesa que se le hace, es parte de ese acuerdo previo[46].

### 3. *Sujeto activo. Autoría*

Este tipo penal es un delito de los llamados especiales propios, por lo tanto sujeto activo sólo puede serlo el funcionario público, con el alcance que le hemos dado al artículo 77 del Código Penal. El círculo de autores se encuentra restringido por la ley penal, señalando el legislador en forma taxativa quién puede realizar el comportamiento contenido en la norma penal[47].

Desde el punto de vista de la participación, y al tratarse de un delito especial, la actuación de esta persona interpuesta que no reúne las características exigidas por el tipo penal, es decir, ser funcionario público, sólo puede quedar atrapada por la complicidad de primer grado (art. 45, Cód. Pen.)[48].

Por eso, y tal como lo hemos sostenido en otra ocasión, en el supuesto de no reunir el presunto autor la cualidad de ser funcionario público, el comportamiento ilícito sólo podría quedar atrapado dentro de la complicidad, pero nunca podría haber autoría ni coautoría. Recuérdese que la postura en materia de autoría transitada en esta obra es la propuesta por la teoría del dominio del hecho, y que esta teoría al referirse a los delitos especiales no acepta la posibilidad de que el dominio de la acción recaiga en otra persona distinta a la descripta en el tipo penal en el caso de los delitos especiales propios[49]. También hemos rechazado los llamados delitos de deber, por ende, cualquier otra posibilidad es ampliar el tipo penal dentro de lo que se llama analogía.

[46] CREUS, ob. cit., p. 277.

[47] Cfr. la clasificación de los delitos en función del sujeto activo contenida en: DONNA, *Teoría del delito*... cit., t. 2, ps. 84 y ss.

[48] Véase LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, ps. 100 y ss.

[49] DONNA, *La autoría*... cit., p. 43.

4. *Consumación*

El delito se consuma con el pacto, y dentro de ello con el recibimiento del precio, esto es el dinero o la dádiva, y en esto nada tiene que ver si el funcionario cumple o no con la promesa que había hecho cuando recibió el dinero o la dádiva.

En el caso de la promesa, el delito se consuma en el momento de la aceptación de la promesa, aunque luego ella no se cumpla. Por lo tanto, el cumplimiento del acuerdo de las partes no cambia el momento consumativo, que se da sólo cuando se recibe el dinero, la dádiva o la promesa[50].

El dinero dado después del acto, tal como se dijo, no es cohecho, porque queda fuera del contrato, que es la base de este delito, al margen de otros tipos delictivos, como se verá más adelante.

"El delito de cohecho se consuma con la recepción del dinero de la dádiva o la aceptación de su promesa por el funcionario o por la persona interpuesta, sin necesidad de que el funcionario se conduzca según lo explícita o implícitamente acordado"[51].

5. *Tentativa*

El problema de la tentativa en el presente delito es de difícil conceptualización, según la opinión de la mayoría de la doctrina, ya que, desde esta perspectiva, el delito se consuma con la aceptación de la promesa y el recibimiento del precio, por lo que antes que se formalice el pacto sólo hay actos preparatorios[52].

Sin embargo, la cuestión no es tan clara con respecto a la aceptación de dádivas, pues es posible que se realicen actos ejecutivos con el fin de recibir la dádiva[53].

A estas argumentaciones se ha respondido que se confunde el momento de la recepción con el momento del acuerdo, o la recepción ya había sido acordada en virtud de una promesa anterior aceptada.

[50] CREUS, ob. cit., p. 283; NÚÑEZ, ob. cit., p. 258; SOLER, ob. cit., par. 142-III.

[51] CNCCorr.Fed., sala II, 5-5-95, "Navarro, Roberto y otro", J. A. 1996-IV, síntesis.

[52] Ésta es la opinión mayoritaria, según CREUS, ob. cit., p. 283.

[53] Ésta es la posición de NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 100.

De modo que, en el primer supuesto, los actos anteriores a la aceptación no pasan de ser preparatorios, y en el segundo caso el delito está consumado, motivo por el cual la tentativa no es posible[54].

En cambio, la doctrina italiana ha sostenido que la tentativa es configurable sólo en la hipótesis de no haberse llevado a cabo el contrato ilícito, ya iniciado, por haberle parecido al funcionario muy exigua la recompensa[55].

## 6. *Concurso con otras figuras*

Sin perjuicio de otros elementos que se tendrán en cuenta a medida que se expliquen los demás tipos penales, se pueden hacer algunas diferencias básicas entre este tipo penal y el de exacciones ilegales. En principio, se puede afirmar que en el cohecho el funcionario acepta el ofrecimiento ilegítimo, mientras que en la exacción ilegal es el funcionario público el que exige, pide, lo que es esencial en este comportamiento típico[56]. Es que no hay en la exacción un acuerdo de voluntades, un contrato, si así se lo quiere llamar, sino que, por el contrario, es una exigencia con vicio en la voluntad de una de las partes.

El cohecho pasivo (art. 256) se distingue de las figuras de extorsión, exacciones ilegales y concusión en la modalidad de la conducta típica contenida en la primera de ellas, esto es, el funcionario público se limita a recibir o aceptar un beneficio, mientras que en las restantes el autor requiere, impone o procura el ofrecimiento o la promesa[57].

También es necesario distinguir el cohecho de la estafa. Según sea el criterio que se tenga sobre el bien jurídico protegido, esto es el patrimonio y su contenido –sólo económico, jurídico o mixto– también será la consecuencia en cuanto a la diferenciación entre ambos delitos, tal como se verá cuando tratemos el delito de estafa.

[54] CREUS, ob. cit., p. 283.

[55] MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 197.

[56] En esta línea, CCCorr. de San Martín, sala I, 7-11-92, "Barrios J. A.", J. P. B. A. t. 73, f. 9791.

[57] CCCorr. de San Martín, sala II, 12-3-91, "Fatigati, S.", c. 18.328, J. P. B. A. t. 77, f. 396; CFed. de Rosario, sala A, 21-3-91, "Farina, O. H.", c. 54.699, J. P. B. A. t. 80, f. 110.

Igual criterio habrá que dar cuando el funcionario acepte dinero o dádiva como persona interpuesta, sin ninguna posibilidad de hacer nada a favor de quien ofrece el dinero o la dádiva[58].

Por último, cabe agregar que la ley 24.759/96 aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, por la cual se fomenta la adopción de mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción y los actos de corrupción (art. 2°, I-II). En su artículo 6°, inciso a, se define como acto de corrupción: "El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas". Esta descripción normativa hace alusión específicamente a la figura del cohecho pasivo.

Por su parte, el artículo 6°, inciso b, al expresar literalmente: "El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas", define al cohecho activo (art. 258, Cód. Pen.).

*El proyecto de ley de 1999*

La comisión que reformó el artículo 256, después de la Ley de Ética Pública, introdujo una nueva conducta, que misteriosamente había quedado olvidada. Se agrega la palabra solicitara, con lo cual cierra el tipo penal en cuestión. En la nota aclaratoria se afirma que el solicitar describe una conducta frecuente y tan perniciosa como las abarcadas por el texto actual, que quedaba impune.

La pena se agrava cuando se produjera un grave detrimento patrimonial del Estado, llevando la sanción a reclusión o prisión de dos a ocho años.

[58] Para Creus, por ejemplo, no hay estafa, porque el contenido del contrato debe ser lícito (ob. cit., p. 287).

Una nueva agravante se da cuando el delito hubiese sido cometido en ejercicio de una función pública proveniente de una elección popular, llevando la sanción a nueve años e inhabilitación especial perpetua.

El fundamento está en que quien ha sido elegido por el voto popular ha defraudado la confianza puesta en él, al tiempo que indirectamente ataca los fundamentos mismos de la democracia.

## EL TRÁFICO DE INFLUENCIA

Artículo 256 bis. La Ley de Ética de la Función Pública 25.188, agregó el siguiente artículo: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

"Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años".

### I. La influencia del cargo del antiguo artículo 256

Antes de la reforma la ley castigaba una forma de contrato en la cual el funcionario hiciera valer su influencia, derivada de su cargo, ante otro funcionario público, con el fin de que este último hiciera o dejara de hacer algo relativo a sus funciones[59].

Para un grupo de autores se trataba de hacer valer un predominio moral sobre otro funcionario, ya que si el autor podía ordenar el acto, quedaba comprendido en la forma anterior del artículo 256, ya que habría actuado dentro de su competencia.

[59] CREUS, ob. cit., p. 280.

La modificación que incorporó la ley 16.648 complicó el asunto, ya que, como bien lo ha dicho Soler, se recibe con el fin de hacer, pero también para hacer hacer[60].

Ahora bien, este predominio moral sobre otro funcionario debe tener su origen en el cargo que desempeña el autor, de modo que el funcionario competente se debe sentir compelido a actuar por el pedido que se le está formulando. Y esto debido a futuras consecuencias que podría engendrar su negativa, tales como sumarios, cesantías, etcétera[61].

Por lo tanto, si la influencia se debe a un problema de amistad, o de devolución de favores, de viejas deudas, o directamente por miedo físico, dado que quien influye es más grande o conforma una patota, dentro del lugar de trabajo, entonces no se tipificará el presente delito.

Lo esencial es que el funcionario presionado no debe ser parte del acuerdo, esto es no debe saber del acuerdo de dinero con quien lo presiona, ya que de lo contrario sería partícipe de la primera forma del delito, o se daría el caso de la persona interpuesta.

## II. El llamado tráfico de influencia

### 1. *Bien jurídico protegido*

La Ley de Ética de la Función Pública independizó este artículo, e incluyó lo que la doctrina española ha denominado el delito de tráfico de influencias. El problema del tipo en cuestión es que no distingue, como en la legislación española, entre la influencia de una autoridad a otra autoridad, del particular al funcionario, y finalmente el ofrecimiento de influencia. Tal como está redactado se puede afirmar que se amplía el tipo penal, al contemplar que no sólo es autor el funcionario público, sino que puede ser autor cualquier persona, y, por otra parte, adelanta el momento de la consumación, ya que basta que se tome el dinero o la dádiva o la promesa con el fin de influir en un funcionario público.

Se trata de un delito cercano al cohecho, pero a nuestro criterio el bien jurídico es distinto, ya que se busca la imparcialidad o la

[60] SOLER, ob. cit., t. III, par. 142-III.
[61] CREUS, ob. cit., p. 281.

objetividad como medio para que la función pública defienda los intereses generales y no intereses particulares[62]. Otro grupo de autores han sostenido que se trata de una lucha contra un entendimiento familiar y patrimonialista de la función pública[63].

Para Polaino Navarrete lo que se protege es el valor de la incorruptibilidad del funcionario público, que resulta lesionado por el ejercicio de la acción del tráfico de influencias determinante de una resolución determinada en beneficio de alguna de las partes[64].

## 2. *Tipo objetivo*

Tal como lo ha expresado el Tribunal Supremo de España, el tipo objetivo gira en torno al verbo influir, que se puede conceptualizar como "la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o un funcionario, respecto de una decisión a tomar en asunto relativo a su cargo, abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina ha llamado ataque a la libertad del funcionario o autoridad, que tiene que adoptar, en el ejercicio del cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieron ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión"[65].

Debe tenerse en claro que no se castiga la mera interferencia en la función pública, sino que ésta, tal como lo afirma Polaino Navarrete, debe ser una interferencia que implique un ejercicio de influencia que signifique un desvalor más amplio. Esto incluye una concreta actividad de influir expresamente dirigida al logro de una determinada actuación del funcionario, esto es que tome una resolución, que es dictada en materia de las facultades que son propias de su cargo[66].

[62] FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1144.

[63] MUÑOZ CONDE, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, cit. por FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1144.

[64] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., t. II, p. 393.

[65] STS del 24-6-94, cit. por FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1144.

[66] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., t. II, ps. 391/92.

Ahora bien, la diferencia con el Código de España está en que no se requiere en el tipo legal que la resolución tenga un contenido económico.

3. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso, de modo que el autor debe haber querido hacer valer su influencia ante un funcionario publico, mediante un precio, con un fin determinado. Es claro que no hay posibilidad que otro dolo que no sea el directo.

El error elimina el dolo, pero se hace difícil pensar en algún supuesto de este tipo, dada la estructura del tipo penal.

4. *Consumación*

El delito se consuma con el mero solicitar, o recibir el dinero, o aceptar la promesa para hacer valer la influencia ante un funcionario público.

5. *Problemas de concurso*

El problema que surge es si posteriormente el funcionario objeto de influencia comete otro delito, como ser la prevaricación. En este caso la doctrina ha sostenido que habrá concurso ideal[67].

No está tipificado como un delito especial, en el sentido de que sólo los funcionarios públicos pueden ser autores de este delito, sino que cualquier persona que reciba dinero o una dádiva o aceptara una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia a fin de que ésta haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones, caerá dentro del tipo legal. La pena se entiende tal como está redactado el tipo, abarca a todos con la inhabilitación, que en caso de personas que no sean funcionarios será a futuro.

Rigen a nuestro juicio las mismas consideraciones que la doctrina había mantenido sobre este punto.

[67] FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1145.

## III. Agravante del tráfico de influencia

Se contempla una agravante cuando la conducta estuviere destinada a hacer valer una influencia indebida ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, con el fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, elevándose la pena a doce años de prisión o reclusión.

La cuestión es sencilla; se han previsto penas altas para aquellos que intenten influir en miembros del Poder Judicial o del Ministerio Público. La corrupción de los miembros de la justicia es, como es obvio, mucho más grave que la corrupción de otros funcionarios públicos, habida cuenta de que los jueces especialmente tienen como función constitucional, además de resolver los conflictos, cuidar las garantías de los ciudadanos frente al poder. Ya Ferrajoli ha sostenido que la independencia de los jueces se justifica si cumple esa función, es más, su permanencia en el cargo de manera inamovible sólo se justifica si cumplen esa función, por ende, el tráfico de influencia en este caso debe ser severamente sancionado[68].

### COHECHO AGRAVADO

Artículo 257: "Será reprimido con prisión de cuatro a doce años e inhabilitación absoluta y perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero, cualquier dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia." (texto según ley 25.188).

## I. Antecedentes del tipo penal

El Proyecto Tejedor, en su artículo 391, castigaba al juez "que diere por precio una sentencia, aunque sea justa, incurrirá en la pena del primer inciso del artículo anterior. Si la sentencia fuere injusta en causa civil, o siendo en causa criminal no se impusiere por ella pena

[68] FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, ps. 25 y ss.

corporal, sufrirá además prisión de un año. Si por la sentencia injusta se impusiere pena corporal, se aplicará al juez la misma, a excepción de la de muerte, que se conmutará por presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado". En la nota se decía que el cohecho es una de las más graves prevaricaciones, pero esta gravedad se aumenta "todavía cuando es un juez el que trafica con sus fallos, cuando es un magistrado el que vende sus opiniones, su religión y su conciencia". Y agregaba más adelante que por odiosa que sea la prevaricación del funcionario o del juez, esta prevaricación no constituye en la mayor parte de los casos más que un simple abuso de confianza, cometido en perjuicio del Estado. Así como el mandatario privado que traiciona las órdenes de su comitente y dilapida los dineros depositados en sus manos, el funcionario mandatario del poder social abusa de su misión, y traiciona el depósito de la autoridad confiada a su fe. Este hecho no debería ser considerado sino como un simple delito, si la calidad del culpable y los resultados de la acción no aumentasen su gravedad: la calidad del culpable porque la prevaricación del magistrado, de un funcionario, hiere más profundamente a la sociedad que la de un mandatario privado; los resultados de la acción porque la corrupción se agrava cuando se comete para llegar a otro crimen, y éste se ejecuta[69].

El proyecto de 1881 daba una norma general sobre el cohecho, no haciendo la distinción según la persona; en cuanto a la gravedad del delito (art. 1429; Código de 1886, art. 251) seguía el mismo criterio del proyecto Tejedor. Igual criterio tomó el proyecto de 1891, que no fue tomado por la ley actual, que ya el proyecto de 1906 había modificado, en el artículo 276, de igual manera al Código actual. El proyecto de 1917 mantuvo esta forma que pasó al Código actual, y fue reformado por la Ley de Ética de la Función Pública[70].

## II. Bien jurídico protegido

En este punto hay que remitirse a la nota antes citada por Tejedor, en el sentido de que se trata de una infidelidad al Estado que se agrava por el hecho de ser la persona juez o miembro del Ministerio Público.

[69] P. 328 del proyecto; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 490.
[70] SOLER, ob. cit., par. 142-V.

## III. Tipo agravado o tipo autónomo

El primer punto a dilucidar es si el presente es un tipo penal autónomo o es una agravación del cohecho pasivo, sólo en virtud del autor.

Una parte de la doctrina afirma que entre ambos tipos existe una relación de género a especie[71] fundada la agravante no sólo en la calidad del autor, sino en la naturaleza jurisdiccional del acto cumplido u omitido[72].

En cambio otro sector doctrinario afirma que debido a la cualidad que debe revestir el sujeto activo, aunado esto al objeto del acuerdo venal, más la exclusión del párrafo sobre la influencia, que no existe en el tipo en cuestión, constituyen notas diferenciales que permiten afirmar su autonomía, sin perjuicio de elementos comunes a ambos tipos penales[73].

La discusión en sí no tendría más relevancia que el decidirse sobre una opinión u otra. Lo que importa en este punto es hacer algunas aclaraciones que son la médula del problema. Se trata de delitos que lesionan la administración de justicia. Lo grave es que un juez y ahora el Ministerio Público resuelvan en base a una dádiva o a dinero o una promesa futura y no sólo por el deber como tal. En realidad y dada la estructura del tipo penal en cuestión, estos delitos deberían tener un capítulo propio, ya que está en juego la independencia del Poder Judicial, el cual, como hemos afirmado, sólo tiene sentido si es independiente no sólo del poder de turno, sino de la opinión pública como tal. Si un juez no puede ir en contra de lo que la mayoría, en su momento, opina, aunque considere legal y justa su resolución, entonces no merece tal poder, la independencia, la inamovilidad, etcétera. Si las personas que lo componen, además, fallan o dictaminan, en el caso del Ministerio Público, por dinero, entonces la cuestión debe ser severamente reprimida.

[71] Cfr. SOLER, ob. cit., t. V, § 142-IV; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 101, y nota 101 citando a Moreno, VI, N° 203; LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 107.

[72] SOLER, ob. cit., par. 142-V.

[73] CREUS, *Delitos*... cit., § 519; del mismo autor, *Derecho Penal*... cit., t. II, § 2008.

La agravante o el tipo penal autónomo, según se mire la cuestión, reside en dos elementos esenciales: por una parte, la particular calidad del autor, esto es el juez, y el Ministerio Público, después de la reforma de la ley 25.188. Por otra parte, los actos sobre los cuales versa el acuerdo venal de las partes en juego, esto es emitir, dictar, retardar u omitir una resolución, fallo o dictamen en asuntos sometidos a su competencia[74]. Y bien se ha dicho que ambos elementos se deben dar juntos, esto es que exista un juez y que el acto sea de naturaleza jurisdiccional, o que actúe el Ministerio Público, especialmente en sus dictámenes. Se comprende en este caso tanto a la fiscalía como a los defensores oficiales. Por eso no se dará la agravante si el acuerdo es con el juez, pero que no dicte un acto propio, jurisdiccional, por ejemplo el ascenso de un empleado.

## IV. Tipo objetivo

Los comportamientos típicos resultan análogos a los contenidos en el artículo 256, esto es que por sí o por persona interpuesta el sujeto activo recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa. Sobre el contenido y alcance de estos términos empleados por este tipo nos remitimos a lo examinado anteriormente.

A diferencia del cohecho pasivo básico, este precepto penal no trae contemplada la actuación de una persona interpuesta. Dicha omisión en nada perjudica la punibilidad del tercero que actuase de ese modo, es decir de nexo entre el juez y el oferente, ya que aquí cobra vigencia la aplicación de las reglas de la participación, con igual sentido y alcance a lo dicho sobre el tema al tratar el análisis del artículo 256 del Código Penal. Rigen en este aspecto los principios generales de la participación[75].

Ahora bien, el acuerdo venal debe referirse a una resolución o a un fallo que deba dictar el juez o el Ministerio Público en una causa sometida a su estudio; esto implica que debe ser una cuestión que debe estar sometida al conocimiento del juez o el Ministerio Público, aunque no sea estrictamente competente. Será suficiente, entonces,

[74] CREUS, ob. cit., p. 289.
[75] DONNA, *La autoría*... cit., ps. 13 y ss.

que el asunto esté en las facultades del juez o del fiscal o defensor, y dentro de su jurisdicción, aunque no sea competente y aunque reglamentariamente no le hubiere correspondido. Esto aclara el problema del acto venal del juez, que luego se declara incompetente, ya que lo contrario llevaría a sostener que esta conducta es impune.

En síntesis, el juez debe tener jurisdicción y ser competente, en el sentido antes dado, en la materia que se ventila en el proceso[76]. La cuestión se amplía con la nueva Ley de Ética de la Función Pública a los miembros del Ministerio Público.

Esto significa que no están comprendidas las decisiones de superintendencia, permisos y sanciones a empleados, ni hechos como atender o no recibir a las partes, o estar presente en una diligencia dispuesta. Como se verá, la ley castiga acciones muy concretas como son emitir, dictar, retardar u omitir una resolución, un fallo o un dictamen. Por lo tanto, esto incluye cualquiera de estas resoluciones dentro del trámite de la causa, pero de ninguna manera resoluciones de tipo administrativo[77].

El término resolución, empleado por la ley, engloba tanto a los decretos de trámite como a los autos que resuelven incidencias dentro de las causas[78]. Por auto debe entenderse la decisión pronunciada, a instancia de parte o de oficio, sobre un incidente o artículo del proceso, en cualquiera de sus etapas. Por decreto se entienden las resoluciones de mero trámite que emite el juez, disponiendo las medidas, diligencias e impulsos necesarios para promover su normal desarrollo[79].

Por fallo debe entenderse la decisión que pone fin al conflicto traído a conocimiento del juez, haya quedado o no firme, esto es la sentencia[80]. La sentencia, como se sabe, es aquella resolución que pone fin al proceso.

Las conductas que debe realizar el juez consisten en el dictado de una resolución o fallo, retardar el dictado de ella, o directamente omitir tales resoluciones.

[76] CCCorr., sala I, 18-9-96, "Wowe, Carlos", c. 5587.
[77] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. 3, p. 356.
[78] CREUS, *Delitos...* cit., § 523; LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 107.
[79] DONNA y MAIZA, *Código Procesal Penal...* cit., p. 141.
[80] CREUS, *Delitos...* cit., § 523.

Se comprende, a nuestro juicio, la siguiente hipótesis, que es el acuerdo, por parte del juez, de dictar una resolución, pero que ella sea nula, a los efectos de que en otra instancia, la parte que paga por ello logre su fin.

En igual sentido se ha previsto el retardo en dictar la resolución, pero en este caso debe el juez estar en plazo para hacerlo, ya que de lo contrario no sería posible la comisión del tipo penal.

El acuerdo debe ser sobre determinada resolución, por ello debe ser dentro del plazo legal, y siempre debido al pacto. Supóngase que dentro de un término de sesenta días que tiene el juez para dictar sentencia las partes convienen que aquélla se dicte dentro de los quince primeros días porque ello le conviene, por diversas razones, a quien paga.

Se excluye de este tipo penal el acuerdo venal para influir sobre otro juez, ya que, como dijimos, el asunto objeto del convenio ilegal debe referirse estrictamente a la competencia atribuida del juez[81]. Pero cualquier tipo de convención, para ejercer ascendiente sobre otro magistrado, quedará subsumida en la figura básica del cohecho pasivo.

La jurisprudencia ha dicho que "Configura el delito de cohecho pasivo agravado por su condición de juez en grado de tentativa, la acción del magistrado que celebra un acuerdo verbal con un perito designado en un pleito ante su tribunal, para obtener una ilegítima participación sobre los honorarios a regularse por su labor en el mismo"[82].

## V. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo, y no es admisible, habida cuenta del contrato previo, cualquier otra clase de dolo. Esto tiene sentido, ya que el sujeto activo debe saber que recibe dinero o dádiva o acepta una promesa con un fin concreto, cual es el de dictar una resolución o fallo u omitir un dictamen por el precio entregado. De modo tal que es imposible pensar en otro dolo

[81] Véase Laje Anaya (ob. cit., vol. III, p. 108), quien sostiene que lo decisivo es que en ese asunto el sujeto activo especializado *pueda*, tenga poder para dictar el pronunciamiento.

[82] CNCCorr., sala I, 18-9-96, "Wowe, Carlos y otro", J. A. 1998-II-266.

que no sea el directo. El error, cualquiera sea éste, elimina el tipo o la culpabilidad, pero en este caso es muy difícil pensar un caso en que un juez reciba dinero y crea que es por error, o crea que es lícito recibir una dádiva para cumplir con su función.

## VI. Sujeto activo. Autoría

Sujeto activo de este tipo penal sólo podían ser, anterior a la reforma de la ley 25.188, los jueces. Éstos debían tener jurisdicción, ya sea nacional o provincial. Bien decían Molinario y Aguirre Obarrio que al ser sujeto activo solamente un juez, el hecho de dictar resoluciones es intransferible, o, por lo tanto, además de ser un delito especial, se trataba de un delito de propia mano. Es el juez quien debe prestar el acuerdo, entonces. La delegación que algunos magistrados hacen en el dictado de sus resoluciones no cambia el asunto. Supóngase el siguiente caso: un secretario realiza un acuerdo con un tercero para dictar un auto de falta de mérito sin conocimiento del juez, que sólo firma la resolución como es obvio, sin conocer el contenido del contrato ilícito, ni menos aún el contenido de la resolución. Más allá de la responsabilidad funcional del juez, claro está que no se le puede imputar este delito a tal irresponsable persona. Y por suerte la Constitución sólo exige que sean los jueces quienes dicten sentencias y resoluciones en cuestiones jurisdiccionales. Claro que nuestro personaje tendrá que vérselas con otro tipo de responsabilidad cuando se cumpla con la Constitución. En cuanto a nuestro secretario, habrá que analizar su conducta a la luz del cohecho pasivo simple.

Se trata de jueces que deben tener jurisdicción, aunque sean incompetentes en el caso.

Núñez y Creus agregan que también pueden ser jueces municipales[83], por ejemplo el juez municipal de faltas. Puede ser tanto un juez ordinario como extraordinario, pero debe haber asumido el cargo y no estar suspendido en él.

[83] NÚÑEZ, *Derecho Penal*... cit., t. VII, p. 101, incluyendo al juez municipal o de faltas (nota 22); participa de ello, LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, ps. 106 y ss.

La ley 25.188 de ética de la función pública agregó como sujetos activos a los magistrados del Ministerio Público, con lo cual se incluye desde el procurador de la Corte hacia abajo en la escala jerárquica, esto es los fiscales, el defensor general y demás defensores oficiales o de pobres, como sea la denominación, y asesor de menores, cualquiera sea también su denominación en las distintas provincias. A ellos se refiere expresamente la ley cuando habla de dictamen que debe ser siempre sometido a su competencia.

En cambio, las dificultades se presentan a la hora de desentrañar si los árbitros o los amigables componedores resultan atrapados por esta figura. Por la negativa se pronuncian, entre otros, Núñez, al afirmar en forma convincente que el artículo 269 del Código Penal establece una diferencia entre ellos[84]. Dice al respecto: "no son jueces los árbitros y los arbitradores amigables componedores, pues el artículo 269 los diferencia de ellos. Como no son funcionarios públicos, no son punibles, en su caso, con arreglo al artículo 256. En cambio, los conjueces están comprendidos en el artículo 257".

Creus diferencia entre los árbitros y los amigables componedores. "Los árbitros –dice este autor– actúan, en realidad, como verdaderos jueces de derecho, mientras los arbitradores o amigables componedores (art. 783, CPCCN) son amigables componedores que no tienen obligación alguna de observar las normas procesales, ni siquiera los preceptos del Derecho sustancial –a diferencia de los anteriores–, y pronuncian sentencia según su saber y entender"[85]. Sin perjuicio de esta aclaración, concluye que ambos resultan ajenos a la aplicación de los artículos 256 y 257 del Código Penal, argumentando para ello que los nombrados son designados por las partes del litigio, sin integrar la administración pública[86].

La reforma de la ley 25.188 ha terminado, a nuestro juicio, con la discusión, porque habla expresamente de magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público, de manera que si no pertenecen a ambos supuestos no pueden ser sujetos activos.

[84] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 101; SOLER, ob. cit., t. V, § 142-IV; CREUS, *Delitos...* cit., § 529, ps. 293 y ss.

[85] CREUS, *Delitos...* cit., § 529, p. 294.

[86] CREUS, *Delitos...* cit., ídem.

La jurisprudencia afirmó: "La calidad de secretario privado del secretario administrativo del Ciclo Básico Común de la UBA es un cargo privilegiado –sin duda tenido en cuenta por los justiciables– para asentar de la manera más conveniente las calificaciones falsas pretendidas por éstos mediante el ofrecimiento de una suma de dinero, dadas las facilidades que le otorga desarrollar sus tareas en forma directa con la máxima autoridad del área"[87]. Y además que: "El accionar del abogado interviniente en una causa penal que, con el propósito de ser tenido por parte querellante, ofreció dádivas al empleado del juzgado donde la causa tramitaba resulta atípica, pues éste no tiene competencia ni es su función decidir si uno o alguno de los litigantes puede constituirse o no en parte querellante, ya que todos los actos y providencias procesales son facultades exclusivas y excluyentes del órgano 'juez'. De otro modo se llegaría a inaceptables situaciones; por ejemplo, en las hipótesis de que hubiere una decisión provocadora de prevaricato, se entablaría la acción sólo al empleado que elaboró o proyectó la resolución o decreto y no al juez"[88].

## VII. Relación con otros tipos penales

El cohecho pasivo agravado puede concurrir con el delito de prevaricato (art. 269, Cód. Pen.), ya que el contenido del contrato nada tiene que ver con el contenido en sí de la resolución, que hasta puede ser justa y adecuada a derecho. Lo que se discute acá es el dictado de una sentencia o de una resolución por precio. Si además el contrato incluye los elementos del tipo del prevaricato, no hay duda de que será parte del convenio y entonces ambos tipos concursarán formalmente. Sin perjuicio de ello hay opinión en contrario, en el sentido de que se trataría de un concurso real (art. 55, Cód. Pen.), ya que el cohecho se consuma con el contrato, por lo que el prevaricato sería una nueva acción[89-90].

[87] CNCCom.Fed., sala 2, 15-7-92, "Navarro, Sandro y otro", J. A. 1995-II, síntesis.

[88] CNCCorr., sala 4, 8-11-94, "Idone, Vicente", J. A. 1996-IV, síntesis.

[89] En idéntico sentido, CREUS, *Delitos*... cit., § 531; LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 108.

[90] SOLER, ob. cit., t. V, § 142-IV.

Iguales consideraciones se deben hacer con respecto al tipo penal consistente en la negativa a administrar justicia (art. 273, Cód. Pen.)[91].

## COHECHO ACTIVO

Artículo 258 (ley 25.188): "Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciere u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo, y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez en el segundo".

### I. Antecedentes históricos

El Código Tejedor establecía en el artículo 393 que: el que diese o prometiese las dádivas será castigado con las mismas penas que el empleado o árbitro corrompido.

El proyecto de 1881, en el artículo 144, establecía, siguiendo el proyecto del Código Tejedor: "el que diese o prometiese las dádivas en los artículos precedentes..." El Código de 1886 establecía en el artículo 253 la misma fórmula que hemos visto con anterioridad. Recién el proyecto de 1891 trae una fórmula parecida a la que toma posteriormente el proyecto de 1917, al afirmar: "el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas a un funcionario público, para que haga u omita un acto relativo a sus funciones", y en la segunda parte se refería a la dádiva ofrecida al juez. En la Exposición de Motivos se decía: "Hemos suprimido la atenuación especial respecto del cohecho para el cumplimiento de sus deberes y del que soborna para favorecer a sus próximos parientes, porque la pena divisible es suficientemente elástica para permitir al juez la admisión de esa atenuación..."[92]

[91] CREUS, *Delitos*... cit., § 532; LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 108, citando a Fontán Balestra.

[92] P. 203 del proyecto; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 473.

El proyecto de 1906, en su artículo 277, seguía igual criterio que el comentado hasta ahora.

El proyecto de 1917 mantiene el mismo esquema, *sólo* que modifica la palabra regalos por la de dádivas y prevé el cohecho activo en el artículo 258.

La reforma de la ley 25.188 modificó el artículo 258 aumentando las penas, pero manteniendo la estructura que ya tenía el Código vigente.

## II. Bien jurídico protegido

Se trata de proteger, tal como se dijo, a la administración pública, pero en el caso concreto se busca, desde un punto de vista de la política criminal, que "el particular que ofrece, así como el que está dispuesto a acceder a las exigencias de un funcionario, revela con su acción una tendencia, al menos tan peligrosa para el bien jurídico protegido, como el funcionario que acepta. Como es sabido, el corruptor tiene una responsabilidad decisiva en el fenómeno criminológico de la corrupción del funcionario y su conducta es una contribución esencial a la conmoción pública en el ejercicio recto y objetivo de la función pública provocada por esta especie de hechos punibles"[93].

## III. Tipo objetivo

### 1. *El cohecho activo y su relación con el cohecho pasivo*

La estructura del cohecho en el Código Penal exige, de acuerdo a la forma en que se lo ha legislado, que junto al llamado cohecho pasivo (arts. 256 y ss.) exista una forma especial de codelincuencia, que consiste en la tipificación del castigo a la persona que ofrece el trato. Se trata, como se ha dicho, de una especie de inducción o tentativa de inducción al funcionario para que se corrompa[94]. El tipo penal en estudio es la contrafigura delictiva del cohecho propio o cometido por el corrupto titular de la función pública. El comportamiento incriminado

[93] STS de España, cit. por FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1133.
[94] FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1134.

es ejecutado por los particulares para corromper o intentar corromper al funcionario público[95].

No podrá darse el cohecho pasivo si no se da de manera necesaria el cohecho activo, pero como tipos diferenciados y no como una forma de complicidad o participación. El tipo penal no requiere la aceptación del funcionario público, por lo cual el tipo penal del artículo 258 se configura aun sin el extremo de los artículos 256 y siguientes, lo que muestra de modo claro su autonomía.

2. *Comportamientos típicos*

El tipo objetivo prevé dos comportamientos: dar u ofrecer dádivas a un funcionario público, con los fines especificados, esto es los ya explicados al tratar el cohecho pasivo, artículos 256 y siguientes del Código Penal, a los cuales se remite la norma.

"Da el que entrega, y ofrece el que promete. Ambas acciones pueden ser explícitas (directas) o implícitas (indirectas). Pueden ser ejecutadas personalmente por el autor o por intermedio de un personero"[96]. Esto hace decir a Creus que se da un paralelismo con el artículo 256 del Código Penal[97].

La oferta puede hacerse directamente por el autor o indirectamente por otro sujeto. La finalidad perseguida por este ofrecimiento, a igual modo de lo que acontece con el cohecho pasivo, es provocar en el funcionario público o en el juez la realización o la omisión de algo relativo a sus funciones.

La oferta debe surgir del tercero, no del funcionario público, conducta ésta que no está tipificada. Por eso la Comisión de Reformas al Código Penal de 1999 agregó al artículo 256 la acción de solicitar para posibilitar en el cohecho activo la posibilidad de tipificar también esta conducta. Sin embargo Creus ha venido sosteniendo que "la voluntariedad del acto no requiere espontaneidad, que no queda marginada del artículo 258 la conducta de quien da u ofrece respondiendo a una insinuación o pedido, no sólo de un tercero, sino del funcionario pú-

[95] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 382.
[96] NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 104.
[97] CREUS, ob. cit., p. 298.

blico, siempre que no sea una exigencia que encuadre en las exacciones ilegales"[98].

En caso que el funcionario ya no sea inducido por el autor a realizar el hecho, sino, que además de dar dádiva, lo fuerce a realizar el acto, la cuestión tendrá otra connotación, y el tema se desarrollará dentro de la no exigibilidad, que como se sabe hemos incluido en la llamada responsabilidad por el hecho[99].

## IV. Tipo subjetivo

Es un delito doloso, que sólo admite el dolo directo, ya que el autor debe tener como finalidad especial un acto funcional a cambio de dinero. Se trata, sin duda alguna, de una instigación a la acción, como se ha dicho, para un fin determinado y concreto[100].

Se exige que el autor conozca que el ofrecimiento es espurio y que la persona a quien se lo propone es un funcionario público, un juez o un magistrado del Ministerio Público.

En caso de que el desconocimiento del autor recaiga sobre la persona a la cual le ofrece la dádiva, ese error recae sobre uno de los elementos integrantes del tipo penal examinado. En este caso nos encontramos ante un error sobre la idoneidad del sujeto pasivo, circunstancia que debe ser considerada como una tentativa inidónea, conducta punible conforme nuestro artículo 44 del Código Penal. Idéntica situación se presenta en el supuesto de que el autor ofrezca, por ejemplo, dinero a un funcionario público que carezca de la competencia específica.

La dádiva debe ser a los efectos del artículo 256, esto es, hacer, retardar o dejar de hacer un acto propio de sus funciones.

## V. Agravantes

El tipo penal prevé tres agravantes que consisten, la primera, en el caso de tráfico de influencia ante un magistrado del Poder Judicial

[98] Ídem nota anterior.

[99] MAURACH y ZIPF, ob. cit., t. 1, § 42. DONNA, *Teoría*... cit., t. II, p. 189, par. 67.

[100] CREUS, *Delitos*... cit., § 546.

o del Ministerio Público con el fin de obtener la emisión, el dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia.

La segunda agravante se da cuando se ofrezcan directa o indirectamente dádivas a un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público para que dicte, retarde, omita dictar una resolución, fallo o dictamen en asuntos sometidos a su competencia. Por lo tanto, el ofrecimiento, en estos casos de dádiva, debe ser con el fin de que se realicen algunos de estos actos. De modo que, si se ofrece dinero al juez para que no sancione a un empleado, no se dará la agravante prevista en este Código.

Ambos supuestos de aumento de pena se justifican, ya que dañan el centro de un Estado de Derecho, esto es la independencia del Poder Judicial, y el dictado de resoluciones de manera que éstas sean el resultado del cumplimiento del deber y no el resultado de un contrato espurio entre las partes.

Bien se ha dicho que estas agravantes toman en cuenta la importancia que representa la actividad que desarrolla el magistrado en la correcta administración de justicia. Recordemos que la finalidad perseguida por el autor basta que se refiera a la acción o inacción de cualquier acto funcional, siendo indistinta la naturaleza del acto funcional perseguido por el agente[101].

La tercera agravante se da en el supuesto de que el que ofrezca o dé dádiva sea un funcionario público. La cuestión también se justifica, ya que quien ha sido puesto para servir a las funciones se vale del cargo a los efectos de participar en un contrato que viola el deber de todo funcionario de servir bien y lealmente a la administración pública.

## VI. Sujeto activo. Autoría

El sujeto activo puede ser cualquier persona. En este punto no hay limitación alguna, sólo que si es un funcionario público el tipo

[101] Ídem nota anterior, § 539.

se convierte en un delito especial impropio[102], previéndose, para el caso, la agravación de la pena, a quien se le impone como pena conjunta la inhabilitación especial[103].

Desde la óptica de la teoría del autor es posible la participación, previendo incluso la propia figura que el espurio ofrecimiento puede llegar a conocimiento del funcionario público por intermedio de un tercero, el cual adquiere la calidad de cómplice primario[104].

## VII. Consumación

El comportamiento delictivo previsto por el artículo 258 se consuma con la sola propuesta venal, que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público[105].

En el caso de dar dádiva, el delito se consuma con la acción de la entrega. También en este punto es indistinto si el funcionario público la acepta o no, debido a la autonomía antes enunciada.

De manera que, como se ha dicho, el tipo se consuma para el autor cuando ofrece (promete) o da (entrega), aunque el funcionario no la reciba, o no la acepte. En este sentido, sólo se necesita poner al alcance, aunque no en la mano; basta ponerlo en la tentación de tomar[106].

## VIII. Tentativa

La doctrina discrepa sobre la posibilidad de configuración de la tentativa. Autores como Creus la niegan afirmando que los actos

[102] DONNA, *La autoría*... cit., p. 43.

[103] CREUS, *Delitos*... cit., § 543; del mismo autor, *Derecho*... cit., t. II, § 2018; LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 109.

[104] CREUS, *Delitos*... cit., § 544; *Derecho*... cit., t. II, § 2018.

[105] CREUS, *Delitos*... cit., § 541; *Derecho*... cit., t. II, § 2017; SOLER, ob. cit., t. V, par. 142-V; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 104; FONTÁN BALESTRA, *Tratado* cit., t. VII, p. 266.

[106] LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 109; SOLER, ob. cit., t. V, ps. 217 y 219; CREUS, ob. cit., p. 300; NÚÑEZ, ob. cit., VII, p. 104.

anteriores, aunque estén dirigidos a la búsqueda del convenio, son actos preparatorios[107]. Hay un sector doctrinario que tiene opinión en contra[108].

## SOBORNO TRANSNACIONAL

Artículo 258 bis: "Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionados con una transacción de naturaleza económica o comercial".

### I. Antecedentes

El antecedente inmediato es la Convención Interamericana de la OEA contra la Corrupción del 29 de marzo de 1996, incorporada a la legislación argentina por la ley 24.759 de 1997. En ella se contempla el soborno transnacional:

> 8. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.
>
> Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

[107] CREUS, *Delitos*... cit., § 542; *Derecho*... cit., t. II, § 2017.
[108] Véase LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 110.

> Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

## II. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se protege es la imparcialidad del funcionario público extranjero, al realizar un acto propio de sus funciones, y siempre que se trate de un acto de naturaleza económica. El fin de la norma es castigar a los particulares que corrompan o quieran corromper a funcionarios públicos de otro Estado.

Lamentablemente, el artículo 258 bis no ha reflejado el artículo 8° de la Convención que es mucho más claro y que sirve sin dudas para la interpretación de esta confusa reforma.

## III. Tipo objetivo

El tipo objetivo consiste en que el autor ofrezca u otorgue, directa o indirectamente, a un funcionario de otro Estado, cualquier objeto pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, con el fin de que el funcionario realice u omita realizar un acto propio de sus funciones públicas, que se relacionen con una transacción de naturaleza económica. Por ello, el delito se acerca al artículo 258, es decir al cohecho activo, pero con la variante de que no se castiga al funcionario público que recibe la dádiva. Se crea un tipo penal independiente, similar al 258, pero sin la correspondencia que tenía en nuestro Código el cohecho pasivo, es decir, el artículo 256. Por ofrecer se entiende poner algo a disposición de alguien. Una segunda acepción es poner a disposición de alguien una posibilidad que se está dispuesto a cumplir. Una tercera acepción quiere decir obsequiar a alguien con algo. También se puede entender como manifestar la cantidad que se está dispuesto a pagar por algo, y, por último, puede significar presentar algo a alguien para que lo tome[108-1].

[108-1] SECO, Manuel; ANDRÉS, Olimpia y RAMOS, Gabino, *Diccionario del Español Actual*, t. 2, ps. 3276/3277.

Por otorgar se debe entender conceder algo, que es deseado o pedido[108-2].

## IV. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso y, sin duda, con dolo directo, ya que es un ofrecimiento a un funcionario de otro Estado, para un fin determinado, de manera que el sujeto debe conocer tal calidad de la persona a quien le entrega la dádiva y que se trata de una transacción de naturaleza económica o comercial.

Si bien es difícil imaginar el error en estos casos, debe admitirse el error de tipo, que ya sea vencible o invencible eliminaría el tipo subjetivo.

## V. Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad no se alcanzan a ver posibles causales de justificación, salvo el estado de necesidad, pero que será de carácter excepcional.

## VI. Atribuibilidad

Los problemas que se pueden suscitar en este ámbito se refieren exclusivamente al ámbito de la culpabilidad, pues hipotéticamente se pueden plantear problemas en cuanto al error de prohibición.

## VII. Consumación

El delito se consuma con el mero ofrecimiento, por una parte de un objeto de valor o la dádiva, favores, promesas o ventajas. En cambio, en la segunda de las acciones, esto es, el otorgar, se requiere que el objeto o la dádiva sean dadas al funcionario público.

[108-2] Ídem nota anterior, p. 3329.

## VIII. Autoría

Del artículo 8° de la Convención se deduce, especialmente de su primera parte, cuando habla de los nacionales que tengan residencia habitual en su territorio o empresas domiciliadas en él, que autor del delito puede ser cualquier persona. Sin embargo hay que aclarar que para lo único que sirve el artículo 8° de la Convención es para determinar que no hay un delito especial propio, ya que el artículo 258 bis es más amplio que el artículo 8° citado, porque se refiere a "el que". Por el contrario la Convención, tal como se dijo, limitaba la autoría a los nacionales de un Estado, con residencia habitual, y empresas.

## IX. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo solamente puede serlo el funcionario público de otro Estado, que tenga que ver con una transacción de naturaleza económica o comercial, y siempre que actúe en el ejercicio de sus funciones públicas.

### ADMISIÓN Y OFRECIMIENTO DE DÁDIVAS

Artículo 259: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo.

"El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año" (texto según ley 16.648).

## I. Antecedentes

El artículo proviene del Código de España y fue introducido en la legislación argentina por el proyecto de 1891. El artículo 304 del proyecto decía: El funcionario público que admitiera regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio, será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años. Posteriormente en el proyecto de 1906 y finalmente en el de Moreno se modificó la palabra regalos por dádivas.

Vale la pena citar a Moreno: "Al funcionario público se le debe prohibir el recibo de obsequios, por cuanto esto constituye una forma indirecta de captarse su voluntad e inclinarlo a favorecer a la persona que se le dirige con esos argumentos". Sin embargo, no se castigaba a quien ofrecía el regalo, ya que no hay propósito delictuoso en ello[109].

## II. Bien jurídico tutelado

Los tipos penales que se han tratado hasta ahora se han basado, como se ha visto, en el contrato a los efectos de que el funcionario, en su caso, y el juez o miembros del Ministerio Público, en el otro, realicen conductas a futuro.

En el caso del artículo en estudio se trata de otra cuestión, ya que el funcionario no recibe dádiva para hacer algo propio de su función, sino sólo por ser funcionario. Claro está, entonces, que el bien jurídico ha de ser otro, distinto al que hemos visto para el cohecho.

Se trata de lo que se ha denominado el cohecho impropio.

Por el contrario, esta figura no centra su atención en acuerdo alguno, sino en "la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios, la cual sufriría por el solo hecho de la aceptación de presentes ofrecidos en consideración a la calidad investida" por aquél[110].

Sin duda la transparencia de la gestión de los funcionarios públicos es el bien jurídico tutelado, transparencia que también puede ser puesta en tela de juicio por terceros ante la aceptación por parte de éste de obsequio alguno. Nótese que el legislador pone especial énfasis en la recepción de dádivas por el agente público mientras permanezca en funciones, vale decir, ese regalo adquiere relevancia desde el punto de vista penal sólo cuando es entregado durante el desempeño de funciones, mas no cuando el funcionario cesó en el cargo, lo cual señala sin hesitación que el legislador pretende velar aquí una actividad funcional intachable, fuera de toda sospecha. Por nuestra parte, agregamos que con este tipo penal también se protege la incorruptibilidad del

[109] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 217, cit. por Aguirre Obarrio (ob. cit., p. 359), quien hace notar además el criterio distinto que tuvo Núñez en la reforma de la ley 16.648.

[110] SOLER, ob. cit., t. V, § 142-VI, cit. por CREUS, *Delitos...* cit., § 548; *Derecho...* cit., t. II, § 2020.

funcionario público, a la cual se afecta con la recepción de dádivas por parte de terceros.

En síntesis, se trata de castigar estas conductas a los efectos de cuidar el correcto funcionamiento de la administración pública.

Debe entenderse, y en este punto está el centro de la cuestión, que la dádiva se debe dar en consideración al cargo o a la función. Esto quiere decir que la dádiva se le ha otorgado debido a la posición pública que desempeñaba, de modo que si no hubiese desempeñado dicho cargo no se hubiera hecho el regalo[111].

Sin embargo, no es clara la incriminación penal de este tipo de conductas, ya que se trata de delitos de sospecha, debido a que es esto y no otra cosa lo que se castiga. En el fondo, se pune estas conductas porque se sospecha que detrás de ellas existe un funcionario público infiel.

## III. Tipo objetivo

El verbo típico es admitir dádivas. La doctrina equipara la admisión de dádivas con su recepción[112]. Tal como está redactado el tipo penal, se exige que el funcionario reciba la dádiva y no solamente la acepte, como ha señalado parte de la doctrina española[113].

El tipo penal exige, pues, que la dádiva, presentada por un tercero, sea recibida por el funcionario personalmente, o por medio de otro que actúe en connivencia con él[114].

Es requisito insoslayable que no medie una relación causal entre la aceptación por parte del agente público y algún acto funcional, que puede traducirse en un hacer o en un dejar de hacer, ya que de haberla escapa a la aplicación de este delito, para entrar en juego algunos de los preceptos penales anteriormente vistos[115]. Por otra parte, la aceptación del ofrecimiento, es decir de la promesa de entrega, es impune[116].

[111] FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1138.

[112] HERRERA, *Delitos contra la administración pública,* en LEVENE, *Manual de Derecho Penal. Parte especial,* p. 541; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Penal* cit., t. IV, p. 471; cits. por CREUS, *Delitos...* cit., § 549; *Derecho...* cit., t. II, § 2021.

[113] FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1139.

[114] CREUS, *Delitos...* cit., § 549.

[115] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 106.

[116] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 106; CREUS, *Delitos...* cit., § 556.

Al examinar los tipos penales contenidos en los artículos 256 y 257 del Código Penal hicimos referencia a la participación necesaria que entrañan esos delitos. Pues bien, en el caso que nos ocupa nuevamente entra en juego la exigencia de participación de dos sujetos claramente definidos por el legislador. Por un lado la persona que realiza el ofrecimiento, por el otro el funcionario público que admite la dádiva. La norma penal comentada castiga tanto al funcionario público, sin hacer distingo alguno en cuanto a la agravación de la pena si se trata de un juez, como a la persona que la presenta o la ofrece (art. 259, 2ª parte)[117].

Ahora bien, lo que importa, y esto aunque el tipo no lo diga, es el valor económico de la cosa. En la práctica cotidiana se dan ciertos tipos de pequeñas dádivas o regalos que no pueden afectar la administración pública, porque no son idóneos para afectar la imparcialidad del funcionario público. Feijoo Sánchez da como ejemplo el cigarrillo obsequiado por el alumno al profesor, que cambia sustancialmente, si lo que recibe es un automóvil[118].

De todas formas, la ley 25.188 de ética de la función pública ha venido a aclarar en parte los problemas. El artículo 18 expresa que "Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere".

Con lo cual queda claro que es incompatible la dádiva dada al funcionario público, pero esto no quiere decir que siempre será delito el pequeño obsequio, aunque, como es obvio, debiera evitarse.

## IV. Tipo subjetivo

Es un delito doloso. El funcionario público debe conocer que la dádiva recibida es entregada por el tercero debido a la función que

[117] Véase CREUS, *Delitos*... cit., § 550.

[118] FEIJOO SÁNCHEZ, ob. cit., p. 1141; en igual sentido AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 360.

desempeña, con lo cual también se exige idéntico contenido en el plano cognoscitivo del tercero oferente[119].

De modo que la dádiva entregada no tiene que estar subjetivamente vinculada a ningún acto de futuro del funcionario, ni tampoco haber sido entregada por motivos distintos a la calidad de funcionario. Por ende, para que subjetivamente se dé este delito el funcionario debe saber que la dádiva entregada sólo lo es por su oficio, de modo que sólo entra en juego el dolo directo.

Es factible que el funcionario público incurra en un error, que como es obvio eliminará el dolo.

## V. Sujeto activo. Autoría

El párrafo primero del artículo 259 hace expresa referencia al funcionario público como sujeto activo de esta figura, por lo cual podemos afirmar que se trata de un delito especial propio[120]. Se exige que la dádiva sea admitida por el funcionario público mientras permanezca en el ejercicio de su cargo, aunque no hay duda de que el tipo comprende el caso de que la persona tenga un cargo distinto, de modo que sólo si se trata de un ex funcionario la figura será atípica[121].

Contrariamente, quien presenta u ofrece la dádiva puede ser cualquiera[122].

## VI. Consumación

El delito se consuma con la recepción por parte del funcionario, o quien actúe por él, de la dádiva presentada[123]. Resulta suficiente para este tipo penal que la cosa recibida sea utilizada para su propio provecho o de un tercero, resultando innecesario el cumplimiento de

[119] CREUS, *Delitos*... cit., § 551 y 567.

[120] Véase sobre el concepto de delito especial propio, MAURACH y ZIPF, ob. cit., t. I, § 21-II-8.

[121] CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2024.

[122] CREUS, *Delitos*... cit., § 566; *Derecho*... cit., t. II, § 2022.

[123] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 106; CREUS, *Delitos*... cit., § 556; *Derecho*... cit., t. II, § 2023.

requisitos formales al tratarse de cosas muebles registrables o cosas inmuebles (verbigracia, automóvil, casaquinta, etc.)[124].

## VII. Tentativa

La doctrina es pacífica en afirmar que este delito no admite la tentativa[125].

### PRESENTACIÓN U OFRECIMIENTO DE DÁDIVAS

Artículo 259, última parte: "El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año" (ley 16.648).

Para mantener la coherencia la ley castiga, dentro del bien jurídico que se pretende proteger, a quien presenta u ofrece la dádiva.

Sin embargo, nuevamente se deben hacer las críticas antes mencionadas, en el sentido de que se trata de un delito de sospecha, no aceptable en un Estado de Derecho Democrático.

## I. Tipo objetivo

La acción consiste en presentar u ofrecer. Presentar es equivalente a dar, ya que pone a disposición o hace llegar la dádiva al funcionario público. En cambio, ofrecer es la propuesta de entrega, es de alguna manera la oferta de entrega o, lo que es lo mismo, la promesa de entrega de una dádiva.

## II. Tipo subjetivo

Es un delito doloso, por lo tanto tiene que tener el autor el dolo directo de entregar algo al funcionario en consideración de su oficio.

[124] CREUS, *Delitos*... cit., § 556.

[125] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 106; CREUS, *Delitos*... cit., § 557; *Derecho*... cit., t. II, § 2023.

## III. Autoría

Cualquiera puede ser autor del hecho, y no hay una agravante en caso del funcionario público.

## IV. Consumación

Se consuma el delito con la sola presentación u ofrecimiento, sin esperar a que sea aceptada por el propio funcionario. De nuevo hay que negar la tentativa, más aún en este caso.

# CAPÍTULO VII

# MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

SUMARIO: Bien jurídico protegido. *Malversación*. I. Antecedentes históricos. II. Tipo objetivo. 1. Acción típica. 2. Caudales o efectos públicos. a) Administración por el autor. b) Carácter de los caudales y efectos. c) El destino de los caudales y efectos. 3. Sujeto activo. Autoría. III. Tipo subjetivo. IV. Antijuridicidad. V. Consumación y tentativa. *Malversación agravada*. I. El daño o entorpecimiento. II. El dolo y el resultado. *Peculado*. I. Bien jurídico protegido. II. Antecedentes legislativos. III. Tipo objetivo. 1. Peculado de caudales o efectos. a) Administración, percepción y custodia. b) Alcance del término sustracción. *Peculado de trabajos y servicios*. I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico protegido. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Trabajos o servicios. b) El pago por la administración pública. 2. Tipo subjetivo. Peculado de bienes y servicios. IV. Consumación y tentativa. V. Autoría. *Malversación culposa*. I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico protegido. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. IV. Consumación y tentativa. V. Autoría. *Malversación de bienes equiparados*. I. Antecedentes legislativos. II. Bien jurídico protegido. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. IV. Atribuibilidad. V. Consumación y tentativa. VI. Autoría. *Demora injustificada de pago*. I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. IV. Antijuridicidad. V. Consumación y tentativa. VI. Autoría. *Negativa a entregar bienes*. I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. Cantidad o efecto. 2. Tipo subjetivo. IV. Antijuridicidad. V. Atribuibilidad. VI. Consumación y tentativa.

## Bien jurídico protegido

En principio el bien jurídico protegido es el mismo ya analizado ut supra, sin perjuicio de que en este capítulo habrá que realizar algunas argumentaciones que especifican el bien jurídico antes explicado.

Adentrándose en la terminología característica de las figuras contempladas en este capítulo explica Maggiore[1] que peculado proviene

[1] MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 161.

de *peculare*: robar el peculio ajeno. La raíz común de "peculio" y de "pecunia" (dinero) es *pecus*: ganado, sinónimo de riqueza en pueblos como el romano, que fundaban su ordenamiento económico de modo principal en el pastoreo.

Ya en 1801 Anselm von Feuerbach[2] había advertido que sujeto de este crimen es un funcionario del Estado o de una comunidad urbana que tenga por obligación la recaudación, la administración o el gasto de los bienes públicos, especialmente en dinero o en otras cosas fungibles. Aclarando que el objeto del delito lo constituye el patrimonio (pecunia pública) en su sentido más amplio, mediante una acción (cualquier acción dolosa por la que se manifieste la intención de querer quedarse con esos bienes) o por omisión (por la retención de lo que se debía utilizar para ciertos fines, y el funcionario no lo entrega para ello).

Carrara explica las diversas antinomias que surgieron entre los intérpretes en cuanto al contenido de la expresión peculado. En el primitivo Derecho Romano la expresión caracterizaba la sustracción del dinero público, en cambio en el Derecho cesáreo predominó el criterio de identificar la expresión como la traición a la confianza y la facilidad para delinquir[3]. En el primero de los significados define al peculado propio como "la apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia"[4].

Entendido el bien jurídico como una fórmula sintética concreta de lo que se protege realmente[5], podrá concluirse, como lo hace Feijoo Sánchez[6], que estamos en presencia de un bien jurídico de carácter supraindividual, de tipo funcional y no estático. Lo que se intenta

[2] VON FEUERBACH, Anselm, *Tratado de Derecho Penal*, trad. al castellano de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeier, Hammurabi. 1989, p. 307.

[3] CARRARA, ob. cit., vol. 1, VII, § 3362, p. 9.

[4] CARRARA, ob. cit., p. 12.

[5] BUSTOS, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1994, ps. 53 y ss.

[6] FEIJOO SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal español*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 7, Ad-Hoc, ps. 485 y ss.

proteger, como lo expresa el autor, es el "correcto funcionamiento de la administración pública".

El bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario.

Así se acierta cuando se sostiene que "la malversación tiene como objeto de tutela el patrimonio público como sustrato esencial de los servicios públicos y la potencialidad de la administración para cumplir los fines que le son propios depende en gran medida del mantenimiento del sustrato patrimonial que se le atribuye, primando, desde un concepto dinámico, la idoneidad de dicho sustrato patrimonial para llevar a cabo las finalidades que le son propias"[7].

Por eso, "no es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa y tampoco es un delito socioeconómico, pues no se considera el funcionamiento socioeconómico del sistema"[8].

No es que se tutele la integridad del patrimonio público, sino, como se ha venido sosteniendo, sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la propia fidelidad de los funcionarios encargados de velar por el mismo[9].

Sin embargo, desde otra posición se puede afirmar que no es la conducta del funcionario de manera inmediata, ni la pureza del deber de fidelidad, ni la capacidad prestacional de los poderes públicos, lo que se protege, sino que lo que está en juego es la hacienda pública misma: el legislador quiere asegurar que el dinero y otros activos patrimoniales existentes que pone a disposición del funcionario público sean administrados con las finalidades previstas en la ley.

[7] DE LA MATA y ETXABARRÍA, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*, Barcelona, 1995, ps. 55.

[8] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, ps. 377 y ss.

[9] MORA ALARCÓN, José Antonio, *Suma de Derecho Penal. Parte general y especial*, Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, 1996, p. 605.

Por eso tiene sentido que el apartar el dinero y demás efectos públicos de los fines de los que legalmente está llamado a servir ya se considere un delito[10].

Para Creus, el bien jurídico es la regularidad del desarrollo de las actividades patrimoniales del Estado, pero aclara que no se protege específicamente la propiedad de los bienes, sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido. Lo que se quiere lograr es el cumplimiento de las leyes y reglamentos que rigen el manejo de esos bienes, su administración y disposición[11]. En síntesis, lo que se protege dentro de este capítulo es la sujeción del funcionario a la ley, ya que en un Estado de Derecho los bienes públicos como tales deben estar regidos por el presupuesto de la Nación básicamente, como ley del Congreso, y no por la voluntad del funcionario público. Por eso puede afirmarse la existencia de una cercanía que tiene este tipo penal, a nuestro juicio, con la administración fraudulenta, aunque no es necesario, como se verá en algunos tipos penales, el daño a la administración pública.

La protección se extiende a los bienes privados que han sido depositados bajo custodia de un funcionario público.

De ahí la ampliación que se hace en el artículo 263 a autores que no son funcionarios públicos propiamente dichos[12].

Si bien Núñez[13] defiende la inclusión del artículo 263, ya que participa de la esencia de una malversación en cuanto se perturba la normal realización del destino asignado legalmente a los fondos públicos, nosotros, junto con Soler[14], sostenemos que por el monto de la pena y la falta de relación con el resto de las figuras de este capítulo se trata de una infracción que sólo muy indirectamente puede perjudicar el patrimonio del Estado, de manera tal que debería excluírsela de este título.

[10] QUERAL GIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español. Parte especial*, 2ª ed., p. 665.

[11] CREUS, *Delitos...* cit., ps. 311/312.

[12] MORA ALARCÓN, ob. cit., p. 606.

[13] NÚÑEZ, *Tratado...* cit., t. V, vol. II, p. 124.

[14] SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., 1988, t. V, p. 244.

## MALVERSACIÓN

Artículo 260: "Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída".

### I. Antecedentes históricos

El tipo penal aparece regulado por la ley 49 promulgada el 14 de septiembre de 1863, en su artículo 84, que castigaba con la pérdida de empleo, e inhabilitación por cuatro años para obtener otro, el uso indebido de fondos sin daño ni entorpecimiento del servicio público. En el Proyecto Tejedor el artículo 412 definía la malversación de la siguiente forma: El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos les da una aplicación pública distinta a la señalada por las leyes, será condenado a suspensión de seis meses a un año, y además sufrirá una multa del 10 al 50% de la cantidad mal aplicada, si resultase daño o entorpecimiento del servicio. En la nota se afirmaba, primero, que la norma provenía del artículo 194 del Código de Perú y remitía al artículo 320 del español. Asimismo, "Cuando hay separación de fondos –dice Pacheco– en poder de un mismo depositario para aplicarlo a diferentes servicios, falta aquél a sus obligaciones si los confunde, o si emplea los unos en lugar de los otros. No es esto ciertamente tan grave como sustraer los mismos fondos, pero no carece de importancia, ni deja de ser un abuso punible. De más estará decir que el depositario quedará excepto de toda pena si mediase para tal sustitución de fondos, orden de autoridad competente". Con lo cual, ya el citado antecedente conceptualizaba de manera precisa el tipo penal de la malversación.

La redacción se mantuvo en el proyecto de 1881 (art. 159).

El proyecto de Piñeyro, Rivarola y Matienzo es el que realiza modificaciones en base al Código de España. El artículo 306 queda redactado de esta forma: "El funcionario público que diera los caudales o efectos, que administrare una aplicación diferente de aquella para que estuvieren destinados será reprimido con inhabilitación especial

de un mes a un año. Si de ello resultara daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, se impondrá además al culpable la pena de multa del 5 al 50% de la cantidad distraída". En la Exposición de Motivos se afirmaba que se eliminaba la innecesaria calificación de público dada a los caudales o efectos de que se trata y en vez de la palabra aplicación pública, distinta de la señalada por las leyes, se empleaba como el Código español las de aplicación pública diferente de aquellas a que estuvieren destinados, expresión más correcta y que comprende los casos en que la aplicación de los valores no esté regida por las leyes, sino por otras disposiciones generales[15].

El proyecto de 1906 en el artículo 279 mantiene la misma estructura, y el proyecto de 1917 de Moreno afirma expresamente: La comisión mantiene el proyecto de 1906, modificándolo en el artículo 280, que es el 261 del proyecto, en cuanto a la penalidad, pues se impone la pena alternativa o paralela.

## II. Tipo objetivo

### 1. *Acción típica*

La acción consiste en dar a los caudales o efectos una aplicación diferente de la que corresponde, de manera que el destino no es el establecido, sino otro, que arbitrariamente impone el funcionario[16], dentro de la esfera pública. Se trata de una desviación de las partidas asignadas, sin que medie sustracción, pues de existir ésta la acción típica se vería desplazada, encontrando su adecuación en el peculado previsto por el artículo 261.

### 2. *Caudales o efectos públicos*

No hay discusión sobre el contenido del concepto "caudales públicos", ya que se ha sostenido que la expresión caudales comprende toda clase de bienes con apoyatura en la extensión del artículo 2312 del Código Civil[17]. La expresión no se reduce solamente al dinero, ya

[15] Proyecto, p. 204, p. 476; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 476.

[16] Distraer, como lo señala Maggiore (ob. cit., p. 164), destinar para otro objeto, pasar una cosa a un fin distinto de aquel a que estaba destinada.

[17] CREUS, ob. cit., p. 313.

que como bien lo ha hecho notar Creus, cuando la ley se refiere a él lo hace designándolo como fondo o cantidad[18]. Además, de acuerdo a lo especificado por el Código Civil los objetos tienen que tener un valor, y ese valor es de carácter económico[19].

Asimismo, no parece posible que cosas carentes de todo valor o no valorizables estén encomendadas por razón de su cargo a un funcionario público"[20].

El término efectos está dirigido a los valores en papel, sellos, estampillas, en fin, a los documentos de crédito[21] emanados del Estado nacional o provincial o de las municipalidades.

a) *Administración por el autor*

En síntesis, se trata de "caudales y efectos" que son administrados por el autor, esto es aquellos bienes que éste maneja o puede disponer en su función. La Convención contra la corrupción antes mencionada, define los bienes de la siguiente manera: "Los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos".

b) *Carácter de los caudales y efectos*

La única referencia que hace la ley sobre este punto es la exigencia de que los caudales o efectos sean aquellos que administre el funcionario público. El problema, tal como lo ha hecho notar Creus, es saber cuándo un determinado bien puede ser calificado de público, habida cuenta de las diversas actividades económicas que el Estado Social de Derecho ha asumido.

En la doctrina argentina, han existido diversas posiciones tal como Carrera ha hecho notar.

Señala el autor que la protección abarcaba tanto al dinero público propiamente dicho como al privado depositado en la administración pública. Esta postura está prohijada por la interpretación que sostiene

[18] Ídem nota anterior.
[19] CARRERA, ob. cit., ps. 72 y 73.
[20] MANZINI, Vincenzo, trad. de Sentís Melendo y Ayerra Redín, t. V, 1372, p. 71.
[21] CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., 2ª ed. actualizada, t. 2, p. 293.

que la responsabilidad del Estado deviene no sólo de la pertenencia sino del lugar en donde se hallen los bienes.

Otra postura representada por Malagarriga consideraba suficiente que los bienes se hayan confiado al funcionario o a la administración.

Otro sector encabezado por Ramos entendía que sólo en determinadas circunstancias los bienes privados equivalían a los públicos, posición que en el fondo, señala Carrera con acierto, no difiere de la anterior.

Una cuarta posición, con basamento estrictamente jurisprudencial, sostiene que los bienes deben pertenecer a la administración pública.

Sobre esta base se distingue los supuestos en que se excluye la malversación cuando los bienes corresponden a algún ente con personalidad jurídica propia (por ej., Banco Hipotecario Nacional o Banco de la Nación Argentina), o cuando corresponden a entes autárquicos de la administración, que es la posición de Soler. Así la jurisprudencia ha entendido que "el artículo 260 exige para su configuración que los bienes de que se disponga lo sean dentro de la órbita de la administración pública. Si, en el caso, el acusado agente de la administración pública –presidente del Banco Social– dispuso de los bienes en carácter de préstamo y por tiempo indeterminado con destino a un centro vecinal, esta conducta no puede encuadrarse en el artículo 260 del Código Penal, pues existe una institución, que si bien puede considerarse una entidad de bien público, no constituye un ente integrante de la administración pública, por lo que debe revocarse el procesamiento"[22].

Para Carrera el objeto material del peculado (malversación) está, pues, constituido por caudales o efectos públicos. Es decir, por caudales o efectos que pertenezcan a la administración pública en sentido lato[23]. En esta posición también se enrola Rafael Bielsa[24].

En este sentido la jurisprudencia ha sostenido: "Configura el delito de malversación de caudales públicos (art. 260 del Cód. Pen.) la conducta de quien dispuso de fondos municipales para refaccionar el establecimiento en el que funcionaba el Banco Social, sucursal Cruz del

[22] Cám. de Acus., 17-3-77, "Orbiso, Adalberto Luis", Secretaría N° 2, A. I. 33.

[23] Conf. Carrera (*Peculado* cit.), en donde se podrá consultar con mayor profundidad las distintas posiciones y los alcances que ellas acarrean.

[24] BIELSA, ob. cit. En particular ver la nota 16, supra.

Eje, sin partida de presupuesto, proporcionando ayuda financiera en cuanto a mano de obra. Se descarta el peculado de servicio, en los términos del artículo 261, segunda parte, del Código Penal, porque el tercero a que se refiere la ley debe ser un particular y el Banco Social es un ente público y no privado. Con la referencia a un 'tercero' en lugar de 'ajeno' como en la legislación italiana, nuestra disposición está significando que debe tratarse de alguien distinto de la administración pública. Tampoco configura la conducta descripta el abuso de autoridad (art. 248, Cód. Pen.), porque su aplicación está supeditada a que otra figura no la comprenda como elemento constitutivo, y el caso está ínsito en el artículo 260 del Código Penal, porque quien da a los caudales que administra una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados está inejecutando la ley presupuestaria que fijó el destino a esos fondos y cuyo cumplimiento le incumbía"[25].

Creus ha sostenido que estas posiciones se pueden dividir en dos: las llamadas "teorías del riesgo o pertenencia". Para la teoría del riesgo son bienes públicos todos aquellos que pertenecen al Estado, incluyendo a la Nación, a la provincia y a su municipio, en cuanto no estén afectados a actividades de índole comercial. Esto es, deben ser bienes públicos con fines administrativos específicos pero no serán bienes públicos cuando el Estado actúe en actividades de índole comercial, ya que sería darle a éste una mayor garantía cuando está actuando como un ente privado más. Por lo tanto serán bienes públicos los gastos de la administración central o provincial, pero no aquellos que integran el patrimonio de instituciones autárquicas que intervienen en la vida comercial o financiera en igualdad de condiciones con los particulares. Era el caso de YPF, en su momento, de los bancos del Estado, etcétera[26]. En cambio para la teoría de la pertenencia, son bienes públicos todos los que pertenecen al Estado. Sin embargo, dentro de esta posición se discute hasta dónde llega la pertenencia al Estado. Un grupo ha sostenido que se trata del derecho de propiedad u otro derecho real. En cambio, para Núñez son públicos los caudales o efectos

[25] Cám. de Acus., 13-10-76, "Madariaga, Hugo Aldo y otros", Secretaría N° 2, A. I. N° 165.

[26] SOLER, ob. cit., t. 5, par. 143-3; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. 7, p. 275; CREUS, ob. cit., p. 315.

de que dispone una administración pública nacional, provincial o municipal para satisfacer sus necesidades o los fines a cuya realización tiende. Afirma Núñez: "Este modo de pertenencia de los caudales o efectos excede el concepto civil de propiedad de dominio, y tiene por objeto tanto bienes propios de Estado o entes autárquicos como bienes aportados y puestos a disposición de aquellos por particulares para realizar servicios a cargo de entes públicos, como sucede, verbigracia, con los bienes pertenecientes a administraciones públicas de índole comercial, y con dinero depositado por particulares en bancos públicos". Y agrega: "la naturaleza pública de los caudales o efectos susceptibles de ser objeto del peculado (malversación), no reside, como se piensa en la circunstancia que se someta a riesgos extraños a los fines del fisco, porque la criminalidad de hecho no reside en la razón objetiva de la inexistencia de esa especie de riesgos, sino en la razón subjetivo-objetiva de la violación de la seguridad de los bienes de que disponen las administraciones públicas entregados en confianza a la administración, percepción o custodia de los funcionarios públicos"[27].

Para Creus la teoría del riesgo es una posición superada y resume que bienes públicos son todos los propios del Estado o entes autárquicos o bienes aportados o puestos a disposición de aquellos por particulares para realizar servicios a cargo de entes públicos[28].

En síntesis, de acuerdo al concepto de bien jurídico que hemos estado manejando, esta última es la posición correcta, habida cuenta de que no se trata de proteger al Estado contra los particulares, sino de proteger a los particulares en contra de los funcionarios del Estado.

c) *El destino de los caudales y efectos*

La esencia de la malversación consiste en que los bienes tengan un destino asignado por ley, reglamento u orden de autoridad competente. Este destino puede ser genérico, por ejemplo, para el Poder Legislativo o el Poder Judicial; o específico, la compra de un bien en particular. La acción entonces consiste en cambiar el destino de los bienes, asignándole otro, aun dentro de la administración pública. Por

[27] NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 113.
[28] CREUS, ob. cit., p. 316.

tanto, si el bien no tiene un destino, no puede hablarse del delito de malversación. Un nuevo destino no implica que se gaste el dinero o los fondos o los bienes, ni tampoco que exista un perjuicio concreto para la administración pública en el sentido económico, ni menos aún que el funcionario tenga el dolo del perjuicio. El delito se consuma con la acción del funcionario público de darle a los caudales o efectos un destino distinto al que tenían asignado. Y en esto radica la esencia del delito; el propósito es poner orden en la burocracia estatal y quitarle la posibilidad de que decida sobre los bienes del Estado[29].

3. *Sujeto activo. Autoría*

Se trata de un delito especial propio, ya que sólo puede ser autor quien es funcionario público, y quien, por tanto, tiene a su cargo la administración de caudales o efectos. Para el interrogante de qué se entiende por funcionario público rigen los conceptos señalados anteriormente, sin perjuicio de lo normado por la Ley de Ética Pública 25.188, que define a la función pública en su artículo 1°, segundo párrafo, como "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos"[30], la que en consonancia con la doctrina en el Derecho Comparado permite arrimar una mayor precisión en cuanto a su contenido.

Sin embargo, la ley no solamente requiere que se trate de un funcionario público sino que exista una relación especial entre el funcionario y los caudales o efectos. Para que se den los extremos del tipo penal de malversación el funcionario debe ser administrador de aquéllos. Esto significa que el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos[31].

Para Núñez, administra el funcionario público que está facultado para disponer de los caudales o efectos, así como el coadministrador. Pero no lo es el custodio de los bienes que no tenga carácter de ad-

[29] En igual sentido, NÚÑEZ, ob. cit., p. 109, y CREUS, ob. cit., p. 317.

[30] La ley fue sancionada el 29-9-99 y promulgada el 26-10-99.

[31] NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 108; SOLER, ob. cit., t. 5, par. 143-VIII; CREUS, ob. cit., p. 319.

ministrador de ellos. Los ejemplos que se han puesto en doctrina son suficientemente claros. Por ejemplo, el funcionario que no es administrador de los caudales o efectos, y les asigna un destino distinto no puede ser autor de este delito, como ser el funcionario que no siendo administrador hace pedidos innecesarios para su oficina, o los pide para una oficina cuando son para otra[32].

Más claro es el ejemplo de Creus cuando afirma que no es administrador quien tiene la facultad de imputar los bienes pero no puede disponerlos; así el habilitado del tribunal o el presidente de la Corte Suprema, que pagan, pueden cometer este delito, pero no los ministros de la Corte que imputan los bienes. Si el habilitado o el juez del tribunal inferior le da a los bienes un destino distinto al que la Corte les fijó[33], estaría incurso en el delito de malversación; es el caso juez que recibe dinero para la compra de útiles y, como le sobra, decide adquirir cortinas para su despacho.

En síntesis, se podrá entender la importancia del presupuesto de la Nación, que es la ley básica donde se asignan los recursos y a la que necesariamente deberá estar sujeto todo funcionario público.

## III. Tipo subjetivo

El tipo penal requiere dolo directo en el sentido de que el sujeto debe saber el destino que tenían los bienes y el cambio que hace de ese destino. No requiere fin de lucro, ya que de ser así se estaría en los límites del artículo 261.

El error elimina el tipo aunque sea vencible.

En este mismo sentido afirma Bielsa que "no siempre tiene carácter doloso la malversación que se realiza en la órbita de la administración pública, es decir cuando no se aplican caudales o efectos al servicio público o destino determinado por la ley"[34], y señala que el poder administrador es el que ejecuta la ley de acuerdo a las necesidades de la administración, lo que implicará que en ocasiones le dé el verdadero destino a los caudales o efectos interpretando la ley respectiva.

[32] NUÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 108.
[33] CREUS, ob. cit., p. 318.
[34] BIELSA, ob. cit., p. 12.

Esto puede llevar a que el juez entienda que ha mediado un apartamiento del tenor literal de la ley que ordenaba la aplicación de los caudales o efectos. En estos supuestos no podrá predicarse la existencia de dolo en el autor.

En general la jurisprudencia ha sostenido que "el tipo del artículo 260 del Código Penal se concreta si se da a los fondos una aplicación diferente, soslayando la distribución o determinación de partidas, desviándolas de una partida a otra, pero que los bienes de que se dispongan lo sean dentro de la órbita de la administración pública. Por el contrario, se trataría de la figura del artículo 261 del Código Penal, si el agente obrando como funcionario público hace que caudales que administraba sean extraídos para atender gastos ocasionados por situaciones extrañas a la actividad y fines de su administración"[35].

Así también que "la acción definida por el artículo 260 del Código Penal consiste en dar a los caudales administrados una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados. Ello requiere que exista una determinación presupuestaria legítima de destino de los fondos, porque sólo existiendo dicha determinación presupuestaria el funcionario puede aplicar los fondos a un destino diferente. Si, en el caso, los fondos que se utilizaron de la caja recaudadora para canjear el cheque carecían de afectación a una partida presupuestaria determinada, de modo tal que esa afectación pudiese ser desviada mediante la acción del imputado, el acto ejecutado no consistió en la alteración de destino de las partidas sino en un procedimiento reiteradamente seguido para la utilización transitoria de fondos, que no es en sí incorrecto dado que está autorizado por el artículo 67 de la ordenanza 5727"[36].

## IV. Antijuridicidad

Es posible que se den casos donde la acción típica de malversación esté justificada, como ser la necesidad de paliar los efectos de una inundación y que el funcionario deba enviar fondos que están destinados, por ejemplo, a deportes.

[35] Cám. Acus., 12-6-78, "Arias, José Alberto y otro", Secretaría N° 1, A. I. 69.
[36] Cám. Acus., 19-5-77, "Coronel, José Domingo y otros", Secretaría N° 2, A. I. 101.

Más confuso es el ejemplo de Creus sobre la orden ilegítima, ya que en ese caso rigen todas las consecuencias que hemos sostenido sobre la obediencia debida. Para que se elimine la antijuridicidad se requiere que la orden sea legítima y que el funcionario sea competente, por ejemplo, una rectificación del presupuesto de la Nación.

## V. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la aplicación de los caudales o efectos a un destino distinto a los asignados por la ley, el reglamento o la orden administrativa. La utilización consiste en darle al bien un destino distinto al que tenía.

El delito admite tentativa, que sería el caso en que el autor comience a realizar actos para cambiar el destino de los bienes y no pueda hacerlo por razones ajenas a su voluntad. Para Creus se trata de un delito de peligro que tiene un resultado material, motivo por el cual también admite la tentativa[37].

# MALVERSACIÓN AGRAVADA

## I. El daño o entorpecimiento

Las ley castiga con multa al culpable cuando de la conducta vista en la malversación se produzca un daño o un entorpecimiento de un servicio.

Por daño debe entenderse "Todo efecto perjudicial para el servicio"[38]. Este daño puede ser, tanto económico, como en la prestación misma del servicio.

Por entorpecimiento se entiende cualquier inconveniente en la prestación de servicios según los programas estipulados o las posibilidades que éstos tienen[39].

La norma exige, tal como está redactada, que el daño o el entorpecimiento se produzca a causa de la malversación, esto es el desvío de los bienes. De modo que si el daño o el entorpecimiento se imputa

[37] CREUS, ob. cit., p. 318; NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 109.
[38] CREUS, ob. cit., p. 322.
[39] Ídem nota anterior.

a otra causa, no se podrá aplicar la agravante. Se aplica la agravante aunque el lugar de la administración pública donde se destinaron los bienes haya obtenido un beneficio, si, en cambio, en el lugar original de los bienes se ocasionó un daño o entorpecimiento.

El tipo agravado exige que realmente exista daño o entorpecimiento. Se trata claramente de un plus al desvío de los efectos o caudales tipificado en la primera parte del artículo 260 del Código Penal.

## II. El dolo y el resultado

El resultado no puede imputársele al autor a mero título causal o de responsabilidad objetiva, sino que debe haber por lo menos dolo o culpa.

## PECULADO

Artículo 261: "Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

"Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública".

## I. Bien jurídico protegido

Ésta es la conducta verdaderamente descripta como peculado, que es la denominación adecuada más allá de la opinión de la doctrina española[40]. Como lo señalaba con agudeza ya Carrera[41] la malversación constituye el género del que el peculado viene a ser una forma con sus características y singularidades propias.

En cuanto al alcance de la protección nos remitimos a lo ya expresado cuando se efectuó el análisis general.

[40] GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, 2ª ed., t. IV, p. 286.
[41] CARRERA, ob. cit., p. 1.

## II. Antecedentes legislativos

Como fácilmente se advierte, el peculado tiene su origen, en el Derecho Romano, en el *peculato* (hurto al patrimonio privado o al del pueblo romano). Explica Jesús Catalán Sender que de allí pasa a Las Partidas y más tarde a la Novísima Recopilación, donde el peculado de los caudales del rey era castigado con la muerte[42].

La introducción del peculado como tal sobrevino con la sanción de la ley 49, que en su artículo 80 castigaba a todo el que tuviere obligación de dar cuentas al gobierno nacional. Incluía tanto los caudales públicos como los privados. La característica primordial de la figura era la relación funcional que unía al funcionario en razón de su cargo con los bienes objetos del peculado.

En el Código Tejedor se mantiene la estructura distinguiéndose tres hipótesis:

a) El supuesto del uso para sí o para otro de los caudales que custodia o administra, mediando el posterior reintegro después de haber causado daño al servicio público;
b) si el reintegro se verifica antes de haber resultado el daño o entorpecimiento, y
c) si no media reintegro espontáneo por parte del empleado sustractor de los caudales públicos.

Nos encontramos en el tiempo con el Proyecto Tejedor, cuya parte especial se presentara en 1868 y en el que en su artículo 3° se advierte que, citando como fuente la legislación hispánica, se eliminó a los bienes privados como objeto de protección.

El proyecto de 1881 siguió en la estructura del peculado la formulación de Tejedor (art. 161).

Tampoco se advierten diferencias en el Código de 1886, que mantuvo la redacción en el artículo 268.

Es el proyecto de 1891 el que introduce un cambio de relevancia, pues incluye al peculado dentro de los delitos que "perturban el funcionamiento regular de la administración pública en cualquiera de sus ramas, sea que provengan de los particulares, sea que emanen de los

[42] CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Bayer Hnos., Barcelona, 1999, ps. 243 y ss.

mismos funcionarios", sistemática mantenida actualmente. Se mantuvo aquí la relación que une al funcionario público (al que se define en la parte general) con los bienes, y se describe como conducta típica únicamente la sustracción.

Restaría analizar la trascendencia que tuvo para la figura el Proyecto Soler (1960), dado que es el antecedente del agregado por la ley 16.648 del segundo párrafo en lo que se refiere al peculado de trabajos o servicios.

El Código de 1886 lo respetó en lo esencial (art. 266) sin embargo suprime la hipótesis del no reintegro espontáneo, el que es retomado nuevamente por el proyecto de 1891.

La línea divisoria que provocó la confusión entre esta figura y el peculado la encontramos en la ley 4189 del 22 de agosto de 1903, dado que eliminó la figura de los residuos, que quedó confundida en la fórmula del peculado.

## III. Tipo objetivo

### 1. *Peculado de caudales o efectos*

La forma actual proviene del artículo 308 del proyecto de 1891. Como ya fuera señalado, es de vital importancia para explicar el presupuesto de la relación funcional con los bienes.

En la consideración de la figura cobrará particular importancia la posición doctrinal que se asuma en relación con el bien jurídico protegido por la figura. Es que, como señala Carrera[43], la cuestión ha oscilado entre sostener que se trata de un delito contra la propiedad[44], contra la fe pública, contra la paz pública, como delito en el ejercicio de funciones públicas, o contra los deberes de la función pública, o más sencillamente contra la administración pública.

Ya nos hemos explayado en cuanto a los conceptos de funcionario público y caudales o efectos públicos sobre los que recae la figura, por resultar ya referidos por el artículo 260, a cuyo análisis nos remitimos.

[43] CARRERA, ob. cit., ps. 47 y ss.

[44] Ésta es la concepción dominante en España, como lo ilustra Catalán Sender en la obra citada; un representante destacado en esta posición es Miguel Polaino Navarrete, heredero de la consideración similar seguida en Alemania.

El legislador en España ha distinguido la naturaleza de los caudales o efectos públicos sustraídos, para establecer el *quantum* punitivo. Así, será mayor la pena en función de la cantidad sustraída, o si las cosas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública[45].

Sin embargo resulta importante determinar que la jurisprudencia ha entendido que los "gastos reservados" asignados a ciertos funcionarios públicos, pese a que no media exigencia de realizar una rendición de los mismos, no quedan excluidos del tipo penal cuando se acredite que dichos fondos públicos han sido distraídos o apropiados sin tener en cuenta razones de orden público. A este respecto el Tribunal Constitucional de España en un fallo resonante[46] aplicó severas penas, entre otros, al por entonces ministro del Interior, al director de Seguridad del Estado, al gobernador civil de Vizcaya, al comisario y delegado de la lucha antiterrorista en el País Vasco al encontrar acreditado que utilizaron gastos reservados para financiar el secuestro en territorio francés de un terrorista de la ETA. Los encontró responsables, entre otros delitos, de malversación de caudales públicos al haber destinado fondos del Estado a financiar una actividad prohibida[47].

[45] El nuevo artículo 432 establece una pena de prisión de tres o seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años en su modalidad básica, y un tipo agravado, pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años, si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público, si las cosas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. Finalmente sólo se prevé multa, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año, en el caso en que la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas.

[46] Caso "Marey" el que puede ser consultado a través de Internet en la dirección http://www.innovación.com.

[47] El caso ofrece innumerables aristas para su comentario, partiendo de la base de que en realidad a quien se intentó secuestrar fue a Lujua Goróstola, y que por equivocación se capturó a Marey. Además del conflicto diplomático que esto provocó con Francia y finalmente las cuatro disidencias que nutrieron la sentencia, en particular la de los jueces José Jiménez Villarejo, Gregorio García y Enrique Bacigalupo, donde se postuló la absolución de los acusados fundada entre otros sólidos argumentos en la diferencia existente entre la responsabilidad política (que existió en el caso) y la penal (que estimaron no se encontraba probada).

En nuestro país fue posible hallar precedentes con idéntica orientación; así se dijo que "hay 'sustracción' (sustracción de caudales públicos, art. 261, Cód. Pen.) cuando un funcionario público ilegítimamente se apropia (sea en forma definitiva o con miras de restituirlos) de caudales públicos que administra, percibe o custodia, sacándolos del ámbito de tenencia efectiva o simbólica de la administración pública, es decir cuando quebrante ese ámbito. La sola naturaleza de gastos considerados 'reservados' y la eximición de la obligación de rendir cuentas no permite descartar la posibilidad de la conducta delictual reprimida por el artículo 261, primera parte, del Código Penal. Por ello es que, ante la existencia de elementos que hagan sospechar la sustracción de los fondos, corresponde la investigación tendiente a averiguar el destino que se les ha dado. No es exacto afirmar que legalmente no es lícito investigar, pues la única posibilidad con que cuenta la sociedad para controlar si los fondos fueron correctamente gastados es esa investigación. Los fondos con los cuales se autorizan los llamados 'gastos reservados' no son entregados al funcionario para que los apropie o disponga según su arbitrio, ni tampoco constituyen parte de su remuneración. Si esta facultad investigatoria resultara vedada, no habría forma de distinguir estos fondos de aquellos que son recibidos por el funcionario en retribución de su labor y que puede legítimamente gastar en la forma que desee. Pero ésta no puede ser la voluntad de la ley. El legislador ha pensado que es necesario que algunos gastos, especialmente atinentes a la seguridad, no deben ser dados a publicidad con el fin de no restar eficacia a la función pública que deben solventar. Esto surge claro de la propia terminología legal ('por razones de mejor servicio'). De allí la eximición de rendir cuentas. Pero la misma razón que da la norma para mantener los gastos en reserva, define también claramente el destino público de los fondos con la expresión 'mejor servicio'. Si el acusado recibió dos cheques correspondientes a gastos reservados, efectos que fueron depositados en la cuenta corriente a la orden indistinta del imputado y su esposa, dinero que es extraído con cheques, que salvo uno fueron librados por esta última, destinados al pago de mercadería y efectos destinados al consumo privado del matrimonio, los fondos reservados atinentes al servicio público fueron desviados de ese destino y utilizados por el

imputado en propio provecho, lo cual configura el delito de peculado del artículo 261, primera parte, del Código Penal. El delito quedó consumado con el solo depósito en la cuenta corriente, por cuanto ésta era compartida por un tercero (su esposa), que fue en definitiva quien gastó el dinero, ratificando ese gasto posterior la anterior apropiación indebida" (Cám. Acus., 22-10-76, "Valdez, Oscar Eduardo y otra", Secretaría Nº 1, A. I. 195).

a) *Administración, percepción y custodia*

También fue objeto de consideración el alcance del verbo administrar, utilizado tanto aquí como en el artículo 260. Al respecto la jurisprudencia en el Derecho Comparado ha sostenido: "El delito de malversación de caudales públicos está integrado por la sustracción de los caudales o efectos públicos que el sujeto activo tenga a su cargo o a su disposición por razón de las funciones que le están encomendadas legalmente, o por el consentimiento de que otra persona sustraiga lo que constituye el objeto del delito" (sent. del Tribunal Supremo de España del 21-3-83).

Resultan sí singulares, y por ello objeto de tratamiento, las modalidades incorporadas por el peculado en cuanto se refieren a la "percepción o custodia" de los caudales o efectos que "le haya sido confiada por razón de su cargo".

La percepción es la facultad por la cual se reciben bienes para la administración pública, lo que tiene indudable referencia a la cobranza de tributos o derechos. Así Carrera la conceptualiza como "la facultad de la administración pública para recibir bienes, en concepto de tributos o derechos por servicios a su cargo, desarrollada por los funcionarios competentes"[48]. Así se dijo: "Si la acusada, empleada de la municipalidad, recibía, con motivo de su cargo, los valores posdatados entregados en pago de los impuestos, entregando a cambio los cedulones con el respectivo sello de cancelación total, los que guardaba para ingresarlos en la caja el día del vencimiento, previo a lo cual modificaba los montos de los cedulones que ingresaba para su cancelación, y a tal fin ingresaba cuotas menores a las realmente percibidas y luego

[48] CARRERA, ob. cit., p. 110.

solicitaba a la cajera la diferencia, que era lo que disponía en su provecho, responde por el delito de malversación calificada continuada (art. 261, Cód. Pen.)" (Cám. Acus., 3-10-91, "Giraudo, Lidia Juana", Secretaría Nº 1, A. I. 183).

Bajo esta consideración es insostenible afirmar que resulte necesaria la previa rendición de cuenta de lo percibido como cuestión prejudicial a la imputación.

Por custodia se entiende "guardar con cuidado y vigilancia" en este caso los caudales o efectos públicos. Por esto es que la custodia implicará la tenencia de los bienes, lo que no exigirá una relación permanente, pero que al menos debe determinar que en un momento los bienes le sean confiados en custodia en razón del cargo.

En punto a esta relación que une al funcionario público con los caudales o efectos a través de su administración, percepción o custodia se predica que le deben haber sido confiados. Así la jurisprudencia ha dicho: "Si el acusado, funcionario público, en su calidad de responsable de un establecimiento agrícola, afectado a la Dirección de Agricultura de la Provincia, hizo ingresar animales vacunos de diversas personas e incluso de su propiedad, en un lote fiscal, omitiendo el contrato de pastaje que se imponía y dar cuenta a la superioridad, debe responder por el delito de peculado (art. 261, Cód. Pen.), porque ese accionar ha dañado el interés social, por un ataque a la actividad patrimonial de la administración pública de la cual era custodio y servidor" (Cám. Acus., 22-4-82, "Novillo, José Eloy y otro", Secretaría Nº 1, A. I. 40).

b) *Alcance del término sustracción*

La acción típica básica del peculado consiste en la sustracción de caudales o efectos públicos que el funcionario tiene a su cargo por razón de sus funciones[49].

Se entiende por sustraer la idea de apartar, separar, extraer, y en el peculado se materializa en la idea de "separar o apartar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública"[50].

[49] Lo que resulta claramente de los deberes y pautas del comportamiento ético de los funcionarios que marca la ley 25.188 en su artículo 2º.

[50] MEDINA, León y MARAÑÓN, Manuel, *Leyes penales de España*, 10ª ed., Madrid, 1947, ps. 319 y ss.

Más allá de que se ha elaborado una construcción doctrinal y jurisprudencial en torno al vocablo "sustracción", creemos necesario, para cumplimentar con el mandato de certeza que deriva del principio de legalidad consagrado en nuestro artículo 18 de la Constitución Nacional, la corrección de la fórmula[51].

En la redacción de nuestro Código nacional no se prevé la conducta omisiva que consiste en una conducta pasiva, "consentir la sustracción por parte de un tercero"[52]. La única forma de considerar comprendida esta conducta en el tipo penal sería recurriendo a los delitos de comisión por omisión, también denominados de omisión impropia[53].

En doctrina se critica el empleo de la expresión sustracción[54], cuando en realidad debió haberse utilizado el verbo típico apropiación[55]. Incluso quienes se enrolan en esta posición[56] va de suyo que exijan un ánimo de lucro que se sostiene forma parte del tipo objetivo[57-58].

[51] Sobre el alcance del mandato de certeza, entre otros, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Cívitas, 1997.

[52] Como sí lo prevé el Código Penal de España, vigente desde 1995, en el art. 432.1.

[53] Al respecto, cabe preguntarse por la objeción constitucional que representaría esta interpretación que algunos consideran extensiva del tipo penal. Sobre la conceptualización de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia consultar MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., t. 2, ps. 228 y ss.

[54] Ésta había sido la modalidad comisiva adoptada por el Código Penal de Italia que sirvió de antecedente a nuestra disposición, y definiendo este concepto Maggiore decía que "apropiarse una cosa significa disponer de ella como si se fuera el propietario" (ob. cit., p. 162).

[55] Al respecto, entre otros y en la doctrina española que sirvió de fuente a la legislación argentina, De la Mata y Etxabarría (ob. cit.), en donde se hace referencia a que la jurisprudencia española ha venido asimilando los conceptos de sustracción y apropiación. En la doctrina nacional se expide en idéntico sentido Núñez (ob. cit., t. V, vol. II, p. 114).

[56] La que se remonta al antecedente del Código Penal italiano y es defendida por Maggiore, quien afirma que el vocablo apropiación debe estar asociado a la finalidad de provecho.

[57] MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, dir. por Gonzalo Quintero Olivares, coord. por José Manuel Valle Muniz, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1127.

[58] En contra de considerarlo parte del tipo objetivo por entender que se trata de un elemento subjetivo del tipo, BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., p. 378.

En este tipo penal, al decir de Pacheco, se trata de "sustracción definitiva, absoluta, después de lo cual no hay nada"[59].

A este respecto resulta interesante el análisis del fallo dictado por el máximo tribunal de justicia del continente europeo. Con el fin de determinar la existencia de una detención regular fundada en la sospecha razonable, en función de lo dispuesto por el artículo 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, tocó a la Corte Europea pronunciarse en cuanto a las exigencias típicas del delito de malversación de caudales públicos[60]. Con el fin de determinar si el señor Lukanov, quien se había desempeñado como ministro, luego como vice primer ministro, primer ministro y miembro de la Asamblea Nacional de Bulgaria, se encontraba detenido legalmente con base en la acusación de haber malversado fondos públicos, la Corte sostuvo que "uno de los elementos constitutivos del delito de malversación previsto en el Código Penal era que el autor hubiera querido obtener una ventaja para sí mismo o para un tercero. Además, el artículo del Código en que se fundaba la orden de detención del fiscal específicamente incriminaba el abuso en que incurre un funcionario público para lograr aquella ventaja", sin embargo se sostuvo: "no se brindó a la Corte ninguna información que acreditara que el peticionante fuera, por entonces, sospechoso de haber intentado obtener, a través de su participación en la asignación de esos fondos, una ventaja para sí mismo o para un tercero". Para concluir la Corte sosteniendo que "en verdad, no se alegó ante las instituciones creadas por la Convención que los fondos no hubieran sido recibidos por los interesados, y la pretensión del gobierno (de Bulgaria) de que habían existido ciertos 'negocios' quedó sin sustanciar y no fue reiterada ante la Corte". Así se advierte entonces que para la doctrina en el Derecho Comparado se exige como integrante del tipo penal del peculado la acreditación de un beneficio para el autor o para terceros[61].

[59] PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, t. II, p. 510.

[60] Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 20-3-97, "Lukanov *vs.* Bulgaria", en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, 1997, I, ps. 124/125. Publicado en *Investigaciones I* (1998) de la Secretaría de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ps. 85/6.

[61] Sin embargo el precedente indicado podría contrastarse con el Fallo de la Corte de Casación de Francia (Sala Criminal), sentencia del 17-10-97 que sostuvo

Distinta es la posición de Soler[62], para quien la acción consiste en extraer lo que en la caja está, en impedir que ingrese o en emplear los fondos en uso privado; en todas estas hipótesis se compromete el dinero, por lo cual la mera sustracción del dinero consuma siempre el peculado, aunque sea hecha con propósitos de restitución y efectivamente se restituya. La jurisprudencia nacional, como podrá observarse, ha seguido casi mayoritariamente esta postura, que consideramos correcta, y que contaba ya de antaño con el apoyo de prestigiosa doctrina, como Carrara y Maggiore, quienes remarcan la condición de delito contra la fe pública, ontológicamente perfecto, que se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública, sin necesidad de que se acredite lesión patrimonial. Así se ha dicho: "La sustracción a que se refiere el artículo 261 del Código Penal consiste en el acto de poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual fueran colocados. La sustracción siempre consuma el peculado, aunque sea hecha con propósito de restitución y aunque efectivamente se restituya, siendo importante en estos casos haber empeorado la situación del dinero (en el caso los bienes embargados) desde el punto de vista de sus riesgos". Cám. Acus., 11-7-73, "Flores, Abraham", Secretaría Nº 1, A. I. 19).

Se sostiene que lo decisivo es el quebranto de la confianza, del vínculo que unía al funcionario con los caudales o efectos confiados. Sin embargo, bajo este razonamiento no debería considerarse atípico

que "ninguna infracción que pueda causar perjuicio directo o indirecto al interés colectivo de los consumidores está excluida de las previsiones del Código del Consumo"; aplicando esta premisa se casó una decisión de la instancia anterior que había resuelto que los delitos de corrupción activa y pasiva no exhibían una naturaleza que pudiese producir menoscabo al interés colectivo de los consumidores. En el caso, los hechos concernían a un delito de corrupción derivado de malversaciones financieras de un intendente que repercutía en el precio de los servicios vendidos en la comuna, a saber, el agua (cit. por *Investigaciones* de la Secretaría de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1998, t. 2). Sin embargo, centrada la cuestión y el alcance de cada pronunciamiento, resulta claro que si bien es necesario acreditar la existencia de ventajas para el autor o para un tercero para que se tenga por tipificado el delito de malversación de caudales públicos, ello no implica que la conducta que no reúna dichas características típicas resulte impune, pues puede verse atrapada por otros tipos penales.

[62] SOLER, ob. cit., t. V, p. 238.

el supuesto del peculado de uso[63], pues éste participa también de la característica apuntada; ha existido un quebranto del vínculo de vigilancia[64]. Lo que resulta decisivo para considerar atípico el peculado de uso es la circunstancia de que el uso no implica la sustracción, como se analizará. Se sostiene erróneamente que la incorporación como punible del peculado de trabajos y servicios ha venido a consagrar la introducción del peculado de uso en relación a los caudales. En concreto, utilizando un razonamiento que entendemos analógico (analogía sin duda prohibida, pues tiende a cubrir un supuesto vacío o laguna legislativa) se entiende que la incorporación del segundo párrafo, que será materia de análisis seguidamente, implica en la práctica que el legislador ha entendido necesario el castigo del peculado del uso de cualquiera de los caudales públicos. Tal postura, como lo señala Carrera, es errónea. El objeto del peculado en el agregado introducido es claro y esencialmente distinto: los trabajos y los servicios. El tipo del artículo 261 del Código Penal reprime al funcionario administrador, perceptor o custodio que sustrae caudales o efectos que le han sido confiados en razón de su cargo. Para que se consume es necesario que el vínculo con el ámbito de custodia de la administración en algún momento haya sido quebrado. Bajo este prisma deberían descartarse como típicas aquellas acciones que representen apropiaciones muy pequeñas (un bolígrafo), como lo sostiene en forma unánime la doctrina española, por no vulnerarse en estos casos el bien jurídico tutelado[65].

En este aspecto resulta sumamente interesante el análisis del precedente jurisprudencial escogido que reúne las posturas diversas sobre el tema. Allí se dijo: "Si, en el caso, si bien el vehículo confiado a la custodia de un empleado policial no estuvo en todo momento en la alcaidía de tribunales, si no existe prueba alguna que permita afirmar que el imputado utilizara el bien para una finalidad distinta a la de

[63] Ésta es la opinión de MAGGIORE, ob. cit., p. 162.

[64] En contra, Soler, quien sostiene que en estos casos de empleo abusivo de los bienes no ha existido el quebranto del vínculo.

[65] Así lo afirma Jesús Catalán Sender (*Los delitos*... cit., p. 255), en donde además brinda otros ejemplos de comportamientos de bagatela o adecuados socialmente, permitidos o tolerados.

función de policía de seguridad, no se configura el ilícito previsto en el artículo 261 del Código Penal, poniendo de resalto que el aprovechamiento abusivo de las cosas sin su sustracción del ámbito de tenencia efectiva o simbólica de la administración pública no constituye delito. El término sustraer que emplea el artículo 261 del Código Penal, no tiene otro significado que el que tiene en ciertos delitos, verbigracia, en la quiebra del artículo 176 del Código Penal. Sustrae, entonces, quien con su acción separa o aparta, sacando el caudal del ámbito de tenencia de la administración pública; una forma de hacer eso es no reingresar a su debido tiempo. Responde por el delito del artículo 261 del Código Penal el acusado, pues lo sacó del ámbito de tenencia de la administración pública; resulta irrelevante que devolviera el vehículo en igual estado, si las tuercas no se encontraban colocadas en el automóvil retirado, sino en otro, de donde fueron sacadas y posteriormente llevadas por el acusado (voto de la mayoría, Dres. Funes y Pueyrredón).

"Si el acusado, empleado policial, en razón de sus funciones, era el tenedor, el custodio de esos efectos (tuercas), aunque los llevara, los sacara o los trasladara de lugar, aun para usarlos en su beneficio, seguía siendo igualmente el tenedor, el custodio o el guardián, no se configura el delito previsto en el artículo 261 del Código Penal. No obstante, ese hecho configura un peculado de uso, porque el delito no consiste en usar lo que se tiene, guarda o custodia, sino en sustraer, que, como conducta, implica una actitud subjetiva trascendente al simple hecho de disponer, porque en todo caso el funcionario sigue reconociendo a la administración pública y por tanto su relación vincular. Dos son, pues, los requisitos del tipo penal, uno material u objetivo (sustracción), subjetivo el restante, intención de hacerse dueño. En el caso, no concurren tales requisitos, pues el imputado seguía siendo guardián, abusivo por el uso, pero no autor del delito de peculado porque no intervirtió el título ni actuó *animus domini*, ya que las tendría en su poder hasta el eventual reclamo" (voto en disidencia, Dr. Laje Anaya) (Cám. Acus., "Hierling, Ricardo Luis", Secretaría Nº 1, A. I. 47).

En definitiva, resulta claro que el peculado se diferencia sustancialmente del hurto y también de un abuso de confianza. Se trata de

sustraer, que en este sentido significa separar; es un delito contra la administración pública, y no contra la propiedad, el funcionario quebranta la buena marcha patrimonial de la administración pública mediante la violación de su deber de probidad.

## PECULADO DE TRABAJOS Y SERVICIOS

El artículo 261, segundo párrafo, establece: "Será reprimido con la misma pena, el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero trabajos o servicios pagados por una administración pública".

### I. Antecedentes históricos

El segundo párrafo de la figura fue introducido por el decreto-ley 4778/63, ratificado por ley 16.478 y mantenido con muy leve modificación por la ley 16.648, siguiendo los lineamientos del Proyecto Soler de 1960 –artículo 354–. Se sostuvo que de esta forma se llenaba una laguna de impunidad, dado que los trabajos y servicios no podían integrar el concepto de caudales[66-67].

### II. Bien jurídico protegido

En este punto nos remitimos a lo ya expresado al tratar el artículo 260 del Código Penal.

### III. Tipicidad

1. *Tipo objetivo*

Recayendo siempre el tipo en el funcionario público (aunque con otro alcance), se trata aquí de supuestos en que se desafecta a los trabajos o servicios de los destinos a los que estaban determinados. Emplea quien desvía de un ámbito a otro, se apropia, al decir de Núñez, o sustrae en el entendimiento de Soler. Emplea quien ocupa

[66] NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 116.
[67] CREUS, ob. cit., p. 341.

a alguien o encarga una comisión. Esta desviación requiere que sea realizada en beneficio del propio sujeto activo (el funcionario) o de un tercero[68].

Se trata en principio, como presupuesto de la acción, de trabajos o servicios que están a disposición del funcionario. El delito, como bien dice Núñez, no es un peculado de uso, ya que no consiste en usar *animus domini* cosas pertenecientes a una administración pública, sin que ese uso implique la apropiación de la cosa. El peculado de uso, en este sentido, es impune en el Código Penal argentino[69]. La cuestión es sencilla; es la utilización, en beneficio o provecho del funcionario, de actividades personales, corporales o intelectuales, cuyo precio haya satisfecho o deberá satisfacer una administración pública, lo cual comprende tanto a los poderes judiciales como legislativos, los nacionales, los provinciales y los municipales[70].

a) *Trabajos o servicios*

Los trabajos o servicios deben estar unidos en una situación funcional con el autor, es decir, debe poder jerárquicamente disponer de ellos, debe tener posibilidad de actuar típicamente.

Siguiendo a Carrera, un grupo de autores entiende que la noción de "trabajo", lo que es "mano de obra", en cuanto tarea enderezada a la construcción, y "servicios", serían las tareas de tinte intelectual o corporal que no estén determinadas por la construcción de algo[71]. Para Núñez, en cambio, los trabajos aluden a las actividades personales tendientes a producir obras materiales o intelectuales para una administración pública o para servicios públicos. Los servicios, en cambio, se refieren a las actividades personales de ayuda, o asistencia profesional, artística, científica, doméstica, etcétera, prestadas a una

[68] En consonancia con ello la ley 25.188, artículo 2°, inciso g, establece "Abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa".

[69] NÚÑEZ, ob. cit., ps. 7/117.

[70] NÚÑEZ, ob. cit., p. 117; CARRERA, ob. cit., p. 188, y con reserva CREUS, ob. cit., p. 342.

[71] FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. 7, ps. 290 y ss.; CARRERA, ob. cit., p. 186.

administración pública, con lo cual el término "trabajo" comprende a trabajos y servicios[72].

Para Creus, trabajo serán todas esas tareas de naturaleza física o intelectual que se empleen en orden a una obra determinada, en tanto que servicios son aquellas tareas también de naturaleza física o intelectual que, sin estar destinadas a la realización de una obra determinada, son prestadas dentro de una situación o estado del sujeto que las presta. Así dice con razón que los obreros contratados para una obra dan trabajo, en cambio los empleados prestan servicios[73].

b) *El pago por la administración pública*

La esencia del peculado de trabajos o servicios reside no sólo en quién lo presta, sino que debe ser el precio del trabajo o servicio, sustraído por el funcionario, pagado por cuenta de la administración pública, y no por el funcionario propiamente dicho. En este sentido los ejemplos traídos por Creus son claros: No se da el tipo de trabajo o servicio cuando es pagado por el funcionario, en tanto que no importe desviación del destino administrativo. El artesano de una repartición que presta servicios fuera de sus horas de trabajo administrativo en casa de funcionario que dirige esa repartición[74].

Entre el trabajo y servicio y el funcionario público debe existir una relación funcional, esto es que el funcionario administre, que estén a disposición de él, y, por lo tanto, que tenga la posibilidad del desvío. Si lo que se desvía es el monto del pago o el dinero que se debe a las personas que trabajan, la acción cae en el primer párrafo del artículo 261 del Código Penal.

Se ha dicho que "no se configura el delito de peculado de servicios, si el intendente afectó a los empleados de la comuna durante los bailes de carnaval, pues los bailes fueron organizados por la comuna y en su beneficio, lo que significa que no puede sostenerse que el trabajo de los municipales haya sido empleado «en provecho propio o de un tercero»"[75].

[72] NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, ps. 117/8.
[73] CREUS, ob. cit., p. 300.
[74] CREUS, ob. cit., p. 343, nota 649.
[75] Cám. Acus., 13-10-76, "Madariaga, Hugo Aldo y otros", Secretaría Nº 2, A. I. 165.

Y también que: "Si la conducta del acusado consistió en emplear ilegítimamente en provecho propio trabajos o servicios pagados por la administración pública, consistentes en el aprovechamiento de actividades manuales e intelectuales cumplidas por parte de empleados públicos en horas de trabajo y con remuneración a cargo de una repartición pública, configura el ilícito de peculado de servicios públicos" (art. 261, 2° párrafo, Cód. Pen.)[76].

2. *Tipo subjetivo*

*Peculado de bienes y servicios*

El hecho es doloso, no admitiéndose el tipo culposo, por lo menos en el artículo 261, y el funcionario debe conocer el carácter de trabajo o servicio, y la voluntad de desviarlo del destino administrativo que tiene, en función propia o de un tercero. Se requiere un elemento subjetivo del tipo, que es el aprovechamiento para sí o para un tercero. Con lo cual el único dolo posible, y en esto hay mayoría doctrinal, es el dolo directo.

El error sobre alguno de los elementos del tipo objetivo tendrá como consecuencia la desaparición del dolo, sea el error vencible o invencible. En cambio, si el funcionario cree que la conducta le está permitida, el error será de prohibición.

Precisando el contenido del dolo en las figuras bajo análisis la jurisprudencia ha dicho: "No configura el ilícito previsto en el artículo 261 del Código Penal, la conducta de los miembros del directorio del Banco Social de Córdoba, quienes de conformidad a lo dispuesto por el artículo 10 de la ley 5292, que los faculta a entablar relaciones y celebrar los convenios que estimen necesarios con organismos y entidades oficiales a los fines del cumplimiento de las funciones del directorio, dispusieron otorgar a comunas del interior un porcentaje o participación sobre el precio de venta de entradas a distintas salas de juego de casinos, por cuanto no entendieron otorgar un subsidio, sino que su intención fue la de formalizar un acuerdo entre dos entes públicos mediante el cual cada uno de ellos asumía un compromiso: el

[76] Cám. Acus., 17-10-77, "Sánchez, Carlos Osvaldo", Secretaría N° 2, A. I. 206

banco de acordar la participación ofrecida y el municipio de abstenerse a tomar como hecho imponible de un tributo a su cargo la adquisición de entradas. La configuración subjetiva del peculado se da cuando el agente, a sabiendas de su condición funcional, obra con conocimiento de que sustrae caudales o efectos públicos y con la voluntaria determinación de sustraerlos sin que sea menester ánimo alguno específico. El criterio doctrinario de que la sustracción penalmente reprensible según el artículo 261 del Código Penal es la fraudulenta y se excluye la momentánea no acompañada de tal ánimo, no es compatible con nuestro sistema. Es más adecuada a sistemas donde la consumación del delito se condiciona a la rendición de cuentas, o en el de precedentes como la ley nacional 49 que tipificaba el peculado (art. 80) y residuos (arts. 83 y 84), y para cuya diferenciación en la praxis se recurrió, esencialmente, al elemento subjetivo. El artículo 261, último párrafo, del Código Penal contiene una exigencia que no sólo especializa la culpabilidad típica dolosa por esa finalidad especial que marca, sino que también integra la materialidad de la acción, en este sentido no es necesario que se trate tan sólo de una ventaja patrimonial. Puede satisfacerse si la indebida aplicación de las actividades, (por desvío de su destino administrativo) concreta las simples miras de aprovechar la eficiencia de esas actividades dado los medios dispuestos para que se cumplan, y con mayor razón si ello se traduce en aspectos materiales, desmonte, pista para actividades deportivas, playas de estacionamientos, calles de accesos, etcétera, que obviamente representan ventajas para los dueños del terreno, por la incidencia de dichas mejoras en su valor económico. Se configura jurídicamente una forma peculativa, si dos funcionarios públicos (art. 77, 4° párrafo, Cód. Pen.) desviaron de su objetivo administrativo con especial finalidad (su provecho y el de terceros) trabajos y servicios cuyo pago estaba a cargo de un ente público. Si el acusado, intendente de una comuna del interior de la provincia, sin autorización legal dispuso de cemento de propiedad del municipio, vendiéndolo o facilitándolo en préstamo a vecinos y comerciantes de la zona, responde por el delito de malversación de caudales públicos" (art. 261, Cód. Pen.)[77].

[77] Cám. Acus., "Marssen, Adolfo Héctor y otros", secretaría N° 2, A. I. 138.

## IV. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la desviación de los trabajos o servicios a la esfera particular, pero exigiéndose que hayan sido utilizados[78], no alcanzando la separación del trabajo o servicio de la esfera administrativa.

La tentativa es posible, dada la estructura de delito de resultado del peculado de trabajos o servicios.

La jurisprudencia, fijando el momento consumativo del peculado de trabajos y servicios, ha dicho: "La figura del párrafo 2° del artículo 261 del Código Penal tiende al resguardo del interés social en el probo desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública (del voto del Dr. Vélez).

"En el delito de peculado, previsto en el artículo 261 del Código Penal, la frase 'provecho propio o de un tercero' no es de naturaleza subjetiva, sino que indica el hecho objetivo del beneficio propio o del tercero. La violación funcional de la seguridad de los bienes públicos es lo que divide el ámbito del empleo lícito de los trabajos o servicios que son del Estado, y cuyo destino está a disposición del funcionario, del que no lo es"[79].

## V. Autoría

En cuanto a quién puede ser autor de este delito, se trata de delitos especiales que sólo puede cometer el funcionario público, habiendo sido tratada ya la cuestión con referencia al artículo 260. La discusión en este delito no lo es tanto sobre el funcionario público, sino sobre qué funcionario público puede ser autor. Para un grupo de autores, no se exige ninguna relación funcional entre el funcionario y los trabajos y servicios. Por ende, no se exige que tenga competencia para afectar los trabajos y servicios; cualquier funcionario público, con las características ya enunciadas, es autor del delito[80]. Una segunda posición, que es la que seguimos, sostiene que al ser ésta una especie de malversación hay un abuso funcional específico, y por lo tanto sólo puede malversar aquel funcionario competente que puede disponer de los trabajos y servicios.

[78] NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 118; CREUS, ob. cit., p. 345.
[79] C9ªCrim. de Córdoba, 23-12-97, "Barbaresi, Carlos y otros", L. L. C. 1998-503.
[80] CARRERA, ob. cit., p. 185; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. 7, p. 289.

Está claro que no se requiere que el mismo funcionario sea el que pague los servicios[81]. La participación es posible, de acuerdo a los requisitos generales, y en ese ámbito entra el tercero, quien es beneficiado con el trabajo o servicio, que pasa a ser sin duda alguna un cómplice primario.

Especial análisis hay que hacer del que presta el trabajo o servicio. Si esta persona sabe, y es consciente de la desviación funcional, será partícipe del hecho principal, ya que siendo la orden ilegítima deberá oponerse, salvo, claro está, los casos de error o coacción.

## MALVERSACIÓN CULPOSA

Artículo 262: "Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior".

### I. Antecedentes históricos

Como lo señala Soler, la disposición ya se encontraba presente en el Proyecto de Código Penal de 1891, fundada, como ya fuera expresado, en la necesidad de una protección adicional, y de allí pasa al Código de 1921, manteniéndose sin modificaciones hasta el presente.

El artículo 309 del citado proyecto rezaba: "El funcionario público que, por imprudencia o negligencia, o inobservancia de reglamentos o deberes a su cargo, diera ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior..." En la Exposición de Motivos se afirmaba: "El artículo 309 del proyecto, tomado del 406 del Código español, prevé el caso de que un funcionario público, por imprudencia o por inobservancia de los reglamentos, diera ocasión a que se efectúe, por otra persona, la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior. La hipótesis es muy posible y era menester consignar en el título que explicamos, puesto que, por las razones que hemos dado en otro lugar,

[81] CREUS, ob. cit., p. 347; NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 117.

nuestro proyecto no contiene, como el Código actual, una disposición general destinada a reprimir todas las especies de culpa o negligencia".

## II. Bien jurídico protegido

No existen consideraciones generales que realizar en cuanto al alcance de la protección de la figura. La incorporación de este artículo claramente nos indica el alto valor asignado, ante la incorporación de la modalidad del actuar culposo, en donde el codificador sigue un sistema estricto en cuanto a su consideración en particular, en aras de brindar un plus en la defensa y consideración de esta unidad funcional valiosa para la comunidad.

El bien jurídico protegido en este caso vuelve a ser el regular funcionamiento de la administración pública, y el cuidado que debe tener el funcionario ante la cosa pública.

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

En el tipo culposo la actitud del titular de la función se concreta y limita a la tolerancia permisiva o a la facilitación ejecutiva de la sustracción de caudales públicos a su cargo realizada por un tercero. Lo que importa es que la sustracción, tal como ha sido explicado en el artículo 260, la realiza un tercero dolosamente, ya que el funcionario público, con su actitud negligente o imprudente, permite tal conducta. Se trata entonces de la actitud negligente del funcionario, de modo que es el caso de una malversación impropia, o, como dice Polaino Navarrete, de una forma autónoma de incriminación de participación culposa del funcionario en la realización, por parte de un tercero, de una conducta de sustracción ilícita de caudales públicos[82].

Como ya fuera expuesto en otra obra, el problema de la culpa es un problema del tipo[83]. Es que, "partiendo de la acción como hecho del hombre no existe, en este aspecto, diferencia alguna con el concepto de acción en los delitos dolosos. La naturaleza de la imprudencia está

[82] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., t. 2, p. 403.
[83] DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, ps. 101 y ss.

dada por la infracción al deber objetivo de cuidado o la infracción a la norma de cuidado. La imprudencia (como consecuencia de la infracción al deber de cuidado) no es sino un tipo especial de acción punible y no una mera forma de culpabilidad junto al dolo. Mediante la prohibición penal de comportamientos imprudentes se busca evitar la realización de acciones que conduzcan a la lesión de bienes jurídicos". El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario realizar. Por consiguiente, el tipo objetivo del hecho punible culposo incluye una acción descuidada referida al bien jurídico perjudicado[84]. La diferencia de esta figura con las demás culposas, cuya estructura ya se ha explicado, consiste en que la violación al deber objetivo de cuidado lleva a un resultado dañoso para la administración pública, provocado por un tercero dolosamente. Y esto es importante porque se remite entonces al artículo 261 del Código Penal, de manera tal que solamente es posible el tipo penal si el tercero sustrae los caudales o efectos intencionadamente, debido a la violación del deber de cuidado del funcionario público. Si la causa es otra, es decir, no es la negligencia sino que aunque ésta existe, el tercero no la aprovecha, no será posible el tipo penal en cuestión. En otros términos, entre la violación del deber de cuidado del funcionario público y la sustracción de bienes debe haber una relación directa por la cual el tercero se aprovecha y sustrae.

Bielsa afirma que debe mediar una relación de causalidad entre el acto de disposición o administración y el funcionamiento del servicio público. Más que "dar ocasión", se trata de que el funcionario "haga posible" o que "permita" que otro efectúe una sustracción de caudales o efectos[85].

Se ha sostenido acertadamente por la jurisprudencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal que: "cualquiera sea la interpretación que se le dé al verbo 'sustraer' contenido en el artículo 261 del Código Penal, quitar o extraer el bien de la esfera de custodia

[84] DONNA, ob. cit., ps. 104 y ss.
[85] BIELSA, ob. cit., p. 19.

en la que fuera puesta, o de apropiación, lo cierto es que tal conducta requiere un contenido de voluntad dirigido a separar el bien de esa pública esfera de custodia, por lo que si no se encuentra debidamente acreditado el aspecto subjetivo mencionado, corresponde derivar la responsabilidad hacia el tipo culposo previsto por el artículo 262 en función del artículo 263 del Código Penal. La figura culposa prevista por el artículo 262 en función del artículo 263 del Código Penal presenta una estructura irregular, pues la culpa del agente no se vincula con una actividad propia sino que se relaciona con la de un tercero, no castigándose la sustracción culposa, sino el dar lugar a la sustracción dolosa"[86].

2. *Tipo subjetivo*

El tipo penal del delito culposo implica la previsibilidad o la recognoscibilidad individual que debe incluir a todos los elementos del tipo objetivo: sujeto, objeto, resultado, acción, infracción al deber de cuidado y causalidad de la evitabilidad.

En este sentido se entiende que hay culpa consciente cuando el autor haya reconocido la posibilidad de la producción del resultado como consecuencia de una sobrevaloración de la capacidad de dirección final de la acción y de una minusvaloración de las reglas de cuidado, lo que lo ha llevado a confiar en poder evitar el resultado.

La culpa inconsciente se dará cuando el autor ni siquiera haya llevado a prever la posibilidad de realización del tipo[87].

En cuanto al alcance de la previsibilidad exigida por el tipo subjetivo, nuestros tribunales han sostenido: "Para que se configure la malversación culposa es preciso que se produzca como consecuencia de la negligencia del agente la sustracción de caudales o efectos por actos dolosos de otra persona. Y entrando directamente con la 'culpa' de la malversación cometida por otro, es necesario señalar el nexo causal de aquélla y su efecto dañoso: causa única, directa y eficiente, en suma, causación adecuada. Es decir que no basta el nexo causal natural, se requiere la 'previsibilidad' del resultado"[88].

[86] CNCrim., sala V, 2-4-91, "Kalerguiz, Carlos A.", c. 26.799.

[87] Ésta es la estructura de MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., par. 43, p. 76.

[88] Cám. Acus., 23-11-92, "Barrera, Ángel Damián y Quinteros, Raúl Ricardo", Secretaría N° 2, A. I. 3170.

## IV. Consumación y tentativa

Ya ha sido convenientemente aclarado que por su propia estructura el tipo culposo necesita de un resultado: la sustracción de los caudales o efectos por parte de un tercero, por lo tanto no resulta admisible la tentativa.

Así ha sostenido la jurisprudencia: "El ilícito previsto en el artículo 262 del Código Penal no se consuma únicamente con el acto culposo sino que además requiere la sustracción, que es su efecto"[89].

## V. Autoría

Autor sólo puede ser el funcionario público que tenga una relación funcional con los bienes. Es decir que los administre o custodie. La conducta del funcionario público es independiente de la del tercero que sustrae.

### MALVERSACIÓN DE BIENES EQUIPARADOS

Artículo 263: "Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administran o custodian bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente aunque pertenezcan a particulares".

## I. Antecedentes legislativos

Recurrimos nuevamente a Soler para señalar que esta disposición ya se encontraba en el Proyector Tejedor y en el Código Penal de 1887 a los que se hiciera referencia, resultando relevante señalar su origen en el Código de España.

Así señalaba Bustos Ramírez comentando el texto hoy derogado[90]: "el delito de malversación se extiende a otros tipos de fondos en la medida que hay una finalidad pública o un acto público en relación

[89] Cám. Acus., 21-3-78, "H. C.", Secretaría N° 2, A. I. 32.
[90] BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., p. 378.

a ellos, aunque sean de particulares (así fondos, rentas, efectos provinciales, municipales, pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, caudales embargados o secuestrados o depositados por autoridad pública)"; es que, como señala con acierto Soler[91], el equívoco arranca de la distinta consideración del concepto de funcionario público en España.

Para Soler la protección extraordinaria que la ley quiere acordar a ciertos fondos privados lleva a tratar a quien los administra como si fuera un funcionario público que maneja fondos públicos, aunque ni lo uno ni lo otro sea real. El poder agravante proviene de la calidad de los fondos o de la situación de éstos[92]. Soler sostiene que la incorporación de este artículo a nuestra ley es inconveniente. Afirma que en la legislación española la ampliación se refería a bienes provinciales, municipales o pertenecientes a establecimientos de instrucción o beneficencia; pero esta ampliación responde a principios distintos con respecto a la definición de los alcances del concepto de funcionario público. De ello deriva una gran diferencia en los resultados. Mientras en España se entendía que solamente estaban comprendidos los establecimientos de enseñanza y beneficencia de carácter público, entre nosotros es forzoso considerar comprendidos los establecimientos privados, pues si se tratara de establecimientos públicos el hecho sería peculado propio, y no por equiparación[93].

## II. Bien jurídico protegido

Procurando acentuar la protección sobre el bien jurídico a través del artículo 263 se efectúa una doble equiparación.

La primera contempla la situación de los administradores o custodios de bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia a bienes públicos. Dado que estos funcionarios revisten la condición de funcionarios públicos conforme al artículo 77 del Código Penal, sólo es explicable esta referencia si se atiende a su origen (legislación española), lo que será materia de consideración.

[91] SOLER, ob. cit., p. 228.
[92] SOLER, ob. cit., parr. 143, cuarto.
[93] Ídem nota anterior.

La segunda está enderezada a equiparar a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente a los funcionarios públicos.

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

Las acciones son las propias de los artículos 260, 261, párrafo 1°, y 262 del Código Penal que ya fueron analizadas. Por lo tanto se puede afirmar que entra la malversación simple, el peculado y la malversación culposa.

Queda fuera de consideración la modalidad típica del párrafo 2° del artículo 261, pues los trabajos o servicios que deben ser pagados por la administración no pueden ser considerados caudales.

Los objetos del delito son los bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, los caudales embargados, secuestrados o depositados.

En cuanto a los bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública, se trata de bienes que pertenecen a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia de carácter privado, que no pertenecen a la administración pública, ya que, como hemos visto, de ser público no haría falta esta equiparación.

En cuanto a los caudales, entran todos los bienes incluido el dinero, que pueden ser públicos como privados, según la expresión de Creus. Si bien es difícil pensar en bienes del Estado que hayan sido embargados, es posible un secuestro y embargo de bienes del Estado en manos de un particular o de un funcionario que es nombrado por imperio del acto administrativo.

Pacheco, explicaba el tipo penal de la siguiente forma: "allí (se refiere al art. 318 de la malversación) se trataba, como vimos, de caudales públicos; aquí se trata de no sólo de los que podríamos llamar cuasi públicos, los provinciales, municipales y de establecimientos de beneficencia o instrucción, sino aun de los particulares en el más riguroso sentido, siempre que sean depositados por la autoridad"[93-1].

[93-1] PACHECO, ob. cit., p. 943.

Los caudales deben haber sido embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente. Esto quiere decir que deben cumplirse todas las formas exigidas por las leyes y reglamentos.

El legislador entendió que en estos supuestos en el fondo hay una finalidad pública o un acto público en relación a ellos, aunque los caudales pertenezcan a particulares.

La jurisprudencia ha sostenido que: "Se requiere el perjuicio patrimonial del particular damnificado para la existencia del delito de malversación de caudales privados, equiparados a públicos, descripto en el artículo 263 del Código Penal"[94].

Con otra orientación se ha afirmado: "Si el acusado dispuso del combustible embargado y del cual había sido designado depositario judicial, atendiendo a la necesidad del consumo público, válidamente pudo hacerlo (art. 14, Const. Nac.; art. 1174, Cód. Civ.), pero dando intervención o conocimiento al juez embargante colocando a su orden los importes logrados, única forma de no desvirtuar la medida cautelar del embargo que está dispuesta para servir a la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho, o sea destinada más que a hacer justicia a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra, cosa que en definitiva no hizo. Por otra parte, el juez embargante puede ordenar la presentación de la cosa sin previa interpelación, pues lo embargado queda incorporado a su potestad jurídica. Si el acusado, designado depositario por autoridad competente de bienes embargados, dispuso –consciente y voluntariamente– de las cosas embargadas y a su cargo pero depositadas a la orden de un juez, bajo la potestad jurídica de éste (sin interesar si esto redundó en provecho propio o ajeno), responde por la figura contenida en el artículo 261 en función del artículo 263 del Código Penal, pues cualquier acto, en el caso del agente equiparado, que importe quebrantar la esfera legal de custodia, conforma la sustracción peculadora. La configuración de esta figura penal no requiere, como ocurre con la contenida en el artículo 264, última parte, del Código Penal, donde se advierte una desobediencia privilegiada, la intimación previa al depositario"[95].

[94] CNCCorr., en pleno, 23-5-56, "Rebollini".

[95] Cám. de Acus., "Berri, José Antonio Oscar", Secretaría N° 2, A. I. N° 78.

La doctrina es pacífica al considerar que no podrán ser objeto de malversación los bienes objetos de administración, depósito o custodia convencionalmente constituidos, con un origen contractual[96].

Se exige por tanto que la designación haya sido efectuada conforme a las formalidades establecidas por ley.

En este aspecto la jurisprudencia resulta coincidente: "El depósito, siendo a la orden judicial (decreto judicial), está regido por normas procesales y subsidiariamente por las del Código Civil (art. 2185, 1ª párrafo e inc. 2º, Cód. Civ.). Sin embargo, ante la ausencia de normas procesales civiles (véase CPC de Córdoba, arts. 1061 a 1083, y por reenvío 823 a 853) la constitución del depósito judicial de bienes debe hacerse conforme a las normas del Código Civil, y en tal virtud debe constituirse por decreto judicial (art. 2186, Cód. Civ.), imposición de las obligaciones asumidas (art. 2182, Cód. Civ.) y la tradición de la cosa objeto del depósito (art. 2190, Cód. Civ.). Los efectos de tal acto se rigen por las mismas disposiciones legales (art. 2182 y nota), en cuanto marca el fin esencial del depósito y cometido específico del agente: guarda de la cosa (arts. 2192 y 2216), de cuyos dispositivos emerge la exigencia de que se tenga la cosa en el lugar del depósito (art. 2202, Cód. Civ.), que lo obliga a poner en tal guarda las mismas diligencias que en la suya propia (art. 2210, Cód. Civ.), que obliga a restituir la cosa depositada, etcétera. Por tanto, y atendiendo a que el depósito judicial es por naturaleza regular, aunque se trate de cosas o mercancías consumibles, deteriorables o sustituibles por otra o por su precio, la conclusión incriminadora se impone"[97].

Y también que: "La constitución del depósito es presupuesto esen*cial de la sustracción de caudales por el depositario. Habiéndose trabado* embargo con la presencia y conformidad del acusado, que se constituyó en depositario judicial, y no requiriéndose levantamiento ni sustitución del embargo ni alegado nulidad ante el juez de la causa, no puede luego reputarse nula dicha medida precautoria ante la jurisdicción penal cuando ésta debe pronunciarse sobre el hecho de una positiva y admitida malversación de caudales embargados. Además, las deficiencias

[96] Entre otros, NÚÑEZ, *Tratado*... cit., t. V, vol. II, p. 120.

[97] Cám. Acus., "Berri, José Antonio Oscar", Secretaría Nº 2, A. I. 78.

procesales no relevan a los sujetos que aceptan realizar mandamientos legales, de responsabilidad por hechos y omisiones calificados de delitos. En este aspecto, a los fines del artículo 263 del Código Penal, son de aplicación las disposiciones de los artículos 2182, 2185, inciso 2°, 2186, 2190 y 2200 del Código Civil, todas ellas aplicables para la constitución del depósito judicial de bienes"[98].

Finalmente: "Debe responder en los términos del artículo 263, en función del artículo 261 del Código Penal, quien sustrajo un bien del que era depositario por disposición de un tribunal judicial, a cuya orden se encontraba secuestrado"[99].

Y más recientemente: "No es autor del delito de depositario infiel (art. 263, Cód. Pen.) quien no haya recibido la designación de autoridad competente y con las formalidades de ley. De la misma manera que la sola voluntad del depositario designado con las formalidades de ley resulta irrelevante a los fines de liberarse de responsabilidad, lo es también a los fines de asumirla"[100].

2. *Tipo subjetivo*

Tratándose de los supuestos de los artículos 260 y 261, con la consideración efectuada ya a lo largo de esta obra, resulta claro que se trata de una figura dolosa; el sujeto debe contar con el conocimiento de que reúne la condición de administrador, custodio o depositario de los bienes, por lo que la ausencia de este conocimiento acarrea un error de tipo[101], y con ello, las consecuencias que tiene tal error[102].

Según el Tribunal Supremo de España, es posible el dolo directo de segundo grado, "aunque la finalidad última de la venta no fuera el ánimo de lucro, sino el desprenderse de un objeto que le estaba

[98] Cám. Acus., "Pronello, Heriberto Antonio y otros", Secretaría N° 2, A. I. 164.

[99] Cám. Acus., 26-10-76, "Díaz, Juan Ramón", Secretaría N° 2, A. I. 181.

[100] Cám. Acus., 9-8-91, "Dómina, Antonio Alberto", Secretaría N° 2, A. I. 140.

[101] Respecto del concepto de error de tipo la doctrina es abundante sobre la materia; se siguen los lineamientos ya expuestos en DONNA, *Teoría del delito...* cit., t. 2, *Imputación delictiva*, ps. 114 y ss.

[102] Es que si concluyéramos que se trata de un error vencible, la conducta típica podría ser atrapada por la figura prevista por el art. 262.

ocasionando molestias, e incluso perjuicios económicos"[103]. En este sentido la autora dice que, aunque la intención del autor no fuera la de violar la afectación del vehículo al proceso, dicha intención no es esencial al dolo, que puede fundamentarse en una voluntad directa o eventual. Y afirma: "La intención del imputado de vender el coche para el desguace era librarse de las molestias y el perjuicio económico que el abandono del auto en la vía pública le estaba ocasionando, pero al hacerlo incumple las obligaciones que le correspondían como depositario del bien embargado, infringiendo el tipo legal, lo que se presenta como consecuencia cierta y necesaria de su acción indisolublemente unida a su intención directa, y, por ello, también querida"[104].

## IV. Atribuibilidad

La responsabilidad por el hecho se encontraría excluida en el caso de inexigibilidad de otra conducta. Podría tratarse de supuestos en los cuales el autor obró víctima de coacción, o ante un caso de colisión de deberes que, como la vida, la integridad corporal o la libertad, autoricen el salvataje en una función de socorro, aun sin darse el supuesto de estado de necesidad que excluya la antijuridicidad del hecho.

Las hipótesis en que el administrador, custodio o depositario podría incurrir en error de prohibición directo o indirecto resultan fácilmente imaginables. Abarcarían desde los supuestos de error o ignorancia en cuanto al alcance de las obligaciones que el cargo le imponía o incluso que fue designado como tal, hasta el yerro en cuanto a la existencia de una causa de justificación que lo pódía llevar a disponer del bien (estado de necesidad, como ya fuera visto, o podría tratarse también de un caso de presunto legítimo ejercicio de un derecho). Todas estas situaciones podrían estar enmarcadas en un consejo profesional (dispone o se apropia porque su letrado de confianza le afirma que tiene derecho a realizarlo), que tendrá distinta relevancia en orden al carácter de invencible, vencible o irrelevante que contenga, cobrando particular importancia la consideración de que se encuentra tipificada la figura culposa (art. 262).

[103] TS, sala 2ª, 22-9-89, citado por Teresa Rodríguez Montañez, en L. L. 2-1990, p. 1074.

[104] RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, ob. cit., p. 1075.

## V. Consumación y tentativa

Valen aquí idénticas consideraciones a las efectuadas al analizarse la figura del peculado del artículo 261. Dependerá del alcance de los elementos del tipo objetivo. Si se afirma que la figura exige la apropiación, pues tiene un contenido de carácter patrimonial, resulta claro que la consumación mediará cuando exista *animus rem sibi habendi*.

En cambio si es suficiente con la distracción, bastará con quitar los efectos o bienes de la esfera de custodia de la autoridad que lo hubiere designado.

En ambos supuestos sería admisible la tentativa.

En el caso del artículo 262 resulta clara, conforme lo ya expuesto, la necesidad de la consumación y que haya existido nexo de causalidad entre la infracción al deber de cuidado y el resultado. No se admite en este último supuesto la tentativa.

Atendiendo al origen legislativo de la figura, resulta de utilidad la consideración del siguiente precedente: "El delito de malversación impropia se consuma simplemente con la desobediencia que implica el quebrantamiento del depósito y la disposición del objeto embargado, aunque no conste expresamente la lesión patrimonial, ni el lucro económico del disponente, que en el caso de autos indiscutiblemente existe a costa del acreedor embargante, puesto que no se trata de un delito contra la propiedad, sino que su verdadera naturaleza está constituida por la violación de un deber jurídico de custodia de determinados caudales considerados públicos y atribuidos a determinados sujetos, de lo que resulta claro que para consumar el delito mencionado basta con realizar actos de ilícita disposición de los bienes que debían conservarse, como aparece probado, verificó el recurrente al vender el vehículo embargado sin dar cuenta del precio recibido por él mismo, que se había quedado"[105].

Y en nuestro país en forma reciente en cuanto a este aspecto se ha sostenido: "El peculado por equiparación queda consumado al desaparecer la garantía del acreedor, no siendo suficiente la sola resistencia a la presentación de los bienes para configurar el delito, buscando la ley a través de esta figura penal protegerá la integridad del crédito.

[105] Sentencia del TSE del 8-4-81.

No existiendo pruebas de que los bienes embargados hayan salido de la esfera de custodia del depositario judicial, y por ende que haya desaparecido la garantía del acreedor, no queda acreditado el delito de peculado por equiparación"[106].

## VI. Autoría

Autores de este delito pueden ser entonces el administrador, o quien tenga la guarda o custodia de los bienes de establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, y el administrador o depositario así designado por autoridad competente de bienes embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública nacional, provincial o municipal. Precisando el concepto de autor y las características especiales que asume la autoría en esta figura, la jurisprudencia ha sostenido: "En el delito de depositario infiel, el sujeto de la acción adquiere importancia. En efecto, no todos los delitos pueden ser cometidos por cualquiera que tenga capacidad de acción, como ocurre, por ejemplo, con el hurto. Contrariamente, hay ciertos delitos que solamente pueden cometerlos un número reducido de personas, aquellas que tengan las características especiales del autor requeridas por el tipo penal. Tal el caso del delito que nos ocupa, que sólo puede ser cometido por quienes han sido investidos depositarios por designación de autoridad competente, realizada según las formalidades legales. En los delitos –especiales propios– la característica especial del autor es el fundamento de la punibilidad. Consecuentemente, la acción sólo es delito si la realiza el sujeto específico. Y es importante el sector de la doctrina que considera que los elementos especiales de la autoría pertenecen al tipo, por lo que las circunstancias del caso eliminan el mismo. La circunstancia de que tiene que tratarse de un acto de autoridad deja al margen del artículo 263 del Código Penal todos aquellos supuestos en que la custodia ha sido convencionalmente constituida. No es autor del delito de depositario infiel quien no haya recibido la designación de autoridad que actúa dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley. Sólo pueden ser investidos en la calidad de depositarios de bienes embargados los que fueren designados por au-

[106] CCCCorr. de Pergamino, 29-3-96, "Dávila, María", L. L. B. A. 1995-530.

toridad competente, y según las formalidades legales. Los caudales deben haber sido embargados por autoridad competente, obviamente por actos previos a la consumación, en cuanto son los que dan a los bienes las características que los convierten en objetos típicos. El embargo tiene que ser realizado por autoridad competente de acuerdo a las formas exigidas por las leyes y dentro de las atribuciones del funcionario; no se dará, pues, tal característica típica cuando el acto fue realizado por autoridad incompetente. La nulidad de las actas de constatación realizadas por juez sin competencia territorial acarrea –extensivamente– la nulidad de las actuaciones dirigidas a la persecución del presunto autor y todo el proceso posterior, inclusive la sentencia recaída que meritó actos procesales ineficaces. Habiéndose ordenado la apertura de la instrucción, acto que subsiste, corresponde sobreseer al imputado en orden a lo dispuesto por el artículo 356, inciso 1°, apartado b, del CPP de Santa Fe"[107].

Es que en definitiva, en el sentido de la equiparación de los caudales embargados, secuestrados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, el Estado pretende proteger a los propietarios o titulares de algún derecho respecto de estos bienes que han entrado en la órbita de especial protección legal por motivos jurídicos. Está claramente presente la idea de servicio público extendida a la esfera judicial[108].

Además, la jurisprudencia ha sostenido: "La especial calidad que puede tener el autor del delito previsto por el artículo 263 lo que no deja de plantear muy serias dudas en orden a su punibilidad [...] sabemos que el particular no puede ser sometido a ciertas quitas de bienes jurídicos que impone la pena de inhabilitación y que son propias de los funcionarios. Consecuentemente, el depositario judicial no participa de manera permanente o accidental del ejercicio de la autoridad pública con el alcance del artículo 77 del Código Penal. Rafael Bielsa determina el concepto de funcionario público, el que en virtud de designación especial o legal, y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de com-

[107] CPen. de Venado Tuerto, 12-4-96, "C., J. C. s/Depositario infiel".
[108] Así lo sostiene BIELSA, ob. cit., p. 22.

petencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social. Por ello, los jueces pueden nombrar depositarios en causas civiles con el mismo imperio con que pueden nombrar tutores o curadores en los casos en que la ley así lo dispone o autoriza, pero ello no significa atribuir una función pública en el sentido del ordenamiento general de los cuadros administrativos o judiciales del Estado. La designación en interés privado no convierte en funcionario público al que es así designado. No están sometidos al poder jerárquico sino al disciplinario del juez, poder éste similar al que se ejerce respecto de los abogados. Además tampoco se puede reputar depositario en ese momento al funcionario, porque no realiza accidentalmente la función pública de representar al Estado e investir autoridad pública como en el caso del aprehensor particular a un delincuente in fraganti (Bielsa, Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, Nd. Sd., 1958, t. III, ps. 3 a 6). La aplicación de dicha agravante prácticamente importa una degradación cívica equiparable a una muerte civil, conforme las imposiciones del artículo 16 del Código de fondo. El cargo de depositario judicial sigue el estilo de lo dispuesto por el artículo 103, 2° párrafo, y el artículo 2185, inciso 2°, del Código Civil, de allí que teniendo en cuenta las dudas de interpretación seria, conforme a los autores citados con relación a la equiparación de los bienes privados con los públicos y del depositario con el de funcionario público, por cuanto en ambos casos no es una realidad, lleva a una situación dubitativa grave que hace que la inhabilitación absoluta perpetua del artículo 261 del Código Penal ha de ser contemplada con un alcance restringido con relación al artículo 263 del citado cuerpo legal, que hace que conforme manifestara el señor fiscal para el caso que nos ocupa, debe aplicarse el criterio más beneficioso para el procesado conforme lo dispuesto por el artículo 3° del Código de rito, que llevará al tribunal a la no aplicación de la inhabilitación absoluta perpetua requerida por el señor fiscal de juicio"[109].

[109] TOCr. N° 13, 12-6-96, "Zadicoff, Víctor s/Malversación de caudales públicos", causa 207.

## DEMORA INJUSTIFICADA DE PAGO

Artículo 264: "Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorase injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente..."

### I. Antecedentes históricos

Como ocurre con otras figuras de este capítulo, el origen de la incriminación se remonta al Proyecto Tejedor –artículo 416– y se mantiene inalterable hasta que fue consagrado por el Código de 1921.

El proyecto dice: "El empleado público que teniendo fondos expeditos demorase un pago ordinario o decretado por autoridad competente, sufrirá suspensión de tres a seis meses y multa de dos a diez por ciento, sobre la cantidad no satisfecha, a beneficio de la parte damnificada". Los antecedentes citados en el proyecto son los Códigos de Perú, España y Brasil.

Como advierte la doctrina nacional, el tipo penal encuentra su génesis en su similar de España (art. 398 del derogado Cód. Pen.). Comentando el mismo se había sostenido que se trata de un delito de omisión propia, que no tiene relevancia como para ser un delito, y debería ser sólo una infracción administrativa. En ambos supuestos (demorar injustificadamente el pago y rehusarse a entregar) resultan hechos autónomos en relación a los otros delitos[110].

### II. Bien jurídico

Soler[111] sostiene que se trata de una conducta omisiva, una desobediencia, que se califica por la condición del sujeto activo con relación al tipo básico del artículo 239 del Código Penal, y como tal debería estar ubicada en ese capítulo.

[110] Juan Bustos Ramírez (ob. cit., p. 379), a través de esta consideración, parece acercarse a la opinión expuesta en el texto en cuanto a la naturaleza diversa de la figura en relación a las restantes de este capítulo.

[111] SOLER, ob. cit., p. 244.

Para Creus la punibilidad se justifica porque se perturba el normal desenvolvimiento de la esfera patrimonial del Estado, puesto que si bien no se cambia el destino de los bienes, se impide que los fondos cumplan el que tiene signado administrativamente. Por eso Núñez ha sostenido que el bien jurídico protegido participa de la esencia de la malversación[112].

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

La acción típica consiste en demorar injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente.

Demorar es no hacer algo en término, en este caso no cumplir con el pago en término, sin razón que lo justifique. Explica Creus que demora el pago quien no lo realiza en el tiempo debido de acuerdo con la ley, el reglamento o la costumbre administrativa. La demora puede consistir en no efectuar el pago en el tiempo debido cuando es el mismo funcionario el que debe hacerlo, o en dar, en ese tiempo, la orden de pagar cuando el pago debe efectuarlo otro funcionario o un tercero, previa orden del autor[113].

Como atinadamente lo señala Núñez, la acción no consiste pura y simplemente en no pagar, sino en no pagar cuando, no obstante poder (porque se poseen los fondos), se debe pagar (porque es el tiempo oportuno)[114].

La doctrina distingue entre pago ordinario y pago decretado por autoridades competentes. Por pago ordinario se entiende aquellos que la administración efectúa periódicamente, de acuerdo con un presupuesto, y que no tiene que ser motivo de una decisión especial. Los pagos decretados son los que surgen de una resolución especial de la autoridad, como son los pagos de facturas, o la orden de pago dispuesta en un juicio, etcétera. La clave del tipo penal en cuestión es que los

[112] NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 124; CREUS, ob. cit., p. 359.
[113] CREUS, ob. cit., p. 360, y notas 196 y 197.
[114] LAJE ANAYA, *Comentarios*... cit., vol. III, p. 128, citando a NÚÑEZ, ob. cit.

fondos sean expeditos. Al respecto la doctrina ha dicho que son aquellos destinados al pago del objeto de que se trate, que sean suficientes para afrontarlos y que existan en el tiempo en que el pago se debe satisfacer[115].

La consideración del elemento normativo injustificadamente –sin justificación– nos introduce en la discusión en cuanto al conocimiento que es exigido en cuanto a estos vocablos. Así ya se había advertido[116] que se requiere que el autor "conozca la significación que ellos tienen en el tipo objetivo"[117]. Aceptamos entonces la postulación que al respecto había formulado Mezger en cuanto a que el conocimiento exigido consiste en "la valoración paralela del autor en la esfera del lego".

Por ende si los fondos no están a disposición del funcionario, la conducta deviene atípica. También es claro que si no hay arbitrariedad en la actitud del funcionario la conducta puede estar justificada, en virtud del artículo 34, inciso 3°, del Código Penal.

2. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso, en el cual el sujeto deberá conocer que tiene los fondos para pagar, que puede hacerlo, y se niega a ello.

No resulta admisible la forma culposa, la que resulta ajena en principio a la estructura de los delitos de omisión propia[118].

La voluntad debe comprender al objeto de conocimiento, no requiriendo la presencia de un ánimo especial, o elementos subjetivos distintos del dolo.

## IV. Antijuridicidad

Se podría en teoría suponer algún ejemplo en el cual el funcionario público no cumpliera con el mandato (pagar o entregar) para atender el salvataje de un interés jurídico que tutele un bien de mayor valor.

[115] CREUS, ob. cit., p. 360; SOLER, ob. cit., t. V, par. 143-10.

[116] DONNA, ob. cit., p. 97.

[117] Se citan como ejemplo justamente los elementos normativos presentes en los delitos contra la administración pública.

[118] Como ya se sostuviera en DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. 1, p. 297.

## V. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la omisión del funcionario de pagar en el debido tiempo, no debiendo exigirse ningún tipo de interpelación por parte de la persona a quien se le debe el dinero, o de la autoridad que ha dispuesto el pago. Bien ha dicho Creus que el pago ordinario en tiempo debido es el fijado por la ley, el reglamento o la costumbre administrativa, en cambio en el decretado es el que determina la orden o el que está determinado por la ley, reglamento o costumbre administrativa[119]. El delito no admite tentativa.

## VI. Autoría

Autor sólo puede ser el funcionario público que tiene a su cargo el pago, y que puede disponer del dinero. Las demás personas que intervengan en el hecho serán castigadas a título de partícipes. Se trata entonces de un delito doblemente especializado. Primero por ser funcionario público, y segundo por tener una relación especial con los bienes: esto es, tener posibilidad de pago, y tener fondos expeditos.

### NEGATIVA A ENTREGAR BIENES

Artículo 264, segunda parte: "En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente rehusare a entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración".

## I. Antecedentes históricos

El párrafo, como bien lo sostiene Núñez, proviene del artículo 311, § 2 del proyecto de 1891, que lo había tomado del artículo 271 del Código de 1886. El proyecto del 91 menciona como concordante los artículos 410 del Código español de 1870, y 237 del Código chileno de 1874[119-1].

[119] CREUS, ob. cit., p. 361.
[119-1] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 126.

## II. Bien jurídico

Se trata, como ha dicho Soler, de una desobediencia, y con más precisión, de una desobediencia específica, ya que se trata de una orden dirigida a un funcionario que ejerce funciones determinadas respecto del objeto del delito. Sin embargo, la desobediencia no le quita el carácter de malversación, ya que se entorpece el normal ejercicio de la administración pública[120].

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

La acción consiste en rehusarse a entregar una cantidad o efecto puesto bajo la custodia o administración del autor, previo requerimiento de autoridad competente.

Rehúsa el que se niega explícita o implícitamente a la entrega, una vez que ésta le ha sido ordenada. El hecho no consiste pura y simplemente en no entregar los objetos en cuestión; hay un no querer, un desobedecer el requerimiento efectuado por la autoridad competente para ello.

Ya se ha tratado en otra obra la característica que reúnen los tipos omisivos propios[121]. La norma que subyace bajo este tipo penal no constituye una prohibición (norma prohibitiva) sino un mandato. Se le ordena al funcionario la entrega de los efectos depositados bajo su custodia o administración por el requerimiento de la autoridad competente.

Para que se dé el tipo penal es necesario el requerimiento de una autoridad a efectos de que el objeto sea entregado a quien requiere, a otro funcionario o a un tercero extraño a la administración pública. Esto implica que quien requiere debe ser competente para hacerlo, y que debe tratarse de una entrega, cualquier otra acción queda fuera del tipo penal en cuestión.

[120] SOLER, ob. cit., t. V, par. 143-10; NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 126; CREUS, ob. cit., p. 364.

[121] DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. 1, ps. 289 y ss.

*Cantidad o efecto*

La ley habla de cantidad o efecto. Por lo tanto se trata, en el primer caso, de bienes que son determinados por cantidad. En palabras de Creus, no a los determinables por unidad. Afirma el autor: "Los objetos son cantidad o efecto. En cuanto a este segundo, la doctrina remite al que se le asigna a dicha voz en los artículos anteriores y que hemos explicitado al hablar del artículo 260. Pero en lo que atañe al primero la ley no se refiere a caudales, sino a cantidad, con lo cual no cualquier especie de bien queda comprendida, sino aquella en que los bienes son determinables por cantidad, no a los determinables por unidad, aunque la suma de los mismos constituya una universalidad; negarse a entregar una cantidad de dinero o una cantidad de cereal –que sólo se conciben valorados en medidas– constituirá este delito, pero no la negativa a entregar un bien determinado (como un automóvil) o un conjunto de bienes determinados (como un hato de animales). Se nos ocurre, sin embargo, que parece exagerado reducir la expresión «cantidad» al significado de «cantidad de dinero»"[121-1].

2. *Tipo subjetivo*

El autor debe conocer la situación de los bienes, el requerimiento que se le formula, la obligación de entregar, y negarse a hacerlo. Todo esto lleva a que se acepte el dolo directo. Por lo tanto se puede dar el error de tipo en el caso del desconocimiento concreto de alguno de los elementos de tipo objetivo.

## IV. Antijuridicidad

Es posible que la acción de no entregar se encuentre justificada.

## V. Atribuibilidad

En cuanto a la culpabilidad *stricto sensu*, es posible el error de prohibición, tanto si el sujeto cree que no está obligado a entregar, como otra circunstancia que haga a la norma en sí.

[121-1] CREUS, ob. cit., p. 365.

## VI. Consumación y tentativa

El delito se consuma ante la omisión de restituir previo requerimiento, y no admite por su propia estructura la tentativa. La sustracción previa, por parte del funcionario, de los bienes, traslada al tipo penal del peculado. La jurisprudencia ha sostenido: "El tipo del artículo 264 no castiga al autor de peculado que, requerido, rehúse entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración; una cosa es la simple resistencia y otra la resistencia simulada para ocultar la apropiación o disposición. Si el funcionario ya sustrajo, su delito quedó perfecto, sin que pueda entenderse por la presencia de esta disposición que si en todo caso entrega lo que se apropió, no se exige la pena de prisión y sólo, por esa actitud, la ley lo premia con la de inhabilitación. Se trata de dos infracciones distintas que sólo guardan entre sí nada más que el parentesco común de ser modos que integran un mismo título, aunque ésta, la que tratamos, guarde también relación con una forma de «resistencia»"[122].

Maurach[123], refiriéndose a estos delitos como el que nos ocupa conceptualizados como de omisión propia, sostiene que no se trata de delitos de resultado sino que es necesaria una actividad actuante. Es que el legislador al contemplar el emprendimiento del hecho lo circunscribe a su consumación. Esto sin perjuicio de considerarse que en los delitos de mera actividad o de peligro abstracto la tentativa resultará posible, más allá de las dificultades que se presenten, depende de si la acción es escindible y reclama un cierto espacio de tiempo[124].

[122] CFed. de La Plata, J. A. 1945-III-275, fallo 4605, citado por Laje Anaya.
[123] MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., ps. 42 y ss.
[124] DONNA, *La tentativa* cit., p. 57.

# CAPÍTULO VIII

# NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

SUMARIO: I. Antecedentes legislativos. II. Bien jurídico protegido. III. Tipicidad básica de las negociaciones incompatibles (art. 265, primera parte). 1. Tipo objetivo. a) Carácter del interés privado. b) Objeto del comportamiento. 2. Tipo subjetivo. IV. Atribuibilidad. V. Autoría y participación. VI. Consumación y tentativa. VII. Penalidad. VIII. Competencia. *Negociaciones incompatibles por equiparación del sujeto activo (art. 265, segunda parte).* I. Bien jurídico protegido. II. Tipicidad. Tipo objetivo. III. Sujetos activos. Árbitros y amigables componedores. IV. Remisión.

Artículo 265: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis a años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

"Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales".

## I. Antecedentes legislativos

El Proyecto Tejedor en el artículo 418 castigaba al empleado público que en los contratos en que interviniera por razón de su cargo o por comisión especial defraudare al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. El ar-

tículo 419 castigaba, al empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo. Y en la segunda parte extendía la disposición a los peritos, árbitros, contadores particulares, guardadores y albaceas. En la nota al artículo 419 citaba a Pacheco, quien decía: "Es un gravísimo delito, el de concertarse un empleado con un contratista para defraudar a la hacienda pública, delito y grave es convertirse en contratista del empleado de modo que trate en rigor consigo mismo. Aquí la ley teme y presume el fraude, y le teme y le presume con razón, porque no es de creer que ninguno descuide sus intereses, ni que haciendo contratos para ganar, deje de ganar todo lo posible, cuando es él mismo quien ha de fijar los límites de su ganancia. Nada hay pues más justo que la idea de este artículo; nada más claro que la disposición de la primera parte. El empleado que ha de intervenir en un contrato, de cualquier modo que esta intervención sea, no ha de llevar ningún interés directo ni indirecto. Entre las clases posibles de interés directo, es el de los parientes próximos, no digamos ya de la mujer que vive con su marido, o del hijo no emancipado; más aún el de éste que lo está y tiene un peculio; aun el de los hermanos; aun el de aquella que se maneja por sí sola; la razón y la conciencia general exigen esta exigencia como indispensable (Pacheco, t. 2, p. 518)"[1].

El proyecto de 1881 trataba el tema en el artículo 166, y el Código de 1886 en el artículo 273.

El proyecto de 1891 separó las materias de fraude y la negociación simple. En la Exposición de Motivos del proyecto de 1891 se decía: "El artículo 8° de este Título reprime a los funcionarios que se interesan en las negociaciones incompatibles con las funciones públicas. El Código actual ha dedicado a este material dos artículos: el 272 y el 273; pero ha dado al delito el nombre de fraude, sea que consista en un concierto fraudulento con los acreedores o deudores del Estado, sea que consista en interesarse en contratos u operaciones con el Estado, sin defraudar [...] El segundo funda el artículo 312 del proyecto, único del Capítulo que explicamos y casi idéntico 263 del Código, cuyos términos apenas han sido empleados para aclararlos".

[1] ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 590, nota al art. 419.

El sistema seguido por el proyecto de 1906 y 1917 engruesa el primero de los artículos como una defraudación en perjuicio de la administración pública, quedando las negociaciones incompatibles contempladas en el artículo 275, redacción que fue definitiva al plasmarse en el Código Penal de 1921.

Por su parte, la ley 16.648 (art. 12) incrementó la pena conjunta establecida en la redacción primigenia del artículo 265 (prisión e inhabilitación) a la actualmente prevista, e introdujo la pena de reclusión.

La ley 25.188 modificó nuevamente el artículo agregando el párrafo que se refiere al funcionario que se interese en miras de un beneficio propio o de un tercero, y modificando la segunda parte del artículo, en la enumeración de los posibles sujetos, tal como se verá más adelante. Establece una pena de prisión o reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua.

## II. Bien jurídico protegido

El correcto desarrollo de la actividad pública no sólo requiere que terceros ajenos a ella interfieran en forma negativa en su funcionamiento, sino que también exige, principalmente, que aquellas personas que están a cargo de la función pública actúen en forma prístina e imparcial en la elaboración, conclusión y ejecución de los contratos y demás operaciones en que les corresponda intervenir y que demanda el propio ejercicio de la función pública.

Explica Maggiore, al comentar el derogado artículo 324 del Código Penal italiano, que el interés penalmente tutelado es "el interés del Estado en impedir que los funcionarios públicos, movidos por la codicia, y transformados en vulgares especuladores, hagan servir los actos de la administración pública para su provecho personal o para fines privados cualesquiera que sean"[2].

La actual redacción del delito de abuso de oficio *(abuso di ufficio)* –que se asemeja a grandes rasgos a la figura legal en comentario–

[2] *Derecho Penal. Delitos en particular*, 2ª ed., reimp., Temis, Bogotá, 1989, t. III, p. 214.

está prevista en el artículo 323 del Código Penal italiano[3]. La redacción definitiva de este artículo fue el resultado de una sucesiva marcha y contramarcha legislativa, ya que la reforma operada en 1990 (ley 86) había derogado la versión original de este delito acunado en el Código Penal de 1930. La reforma del artículo 323 (1930) obedeció a la crítica formulada por la doctrina de su inconstitucionalidad, pese a que la Corte Constitucional, en la sentencia del 4 de febrero de 1965, había confirmado su legitimidad constitucional[4].

Se puede afirmar que la norma en comentario tutela la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la administración pública[5].

El alcance del concepto de administración pública abarca no sólo el gobierno central o federal, sino también el provincial municipal en cualquiera de sus tres ramas (Legislativo, Judicial y Ejecutivo)[6].

En este sentido, el autor italiano Pagliaro diferencia tres aspectos esenciales del presente bien jurídico tutelado:

a) El interés a la probidad y a la corrección del funcionario público;

[3] El actual art. 323 fue incorporado en la reforma del 16-7-97 (ley 234) y se redacta de la siguiente forma: "Salvo que el hecho no constituya un delito más grave, el funcionario público o el encargado de un servicio público que, en el desenvolvimiento de sus funciones o servicios, en violación de normas de ley o de reglamento, hubiera omitido de abstenerse en presencia de un interés propio o de un conflicto próximo o en cualquier otro caso prescripto, intencionalmente procura para sí o para otro una injusta ventaja patrimonial o provoca un daño injusto a otro, es reprimido con la reclusión de seis meses a tres años. La pena se incrementa en el caso que la ventaja o el daño tenga un carácter de relevante gravedad".

[4] BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323, C. P.*, en *Riv. it.*; 1966, p. 985, cit. por PAGLIARO, *Principi de Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 1998, p. 230. La objeción de los autores se centraba en la excesiva indeterminación de la expresión "abuso de oficio" que utilizaba el derogado art. 323 en su versión de 1930.

[5] CREUS, *Delitos...* cit. *Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal*, § 683, p. 369; en forma idéntica, MILLÁN, ob. cit., p. 28.

[6] MILLÁN, ob. cit., p. 28.

b) el interés del buen funcionamiento de la administración pública, y

c) el interés a la imparcialidad de esta última[7].

La figura penal establece un deber especial en cabeza del sujeto activo –funcionario público–, cuya sola infracción hace merecedor a éste del reproche penal.

En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que: "El ilícito nombrado conmina punitivamente al funcionario que asume un interés de parte, en el contrato, negociación u operación en el cual intervenga en razón de su cargo, yuxtapuesto al interés administrativo. Ese interés de parte indebido (pues afecta tanto a la administración pública como a terceros) puede darse en miras al provecho de la agente desleal, o bien apuntar al beneficio de un tercero; la negociación, contrato u operación involucrados eventualmente deben pertenecer a la competencia funcional del autor, de modo que el comitente integre los niveles decisorios o de fijación de legalidad, respecto de la actividad administrativa de que se trate"[8].

Si bien los autores previstos en el segundo párrafo del presente artículo no desempeñan función pública alguna, es decir, no revisten el carácter de funcionarios públicos y, por ende, la administración pública no estaría perjudicada por su ilícito accionar, lo cierto es que la ley consideró que ciertos "oficios" de naturaleza pública en relación a terceros merecían idéntica tutela punitiva, máxime cuando, como afirma Creus, "la función que cumplen está de algún modo garantizada por las seguridades con que el Estado rodea la suya propia, ya porque las operaciones se originan en una gestión judicial previa, ya porque la designación de aquellas personas procede de una imposición de la ley"[9].

Esta previsión legal guarda relación con la regulación de esta especie de delitos en otros ordenamientos jurídicos, verbigracia, los artículos 432-12 y 432-13 del Código Penal francés que reprime el delito de toma ilegal de intereses *(prise illégale d'intérêts)*, aunque

[7] PAGLIARO, *Principi...* cit., p. 230.

[8] CCCorr.Fed., sala I, "Zaffaroni, Ricardo", B. J. 1985-2-329.

[9] Ob. cit., § 708, p. 384.

la ley francesa opte en este caso por una extensa casuística no prevista por nuestra ley.

Nótese que el comportamiento aquí reglado se erige como un delito de peligro concreto, donde no se exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la administración pública, en el primer supuesto, o al titular de los bienes, en el restante caso, sino que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal en comentario.

La norma castiga la confluencia de ambos intereses, es decir, del propio del agente y de la administración, mas la infracción penal resultaría completa con la presencia del interés particular en el funcionario que demuestre la ausencia de imparcialidad en el manejo de la cuestión pública, sin exigirse la concurrencia del perjuicio potencial o real[10].

En relación a ello la jurisprudencia expresó que: "El objeto genéricamente tutelado por el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad"[11].

"El objeto tutelado en la figura del artículo 265 del Código Penal es el interés del Estado en el fiel y debido cumplimiento de las funciones de la administración en sentido amplio: de modo tal que la conducta de sus funcionarios no sólo esté claramente orientada en un sentido imparcial sino que se encuentre fuera de cualquier sospecha de parcialidad"[12].

Incluso, alguna jurisprudencia afirmó que la prohibición prevista por el artículo 265 era de carácter moral. "La norma del artículo 265

[10] MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 215; CCCorr.Fed., sala I, "Martínez de Hoz, J. A.", B. J. 1990-41.

[11] CFed. de Córdoba, Sala Crim., 11-5-81, "Rodríguez, Roberto A.", J. A. 1981-IV-332.

[12] CPen. de Rosario, sala III, 24-3-81, "Daverde, Alfredo"; CCCorr.Fed., sala II, "Di Fonzo, Amadeo", B. J. 1989-305.

se trata de una prohibición de carácter moral, relativa a la ética administrativa que va implícita en el deber y ejercicio de la función como una condición inherente a éstos, que debe suponerse ineludiblemente conocida por el sujeto desde que comienza su desempeño público"[13].

En síntesis, como ya hemos visto en la nota de Pacheco que traía el Proyecto Tejedor, tienen razón Molinario y Aguirre Obarrio, cuando expresan que el doble papel del funcionario público es el que lesiona el bien jurídico de la administración pública, ya que lo que se protege es la insospechabilidad del funcionario que actúa, o, como dice Creus, la imparcialidad, y esto aun en el caso en que las cláusulas de los contratos sean adecuadas a los precios del mercado[14].

Hay que dejar en claro que el tipo penal no es compatible ni con el cohecho ni con la defraudación pública o el enriquecimiento ilícito de funcionario[15].

## III. Tipicidad básica de las negociaciones incompatibles (art. 265, primera parte)

### 1. *Tipo objetivo*

La conducta rectora es la de *interesarse* en miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Ello significa que el interés que demuestra el agente en la contratación u operación debe ser particular, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario público debe dar preeminencia en función del cargo que ocupa[16]. De allí que se debe recordar que la norma en cuestión reprime la existencia de parcialidad en el sujeto activo, el cual puede, o no, confluir con el interés público.

[13] ST de Entre Ríos, Sala Crim., 16-11-78, "B., A. H.", *Zeus* 19-89.

[14] CREUS, ob. cit., p. 369, y MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 370.

[15] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 371.

[16] Véase en este sentido, CREUS, ob. cit., § 687-A, p. 371; SANCINETTI, *Negociaciones incompatibles de funciones públicas*, en *Revista Doctrina Penal*, Año 9, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 75.

La doctrina denominó a la confluencia de intereses disímiles en el agente como el "desdoblamiento del agente", ya que éste interviene, por un lado, por su calidad y función en un contrato u operación como representante del Estado, y por el otro como particular interesado[17].

El contenido de la acción de interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa[18].

Los autores se muestran de acuerdo al afirmar que la parcialidad del agente abarca el interés propio o personal que puede tener éste en el resultado de la negociación, así como si el interés es de un tercero en relación al funcionario público, ya que precisamente el fundamento de la norma penal en comentario es evitar la parcialidad del agente sin atender a la causa que lo impulsa[19].

Así, es requisito que el funcionario público intervenga en la negociación (vgr. licitación, concesión, etc.) en favor de un interés propio o ajeno, es decir, que asuma un *interés de parte* en el resultado del negocio cuya intervención en forma necesaria le compete para que se configure la figura penal de negociaciones incompatibles[20], aunque no cause perjuicio, ya que no es un delito de daño.

La sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal sostuvo en la causa "Sofovich, G." que: "el funcionario público debe haberse interesado en un contrato o relación, introduciéndose en la voluntad negociadora de la administración pública, orientando la misma para producir un beneficio tenido en cuenta por el funcionario y que no se habría producido si las negociaciones contractuales entre las partes no se hubieran visto afectadas por la mentada injerencia. Esta actividad excede el hecho de ser doble parte en un contrato en un plano de igualdad con otros sujetos que potencialmente pudieron ser competidores"[21].

[17] CREUS, ob. cit., § 687, p. 370; MOLINARIO, ob. cit., t. III, § 208, p. 369. En igual sentido, ST de Entre Ríos, Sala Crim., 16-11-78, "Brumatti, Armando H.", *Zeus* 19-89, L. L. 1979-511, J. A. 1979-III-441; CCCorr.Fed., sala I, "Martínez de Hoz, J. A."; ídem, sala II, "Sofovich, G.", B. J. 1993-409.

[18] CREUS, ob. cit., § 687-A, p. 371, con cita de FONTÁN BALESTRA, *Tratado...* cit., t. VII, ps. 288 y 289.

[19] CREUS, ob. cit., § 687-A, p. 371.

[20] Ídem nota anterior.

[21] B. J. 1993-409.

El indebido interés que se refleja en la intervención del funcionario público en la operación en la cual participa en función de su cargo puede manifestarse en cualquier etapa de ella, es decir, el espurio interés puede presentarse en la etapa de tratativas llegando hasta su conclusión definitiva[22]. La doctrina ha discutido respecto del verbo típico, esto es "se interesare". Para Molinario y Aguirre Obarrio: "El «interesare» es un subjuntivo hipotético; la forma simple se denomina subjuntivo futuro, y la compuesta, subjuntivo futuro perfecto. El subjuntivo denota duda, deseo, hipótesis, y versa sobre algo posible, pero que todavía no sabemos si es real. El subjuntivo futuro simple 'se interesare' enuncia el hecho como no acabado y siempre contingente. En contraposición 'hubiere intervenido', expresa acción, acabada y contingente. En pocas palabras, las acciones de los delitos están redactadas para el caso de que la posibilidad que ellas suponen se lleve a cabo [...] No se trata de un tiempo verbal pasado o pretérito. Lo que la combinación verbal expresa es la posibilidad futura de que un perito o contador se interese"[23].

A su vez, la acción típica de interesarse cometida por el autor debe ser específica respecto a alguna negociación en la que tome parte el funcionario público, extremo que no concurriría en el caso de la firma de una medida general (decreto)[24].

a) *Carácter del interés privado*

Un sector mayoritario de nuestra doctrina (Díaz, Rivarola, Núñez, entre otros) se inclina por sostener que el carácter del interés que tiene el agente debe ser de naturaleza económica, vale decir, el que persigue el funcionario no debe ser meramente personal, verbigracia, preferencia por la nacionalidad de alguna de las empresas participantes en la licitación o por la calidad del servicio público que presta alguna de ellas, sino que, por el contrario, el carácter económico de aquél se revela como especial para configurar la acción típica[25].

[22] MAGGIORE, ob. cit., p. 215; CCCorr.Fed., sala I, "Zaffaroni, Ricardo".

[23] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 275/276.

[24] CSJN, *Fallos*: 316:365.

[25] Véase, CREUS, ob. cit., § 688, p. 372; SANCINETTI, ob. cit., p. 76; SOLER, ob. cit., t. V, § 144, p. 247; MOLINARIO, ob. cit., t. III, § 208, p. 369.

En contra, algunos autores, con una fuerte influencia de la doctrina italiana, afirman que el interés personal del funcionario público puede ser tanto de carácter económico como de cualquier otro; lo determinante aquí es que ese interés sea distinto al de la administración pública. Para ello se sostiene que el carácter del interés privado del funcionario no es determinante para la realización del tipo penal, puesto que la ilicitud no procede de la naturaleza de aquél, sino de la especial situación en que se encuentra el agente que le impide actuar en forma privada en el negocio público, para cuya realización él es competente[26].

En este sentido, Creus afirma que "la controversia está signada por una aguda confusión entre el contenido de la pretensión que constituye el interés privado que el funcionario hace valer en el negocio y la finalidad que lo puede guiar para hacer valer de ese modo dicha pretensión; veremos que parece imposible sostener la existencia de un *contrato* u *operación* que no tenga un contenido económico, en las referencias típicas; por lo tanto, la pretensión que constituye el interés privado ilícitamente insertado en la negociación tiene que poseer ese carácter, cualquiera que sea la finalidad que guíe al autor en la promoción de ese interés" (la cursiva pertenece al texto)[27].

De allí, agrega el autor citado, que la presencia del interés económico constituya el requisito típico indispensable para la configuración de este tipo penal, sin importar los restantes fines que persiga el agente con la realización de la negociación, incluso de aquellos que se muestren afines con el interés público[28].

La jurisprudencia, por su parte, ha dicho que "para la configuración del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, basta cualquier móvil de interés privado distinto a los que deben gravitar exclusivamente sobre los actos, sin importar que el interés no sea pecuniario porque el texto legal no tutela sólo la hacienda pública sino el prestigio de la administración"[29].

[26] En este sentido, CREUS, ob. cit., § 688, p. 372; SOLER, ob. cit., t. V, § 144, p. 247.

[27] CREUS, ob. cit., § 688, p. 373.

[28] Ídem nota anterior.

[29] CFed. de Córdoba, Sala Crim., 20-8-80, "Arias, Restituto A.", J. A. 1981-I-460.

La ley exige dos formas de intervención personal del funcionario público en el negocio u operación de que se trate. Por un lado, el agente puede interesarse en forma directa en el negocio en el cual interviene como funcionario público, y por el otro, acudir a la interposición de otra persona como interesada, es decir, que ella aparezca frente a los demás como portadora de un interés personal sobre la realización del negocio u operación, cuando, en realidad, ésta actúa motivada por el interés del agente en el desarrollo y conclusión del negocio en el cual interviene por su calidad y función[30].

Por último, algún autor propone una interpretación extensiva de la expresión "se interese" que utiliza el artículo 265, no sólo limitando ello al interés exclusivamente personal, sino también con base en el aprovechamiento de la función pública, en beneficio ilegítimo personal o de un tercero[31]. De esta forma, sostiene Sancinetti, se excluirían casos donde no existe ninguna necesidad preventiva general y especial de reprimir aquellos comportamientos que pese a existir el desdoblamiento del autor, no fundan una injerencia de aprovechamiento económico; por ejemplo, el caso del funcionario de un banco público que autoriza el otorgamiento de un crédito en favor de una empresa propia, en las mismas condiciones en que lo obtendría cualquier tercero, y cumpliendo todas las reglas que fueran objetivamente requeridas por la línea de créditos pertinente[32].

El ejemplo dado por el autor citado demuestra la violación al bien jurídico protegido, porque no se trata de un daño patrimonial al Estado, sino de la imparcialidad que debe existir en el funcionario público. En ese caso, como bien dice Aguirre Obarrio, en el supuesto en que el Estado obtenga un beneficio, es posible que no haya un delito, pero en este caso es mejor donar, y si no, renunciar al cargo[33].

b) *Objeto del comportamiento*

La acción típica especifica cuál debe ser el acto donde el funcionario recale su interés, es decir, no en cualquier acto de la ad-

[30] CREUS, ob. cit., § 690, p. 373.
[31] SANCINETTI, ob. cit., p. 81.
[32] SANCINETTI, ob. cit., ps. 81 y ss.
[33] AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 370, nota 75.

ministración, sino sólo en *contratos u operaciones* en los cuales el agente intervenga por razón de su cargo.

En este sentido, Sancinetti discrepa, en principio, con la interpretación restrictiva que realiza la doctrina nacional al limitar el interés sólo a los contratos u operaciones, "porque del hecho de que el *acto administrativo* deba ser un contrato u operación de contenido económico, no se deriva que también el *interés perseguido* deba tener igual naturaleza. También en un contrato se puede actuar en virtud de un interés espurio no administrativo que no sea de contenido económico –como ocurre en el ejemplo anterior del enemigo político–, y quedar la imparcialidad de la administración tan afectada como si se tratara de un interés económico" (la cursiva pertenece al texto)[34].

Con la reforma de la ley se ha aclarado este punto, ya que ésta habla de que "se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero", no haciendo ninguna aclaración si ese beneficio es de tipo económico o no, por lo tanto limitar el interés del autor a lo meramente económico va en contra del texto legal, y del bien jurídico protegido.

En materia de *contratos* rige lo dispuesto por la ley civil (art. 1137, Cód. Civ.), mientras que las *operaciones* son aquellas disposiciones de carácter económico en que la administración no actúa conjugando voluntades con otra parte, sino a título singular (subastas de objetos secuestrados, expropiaciones, incautaciones, comisos, etc.)[35].

La ley también prevé como medio típico la realización de un "acto simulado", entendido éste como la falta de relación entre la voluntad manifestada y la voluntad verdadera del agente, el cual procura con dicha engañosa representación o apariencia, con la cual se recubre en el caso particular el negocio jurídico en donde aquél participa, ocultar la realidad de las cosas[36].

En cuanto al alcance del acto de la administración, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que una resolución de contenido

[34] SANCINETTI, ob. cit., p. 76.

[35] NÚÑEZ, *Derecho Penal*... cit., t. VII, p. 130, citado por CREUS, ob. cit., § 691, p. 374. En igual sentido, CFed. de Córdoba, Sala Crim., 11-5-81, "Rodríguez, Roberto A.", J. A. 1981-IV-332.

[36] MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 216.

general implica también la acción de interesarse en los términos del artículo 265, ya que no se exige que el funcionario público deba realizar un acto administrativo separado e independiente para tener por configurado el requisito típico contenido en la norma en comentario[37].

La tutela de la imparcialidad que persigue el tipo penal sólo se refiere a actos legítimos, es decir, a aquellos que se elaboran y ejecutan de acuerdo a las normas aplicables vigentes.

Por otra parte, se requiere para la configuración de la acción típica la *coexistencia* del ejercicio del cargo y la negociación, ya que de lo contrario resultaría atípico ese comportamiento[38].

Asimismo, la intervención del agente en la realización del contrato u operación debe ejecutarse en el ámbito de su competencia funcional, ya que la propia ley exige que intervenga *por razón de su cargo*; sin embargo, esta cuestión no es pacífica en la doctrina científica[39].

Una cuestión en relación al presente tema tiene que ver con el poder decisorio que debe poseer el agente, de lo contrario no se podría sostener que se encuadraría en el supuesto el caso de *desdoblamiento del agente* que se traduce en la confluencia del interés personal de éste en la conclusión del contrato u operación, por un lado, y el interés de la administración pública que debe primar en la toma de decisión por parte del autor, encontrándose afectada así la imparcialidad que debe mantener el agente, por el otro[40].

Sin embargo, alguna jurisprudencia consideró que el poder de decisión del agente no constituía un elemento configurativo del delito en estudio. Así, se afirmó que "el funcionario o empleado público se

[37] CSJN, 23-3-93, "Martínez de Hoz, José A. A.", L. L. 1993-C-196, con nota de Miguel M. Padilla.

[38] CPen. de Rosario, sala III, 24-3-81, "Daverde, Alfredo".

[39] SOLER, ob. cit., t. V, § 144, p. 246; MILLAN, ob. cit., p. 31; MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 216, quien opina que el acto en el cual el funcionario público toma algún interés privado debe estar relacionado con el ejercicio de su propio cargo, aunque no esté incluido en su competencia personal. En contra, Sancinetti (ob. cit., p. 83), quien sostiene que sólo sería necesario que el acto pudiera ser imputado a la administración desde el punto de vista externo, y no el criterio de la competencia interna seguido por la doctrina mayoritaria.

[40] CREUS, ob. cit., § 693, p. 375.

halla definido en el artículo 77 del Código Penal como la persona que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, por lo que a los fines del delito del artículo 265 del Código citado puede ser sujeto activo quien tiene como función instruir sumarios administrativos en la división jurídica del ente recaudador"[41].

Configura el delito de negociaciones incompatibles con la función pública "la conducta de los expendedores de boletos de Ferrocarriles Argentinos, a la que abonaron el valor correspondiente de los boletos al momento de su expedición sin alterar el normal expendio a los usuarios de pasajes y que luego revendieron en su provecho a mayor precio"[42].

2. *Tipo subjetivo*

El artículo 265 se erige como una figura legal dolosa[43]. No se exige ningún interés específico en el autor.

Sin embargo, es dable destacar que el agente debe perseguir un interés personal o de un tercero en la negociación u operación[44], lo que lleva a que el dolo tenga que ser directo.

No es requisito del tipo legal que el interés sea de índole económica, como tampoco la finalidad que persigue el funcionario resulta relevante para la configuración del presente tipo penal (vgr. intención de dañar a la administración pública)[45].

El error elimina el tipo, aunque sea vencible.

## IV. Atribuibilidad

El error de prohibición puede ser posible, de acuerdo a las reglas generales, si bien por la estructura del tipo legal es difícil que un funcionario pueda creer que existe una norma que le permite actuar

[41] CFed. de Córdoba, Sala Crim., 11-5-81, "Rodríguez, Roberto A.", J. A. 1981-IV-332.

[42] CCCorr.Fed., sala II, 26-7-85, "Morón, Rubén A. y otro", L. L. 1987-A-35, D. J. 1987-1-382.

[43] MILLÁN, ob. cit., p. 36.

[44] SANCINETTI, ob. cit., ps. 83 y ss.

[45] CREUS, ob. cit., § 696, p. 377; MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 216.

de determinada forma. Sin embargo es pensable el error de prohibición sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, como ser que el funcionario no tenga claro los supuestos de hecho de su intervención, en cualquiera de sus variantes.

## V. Autoría y participación

Se trata de un delito especial propio, y más especificado aún, pues debe ser dentro de una competencia, y en el contrato o negociación en que interviene.

Para los que entienden que se trata de un delito especial que hace poco operativo el criterio del dominio del hecho, se impone, en este caso, el deber especial que tiene el autor como el criterio aceptable en este supuesto[46]. Sin embargo, ya hemos criticado en otra oportunidad la teoría de los deberes especiales en Roxin, manteniendo nuestra posición sobre el dominio del hecho.

Alguna jurisprudencia equiparó al funcionario público y al empleado público, basado ello en los términos del artículo 77 del Código Penal[47].

Toda aquella persona que tome parte de modo alguno en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para ser autor –funcionario público– sólo puede ser considerado como partícipe. Así, la persona que actúa en carácter de intermediario en las tratativas con el funcionario público, quien resulta ser la persona interesada en la conclusión del negocio y se vale de un tercero para lograr tal espurio fin, sólo puede responder en calidad de partícipe[48].

[46] DONNA, *La autoría*... cit., ps. 45 y ss.

[47] CFed. de Córdoba, Sala Crim., 11-5-81, "Rodríguez, Roberto A.", J. A. 1981-IV-332.

[48] DONNA, *La autoría*... cit., p. 62; SANCINETTI, ob. cit., p. 84; MAGGIORE, ob. cit., t. III, p. 216. En este aspecto, Carrara sostiene la impunidad del intermediario o "padrino", aduciendo que éste carecía del deber especial al que sí estaba obligado el funcionario público. Maggiore (ob. cit., p. 216) responde a ello que la previsión legal del intermediario responde a la necesidad de evitar la impunidad del funcionario público que se vale de un tercero para ocultar su ilegítimo interés, siendo, en consecuencia, punible en los términos del art. 110 (concurso de personas en el delito).

Se han considerado autores de este delito al director de servicios técnicos de una comuna[49]; a un inspector de impuestos[50]; a un intendente municipal[51].

## VI. Consumación y tentativa

Sobre este tema existen dos posiciones bien diferenciadas. Algunos autores se inclinan por aceptar la posibilidad de la tentativa, otros directamente la rechazan. El delito se consuma con la acción de interesarse, esto es con la intervención, como parte privada del funcionario, en el contrato o la operación, dándose el desdoblamiento del funcionario público. Requiere la exteriorización de la conducta como parte privada. La tentativa, según Creus, no es posible, porque, o se interesó como parte, y por lo tanto consumó el delito, o expresó un deseo, y se trata de un acto preparatorio[52]. En cambio Núñez sostiene que la tentativa es posible, porque el autor puede, sin lograr su objeto, realizar actos ejecutivos con el fin de tomar parte del contrato o la operación. Ejemplo, si su propósito es frustrado en el momento en que se iba a efectivizar el negocio que lo ligaba al contrato u operación[53].

Existen en la jurisprudencia extranjera algunos fallos que rechazaron la posibilidad de la tentativa. Así, se ha dicho que: "el delito se consuma por el solo abuso de la función, independientemente de la obtención de una ganancia o de cualquier otra ventaja personal"[54].

"No importa que, por las razones independientes de la voluntad del prevenido, los negocios imputados no se hayan podido realizar; el delito de injerencia se encuentra consumado y no sólo tentado"[55].

[49] Crim. 14-6-72, cit. por MAYAUD, *Code Pénal*, Dalloz, Paris, 1996-1997, art. 432-12, p. 519.

[50] Crim. 11-3-76 y 3-4-91, cit. por MAYAUD, ob. cit., art. 432-12, p. 519.

[51] Crim. 29-11-1973, cit. por MAYAUD, ob. cit., art. 432-12, p. 519.

[52] CREUS, ob. cit., p. 379.

[53] NÚÑEZ, ob. cit., t. 7, p. 132.

[54] Crim. 2-11-61, cit. por MAYAUD, ob. cit., art. 432-12, p. 519.

[55] Crim. 16-12-75, cit. por MAYAUD, ob. cit., art. 432-12, p. 519.

## VII. Penalidad

Las penas previstas para el delito de negociaciones incompatibles son las de prisión o reclusión, más la de inhabilitación especial perpetua, que se aplican en forma conjunta.

La jurisprudencia ha dicho que no resulta aplicable la pena de multa prevista en el artículo 22 bis del Código Penal ya que ella exige cierta habitualidad en la realización de la conducta en estudio[56].

La opinión de la doctrina sobre este aspecto tampoco es unánime[57].

## VIII. Competencia

En general, la competencia le corresponde a la justicia criminal federal para conocer en esta clase de delitos[58]. La Corte Suprema tiene dicho que también es competente la justicia federal cuando quien resulta imputado es un militar que intervino en la tramitación de una licitación con manifiesto interés por uno de los participantes[59].

### NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES POR EQUIPARACIÓN DEL SUJETO ACTIVO (ART. 265, SEGUNDA PARTE)

La ley 25.188 modificó el anterior artículo 265 de la siguiente forma: "Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales".

## I. Bien jurídico protegido

Decía Creus que la equiparación como autores de negociaciones incompatibles de quienes, sin revestir carácter de funcionarios públicos, desempeñan oficios de naturaleza pública respecto de bienes de ter-

[56] CCCorr.Fed. "Sosa, Oscar", B. J. 1988-3-72.
[57] MILLÁN, ob. cit., p. 27.
[58] CSJN, *Fallos*: 199:384.
[59] *Fallos*: 315:2616.

ceros, tomaba en cuenta precisamente esa especial naturaleza de sus intervenciones[59-1]. De esta forma la función que cumplen debe ser garantizada por las seguridades que el Estado rodea las suyas propias, en base a dos motivos: la función surge por imposición de la ley y, además, existe una gestión judicial previa.

## II. Tipicidad

*Tipo objetivo*

La acción rectora también en este caso especial se integra por la acción de interesarse por parte del agente en la cuestión en la que participa en la calidad señalada por la norma legal.

El problema que se suscitaba anteriormente con la palabra "hubieren intervenido" se encuentra solucionado con el agregado "respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tal".

De todas formas recuérdese que Fontán Balestra afirmaba que la única interpretación posible para su configuración típica es que el autor se interese en la negociación u operación en forma posterior a su intervención, basado ello en el tiempo del verbo utilizado por la norma[60].

Este enfoque era compartido también por Soler, quien afirmaba que "en estos casos, en efecto, a diferencia de la figura básica, la función de tasación se supone pasada y concluida (hubieren intervenido). Será preciso entender que la prohibición se refiere a las negociaciones siguientes a la tasación, partición o adjudicación, salvo el caso de persona interpuesta, por cierto"[61].

En contra de esta opinión se levantaban las voces de algunos autores, como Creus, quien afirmaba que esta interpretación produce una incongruencia, ya que permite la impunidad del autor que se interesa en forma anterior a la conclusión del acto, y por otro lado, autoriza su punición si ello se realiza a través de un intermediario[62].

[59-1] CREUS, ob. cit., p. 384.
[60] CREUS, ob. cit., § 710, p. 385.
[61] SOLER, ob. cit., t. V, § 144, p. 248.
[62] CREUS, ob. cit., § 710, p. 385.

De allí que algunos autores propusieran que el uso pretérito no significaba necesariamente la impunidad de la intervención previa del autor, la cual debía subsistir para poder castigar esta duplicidad de la intervención de una misma persona en la misma operación[63].

La ley ha terminado con la discusión al hablar de funciones cumplidas, con lo que le ha dado la razón a Soler y a Fontán Balestra, en el sentido de que fueron funciones ya realizadas por el autor.

## III. Sujetos activos

*Árbitros y amigables componedores*

Autores sólo pueden ser las personas que en forma específica se mencionan y que reúnan las cualidades especiales que exige la norma en comentario, a saber, árbitros, amigables componedores, perito, contador, tutor, curador, albacea, síndico y liquidadores[64].

Son árbitros los terceros que intervienen a pedido de las partes en conflicto, a fin de arreglar sus diferencias, y, con los elementos que éstas les arriman, elaboran un laudo arbitral (sentencia) vinculante para aquéllas.

Son amigables componedores los terceros que tratan de acercar a las partes en conflicto, y con el fin de que negocien, arreglen y solucionen sus controversias. Pueden proponer formas de solución, pero sus propuestas no son vinculantes para las partes.

En relación al carácter de "particulares" que establece el presente artículo respecto de los peritos y contadores, la doctrina científica sostiene dos posiciones abiertamente opuestas.

La primera esgrime que esa categoría de profesionales se refiere sólo a quienes han sido designados en las respectivas operaciones de modo particular, es decir, sin intervención judicial alguna, en caso contrario deben ser tratados como funcionarios públicos y aplicarse el supuesto previsto en el párrafo primero del precepto legal en comentario.

[63] CREUS, ob. cit., § 710, p. 385.
[64] CREUS, ob. cit., § 712, p. 386.

Otro sector, por su parte, sostiene la inaplicabilidad de este artículo a los peritos o contadores que intervienen a título privado, vale decir, donde no media designación judicial alguna, siéndole aplicables a ellos sólo los delitos patrimoniales, salvo que ello tenga incidencia en una partición judicial (art. 3462, Cód. Civ.)[65]. Esta última exegesis es seguida por Creus, quien sostiene que la acción de interesarse por parte de algunos de ellos en la operación en la cual intervienen en forma privada no puede lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado[66].

Para Molinario y Aguirre Obarrio, si los peritos y contadores fueran funcionarios públicos, estarían comprendidos en el primer párrafo, de modo que el problema se presenta porque así como los tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores tienen que tener alguna relación con la función pública, también deben tenerlo en estos casos. En el caso de una sucesión, no hay duda de que la adjudicación tiene que haber sido con previa asignación del juez. Igualmente en el caso de la tasación. Por tanto, no hay duda de que tiene que existir una designación previa o una designación judicial anterior[67].

En los casos del tutor, curador, albacea o síndico y liquidador, la cuestión también es sencilla. El tutor cuida los bienes del pupilo, el curador del curado, el albacea de la testamentaria, el síndico del concurso, y el liquidador los bienes de la masa. En todos estos casos interviene la justicia en las designaciones, sea porque los nombran, sea porque homologa una designación propuesta. En síntesis, dicen Molinario y Aguirre Obarrio que en todos estos casos hay designación por autoridad competente del juez, ya que el Estado pretende vigilar, y por tanto el asunto tiene relación con la administración pública.

## IV. Remisión

En cuanto a los demás elementos del delito hay que remitirse a lo dicho al explicar el artículo 265, primera parte del Código Penal.

[65] MILLÁN, ob. cit., ps. 38 y ss.; MOLINARIO, ob. cit., § 208, p. 372.
[66] CREUS, ob. cit., § 713 y 714, p. 387.
[67] AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 373.

# CAPÍTULO IX

# EXACCIONES ILEGALES

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Antecedentes legislativos nacionales. III. Bien jurídico protegido. IV. Discusión de la doctrina sobre la diferencia entre el delito de exacción ilegal y la concusión. 1. Análisis general. 2. La doctrina argentina. V. Tipo objetivo. 1. Acciones típicas. 2. Carácter indebido. 3. Abuso del cargo. 4. Objetos de la exacción. 5. El tipo subjetivo. VI. Autoría y participación delictiva. VII. Sujeto pasivo. VIII. Consumación y tentativa. IX. Penalidad. *Exacción agravada por el medio empleado (art. 267, Cód. Pen.)*. I. Tipo objetivo. 1. Intimidación. 2. El engaño. *Exacción agravada por el destino de lo recibido (art. 268, Cód. Pen.)*. I. Antecedentes históricos. II. Tipo objetivo. III. Tipo subjetivo. IV. Consumación y tentativa. V. Diferencia con otras figuras legales. 1. Hurto. 2. Extorsión.

Artículo 266 (texto según ley 25.188): "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden".

## I. Consideraciones previas

El Derecho Romano, se ha afirmado, no realizó una diferencia conceptual entre el cohecho y la exacción, denominándose en forma genérica como *crimen pecuniarum repetundarum* tanto la corrupción propiamente dicha como el acto de aceptar dinero por parte del magistrado para pronunciar sentencia. Según la concepción romana, no se concebía que se recibiera recompensa alguna por cumplir con las

altas obligaciones del ciudadano. Esta costumbre fue perdiendo fuerza con el paso del tiempo, hasta llegar a la época de Catón donde sólo se prohibió el enriquecimiento desmesurado de los magistrados y abogados, fijándosele a estos últimos por ley sus respectivos aranceles[1].

En función de ello, existía en el Derecho Romano una prohibición general para los procuradores y administradores de recibir donaciones, regalos o dinero (*pecunias capere*), y en el supuesto de haber recibido alguna de estas cosas en infracción a la ley se disponía de una acción que permitía al dador exigir la devolución de lo indebidamente entregado (*pecunias repetere*). De allí que se explique por qué los delitos de extorsión o soborno no fueran regulados en forma autónoma, ya que pesaba la prohibición general para los funcionarios de recibir bienes en el cumplimiento de sus funciones[2].

Recién a partir del siglo II d. C. el delito de extorsión (*concussio*) y de soborno aparecen prescriptos en forma independiente[3].

Por su parte, la ley *repetundarum* prohibía a los funcionarios o magistrados exigir más impuestos que los consentidos por las leyes vigentes, prohibición que alcanzaba también a los subalternos, a quienes se les encargaba la tarea de recaudar los impuestos y los emolumentos, los cuales no debían demandar mayor cantidad que la debida. Sin embargo, la citada ley exigía que el ilícito provecho obtenido repercutiese en provecho del empleado; de lo contrario, si era realizado en beneficio del Estado, dichos actos resultaban ajenos a su aplicación[4].

Se puede afirmar que la represión de esta clase de actos ilegítimos cometidos por funcionarios o magistrados transitó diversas etapas que van desde la obligación de carácter civil de devolver con creces lo entregado hasta la aplicación de una sanción penal propiamente dicha (extrañamiento o deportación, confiscación)[5].

El presente capítulo del Código Penal argentino abarca dos modalidades típicas distintas, que han venido dándose a través de los

[1] MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* cit., p. 441.
[2] MOMMSEN, ob. cit., p. 445.
[3] Ídem nota anterior, p. 447.
[4] Ibídem, p. 448.
[5] Ibídem, p. 455.

antecedentes que más tarde se explicitarán, cuya base está en que el autor, esto es, el funcionario público, recibe bienes en forma abusiva. El denominador común que se encuentra presente en los comportamientos típicos aquí reglados, en principio, es que la injusta exigencia de naturaleza económica por abuso de autoridad se realiza en beneficio de la administración, en uno de los casos, y el provecho personal que logra el funcionario, en el restante[6]. De todas maneras, ya se verá que el asunto no es tan claro, habida cuenta de que el legislador enturbió esta clara diferenciación que podría haber evitado toda una discusión doctrinaria, todavía no resuelta en nuestro país.

La primera, prevista en el artículo 266, se configura cuando existe identidad en el reclamo del autor que lo hace en provecho exclusivo de la administración, situación que funda el derecho de castigar al funcionario por el modo ilícito e indebido –abuso funcional– de exigir *una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos*. En este último supuesto, la administración se beneficia con la injusta exigencia formulada por el funcionario.

En cambio, el comportamiento previsto en el artículo 268 abarca un supuesto distinto, esto es, cuando el beneficio económico logrado a través del abuso funcional, por parte del funcionario público, convierte en provecho propio las exacciones del artículo 266, que justifica el mayor grado de injusto y el consecuente incremento de las penas aplicables, tal como lo hacía notar Tejedor.

## II. Antecedentes legislativos nacionales

El delito de exacciones ilegales ya aparecía regulado en el Código Tejedor, en el artículo 420, bajo el título de *Fraudes y exacciones*, que decía: "el empleado público que arbitrariamente exija una contribución o cometa otras exacciones, aunque sea para el servicio público, sufrirá suspensión de dos meses a un año, o multa [...] Si la exacción se verificase empleando fuerza sufrirá destitución..." El artículo 421 decía: "si el empleado convirtiere en provecho propio las exacciones *expresadas* en el artículo anterior, sufrirá las penas impuestas a las sustracciones de caudales públicos". En las notas de ambos artículos

[6] CREUS, ob. cit., § 718, p. 389.

se puede leer lo siguiente: "imponer una contribución, dice Pacheco, cargar un arbitrio, sin tener autoridad legislativa o su delegación *expresa* para hacerlo, es un atentado de gran tamaño, que la ley no puede dejar sin una corrección severa (t. 2, p. 523)..." "Estas leyes (se refiere al Código de Napoleón, al de Brasil y Las Partidas) confundían la concusión, que es el hecho del funcionario que exige o recibe lo que no se le debe, con la corrupción del funcionario que consiste en un acuerdo o tráfico de funciones"[7]. En la nota al artículo 421 afirmaba: "la concusión es un delito complejo que se compone de dos actos distintos: el abuso de poder que es el medio, y la sustracción de dineros que es el fin. Si el agente cuando traspasa su autoridad tiene por objeto no su interés privado sino el del Estado, es culpable siempre de un exceso y de una exacción; pero la exacción no tiene el carácter de robo, sino que se modifica y pierde uno de los elementos de la criminalidad [...] Está pues, en la naturaleza de las cosas no hacer abstracción, al distribuir la pena, del fin que se propone el autor de la concusión. Si los dineros recibidos se convierten en su provecho, la culpabilidad se agrava con toda la criminalidad del robo; si por el contrario sólo ha sido movido por un exceso de celo en favor de los intereses del Estado, si los dineros percibidos indebidamente han aprovechado al tesoro, el crimen no es más que un abuso de autoridad, odioso sin duda, pero que no tiene la inmoralidad del robo"[8]. Con lo hasta ahora explicitado en Tejedor queda planteado el problema que es la base de la discusión actual.

El proyecto de 1881, en los artículos 168 y 169, mantenía el mismo articulado que el Proyecto Tejedor. El Código Penal de 1886 no modificó sustancialmente el tema, y reguló la exacción y el peculado en los artículos 274 y 275.

El proyecto de 1891 en los artículos 313 y 314 regula la exacción, pero con algunas modificaciones. El primero de ellos dice: "el funcionario público que exigiere una contribución no autorizada por autoridad competente, o, abusando de su cargo, reclamare, recibiere o

[7] Pág. 348 del proyecto; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 510.

[8] Nota al art. 421, p. 350 del Código; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 512.

retuviere dinero u otros valores, será reprimido con multa de doscientos a mil pesos e inhabilitación especial por un mes a un año. La inhabilitación será de uno a cuatro años si la exacción se verificare empleando fuerza". Y el artículo 314 decía: "el funcionario público que convirtiere en provecho propio las exacciones expresadas en el artículo anterior será reprimido con penitenciaría de tres a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua". En la Exposición de Motivos se decía: "las enmiendas introducidas consisten en precisar la redacción, en ajustar la penalidad al sistema del proyecto y en sustituir, como en el caso del artículo 268 y por razones idénticas, la alusión en el artículo 275 a las penas señaladas para los ladrones por la expresión de una pena determinada: penitenciaría de tres a diez años con inhabilitación absoluta y perpetua"[9].

El proyecto de 1906 contenía tres artículos referidos a este punto en el Capítulo IX del Título XI. El artículo 285 decía: "será reprimido [...] el funcionario público que exigiere una contribución ilegal, o abusando de su cargo reclamare o recibiere dinero u otros valores". El artículo 286 castigaba con prisión de uno a diez años e inhabilitación absoluta y perpetua, "al funcionario público que convirtiere en provecho propio o de terceros las exacciones expresadas en el artículo anterior". El artículo 287 castigaba con multa e inhabilitación "al funcionario público que exigiere por sí o por persona interpuesta derechos o propinas por lo que deba practicar gratuitamente, en virtud de su oficio, o cobrare mayores derechos de los que le corresponde". El proyecto de Moreno de 1917 originalmente mantuvo estos tres artículos como 266, 267 y 268. Sin embargo, el Código de 1921 modificó esta forma de regulación, y de aquellos tres artículos dejó propiamente dos, subdividiendo uno, los que ahora son 266 y 267. Sólo agregó en la exacción propiamente dicha la palabra dádiva. Cómo se llegó a esto lo explica con detalle Aguirre Obarrio: "salvo diferencias en cuanto a la pena, tanto el proyecto como la Cámara de Diputados por dos veces, y el Senado la primera, votaron los tres artículos del proyecto de 1906, que eran bastante diferentes, el primero se refería al funcionario que exigiere una contribución ilegal o, abusando de su cargo,

[9] Exposición de Motivos, p. 206; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit.,p. 478.

reclamare dinero u otros valores [...] el segundo castigaba la exacción tal como lo hemos visto en el artículo anteriormente transcripto [...] la segunda vez que revisó el proyecto el Senado, dejó solamente dos artículos: en el 266 se incluyó la palabra dádiva para comprender la hipótesis del 268 (derechos y propinas) y, como segundo párrafo, las agravantes. El artículo 267 quedó tal cual venía: se refería a la conversión de exacciones en provecho del funcionario. La tercera vez que llegó a la Cámara de Diputados, es decir, la segunda y definitiva revisión, aceptó los textos del Senado pero, para no alterar la numeración, colocó el segundo párrafo del artículo 266 bajo el número 267, y corrió el siguiente al número 268, que es la situación actual"[10].

Este delito consistía en la arbitraria exigencia de una contribución que formulaba el empleado. Se preveía la conversión de lo solicitado en provecho del agente y el uso de la fuerza aparecía como una calificante[11].

El Código Penal de 1887 (arts. 274 y 275) y los proyectos sucesivos no introdujeron reforma significativa alguna a la que presenta en su actual redacción.

## III. Bien jurídico protegido

El precepto castiga por el delito de exacción ilegal al funcionario público que en el ámbito de su función requiere el pago de una cantidad que jurídicamente es indebida, porque ella no está prevista por la ley o, si lo está, el funcionario requiere un pago cuya cuantía excede la prevista en la ley. El tipo de exacción ilegal se enmarca históricamente en el título de incriminación de la *concussio*, que etimológicamente significa conmoción y que originariamente comprendía las conductas consistentes en constreñir a alguien a dar o prestar algo abusando del poder público[12]. La *concussio* es un delito de funcionario público propiamente dicho que realizan estos últimos abusando del poder para exigir prestaciones económicas de los ciudadanos. La legislación es-

[10] Esto lo dicen MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 363.

[11] SOLER, *Derecho Penal argentino*, 10ª reimp., Tea, Buenos Aires, 1992, t. V, § 145, p. 252.

[12] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., t. II, p. 423.

pañola de donde viene el presente artículo se remonta al Código Penal de 1870, que diferenciaba entre exacción ilegal de tributos y exacción ilegal de derechos, y que se configuraban como delitos cometidos por los funcionarios públicos frente al ciudadano como contribuyente o destinatario de prestaciones a las que correspondía el pago de derechos económicos[13].

Ramos Mejía, refiriéndose a la concusión, concepto que se aplica a la exacción ilegal, entendía que afectaba simultáneamente el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado y el patrimonio del particular, víctima de la indebida exigencia, agregando que en la concusión se trataba de un verdadero delito de extorsión, pero que al ser obra del funcionario público y por el medio empleado adquiría una particularidad propia, y citando a Carrara decía: "el objetivo final es el mismo: despojo del patrimonio ajeno infundiendo temor; pero cuando el temor se hace derivar de la fuerza pública y no de la fuerza privada, se encuentra en el medio empleado un objeto prevaleciente, y consistiendo este objeto en la justicia pública, a la que todos los ciudadanos tienen derecho, se torna social"[14]. Para concluir afirmando, el mismo autor, que el bien jurídico protegido no es en la concusión el complejo de la administración pública, la totalidad de su funcionamiento, sino ese interés específico y la observancia de los deberes de probidad de los funcionarios públicos y el legítimo uso de la función, y, en particular, el que los funcionarios públicos no abusen de su calidad o de su función para infundir temor a los particulares, a consecuencia de lo cual logran una utilidad[15]. Para Molinario y Aguirre Obarrio, el bien jurídico tutelado es la incolumnidad de los agentes públicos en el desempeño de las funciones asignadas, resguardándose así el buen servicio de los empleados de la administración pública[16].

[13] Ídem nota anterior, p. 424.

[14] CARRARA, ob. cit., *Parte especial*, t. V, p. 111, § 2567.

[15] RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 52, citando a RICCIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, p. 282.

[16] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., § 207, p. 367. En igual sentido, CCCorr.Fed., sala II, "Falconi, Félix José", B. J. 1988-1-21.

Explica Maggiore que "el objeto jurídico de esta acriminación es el interés de la administración pública por la probidad y fidelidad del funcionario, gravemente comprometida por el hecho de que extorsiona o arranca dinero u otra utilidad, y además, el interés de que la libertad de consentimiento de los particulares quede ilesa al tratar con los órganos de la administración pública"[17].

La doctrina extranjera sostiene que, además, el interés jurídicamente protegido también lo constituye la buena reputación de la administración pública que se ve lesionada por la falta de probidad y fidelidad del agente público[18].

## IV. Discusión de la doctrina sobre la diferencia entre el delito de exacción ilegal y la concusión

### 1. *Análisis general*

La opinión de los autores nacionales sobre este tema es divergente, habida cuenta de la redacción del artículo 266 que alteró la línea histórica que tenían los proyectos. Por ende, el primer problema que se suscita es si dentro del artículo 266 no se da el delito de concusión de manera autónoma e independiente[19].

Etimológicamente la palabra *concusión* significa sacudir un árbol para hacer caer sus frutos y recogerlos[20].

En este sentido, señala Ramos Mejía que el elemento diferenciador entre ambos tipos legales está dado por el objeto sobre el cual recae la acción típica. Mientras que en el delito de exacciones ilegales ella versa sobre una contribución o un derecho, como decía el antiguo Código español, supuestos en los cuales el agente tiene un título legítimo para formular la exigencia, mas no para exigir en demasía; en cambio, en el delito de concusión el autor exige sin derecho alguno una dádiva a la víctima[21].

[17] *Derecho Penal* cit., t. III, p. 182.

[18] INFANTINI, *L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in Diritto Penale*, cit. por PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale* cit., p. 105.

[19] RAMOS MEJÍA, ob. cit., ps. 39 y ss.; CREUS, ob. cit., § 725, p. 394.

[20] MAGGIORE, ob. cit., p. 181.

[21] RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 38.

La doctrina ha creído necesario diferenciar el delito de concusión con el delito de cohecho basado en sus antecedentes históricos[22].

En principio, en ambos delitos hay abuso de funciones de la autoridad que le fue conferida al funcionario, y el fin perseguido es la codicia. Ambos tipos lesionan el bien jurídico administración pública, pero en la concusión, además, existe lesión al patrimonio del particular: esto es así dado que en el cohecho el particular consiente su disposición, a sabiendas y libremente, razón por la cual no hay violación al derecho de propiedad. Por eso la concusión, como hay dos bienes jurídicos lesionados, siempre se consideró más grave que el cohecho.

La corrupción se distingue del delito de concusión dado que el acto de dar dinero es, en el primero, espontáneo, mientras que en el segundo es a causa del miedo al poder público. No es necesario para la concusión que el mal con el que se amenaza sea grave y permanente, basta la amenaza de simples molestias y persecuciones. El hecho, sin embargo, aparece difícil de distinguir en la práctica, donde el punto es si el particular es un corruptor que merece ser castigado, o es una víctima de la maldad ajena, dado que el empleado venal no pide, sino que da a entender que recibiría; no amenaza, pero hace que teman de su poder. Por ejemplo, supongamos que el Estado decide prestar un servicio a las personas con enfermedades psiquiátricas graves. Para ello llama a licitación mediante la cual paga, por cada cama que se ocupe, veinte pesos. Las pequeñas clínicas ven rentable la operación, a lo que el Estado decide que se pagaran como mínimo cincuenta camas, existan o no éstas. El dueño de la pequeña clínica ve ahora rentable el negocio. Cuando se vence el primer contrato, nuestro venal funcionario exige un 10% de lo que se va a pagar por parte del Estado, bajo la amenaza de que de lo contrario se vuelve al sistema de pagar por camas, sin un mínimo, como era antes, por lo cual el dueño de la clínica paga. La pregunta es, ¿paga voluntariamente o extorsionado?

[22] DE LUCA, Javier, *Cohecho y concusión*, en *Suplemento de Jurisprudencia Penal* del 27-9-99, ps. 9 y ss. En lo sucesivo se trabajará en esta diferenciación sobre lo afirmado por este autor.

Otros distinguen si el acto por el cual se dio dinero era justo o injusto[23]. Si es justo podrá hablarse de concusión, ya que el particular es un mero sujeto pasivo del delito, y la violación de la justicia se da sólo en la forma y no en la sustancia, por culpa enteramente de la venalidad del oficial. El *metus publicæ potestatis* (miedo al poder público) es la causa directa por la cual el particular se resignó a permitir que el oficial público lo despojara de sus derechos. No puede haber concusión, en cambio, si el acto era injusto, yà que el particular no puede tomar el papel de víctima y sustraerse de una voluntad, que en él no pudo dejar de ser abiertamente perversa.

2. *La doctrina argentina*

Al haberse equiparado, en el artículo 266 del Código Penal, la exigencia indebida de una contribución o de un derecho con la exigencia de una dádiva, surgen distintas interpretaciones, agravado quizá también por los diferentes significados que se vuelcan sobre el delito de concusión.

Para un grupo de autores la concusión existe cuando el funcionario exige una dádiva para sí, situación ésta que no está prevista en el Código Penal argentino y que sería entonces, sin duda alguna, el delito de extorsión. Para otro sector doctrinario se explica la cuestión de la siguiente forma: la concusión está dentro del artículo 266 cuando se habla de dádivas. En esto ha recibido la aportación de Ramos Mejía al tema. En cambio para Soler la dádiva está en el artículo 268 cuando se habla de convertir.

Para Molinario y Aguirre Obarrio el problema es más complejo de lo que aparenta ser, ya que no es sencillo que se pidan dádivas para la administración pública. Para llegar a su conclusión afirman, y en esto remitimos al lector a los antecedentes que hemos descripto anteriormente, que la dádiva se relaciona con la hipótesis de recompensa, gratificación o descuento que traía la ley 49, o la de derechos o propinas por lo que debiera practicar gratuitamente, que se menciona en el artículo 215 del proyecto de 1906. La modificación, afirma Aguirre, que suprime esos casos e incluye la voz dádiva se produjo, como

[23] CARRARA, ob. cit., par. 2581, cit. por DE LUCA, ob. cit., p. 13.

vimos, en la segunda comisión senatorial. En consecuencia, afirma el autor citado, siguiendo a Ramos Mejía, se está frente a un caso especial en el que el funcionario pide para él una dádiva, no para la administración. Por ello, no es indispensable que la dádiva se convierta en provecho del funcionario, de acuerdo al artículo 268, ya que el hecho se castigará directamente de acuerdo al artículo 266.

Así, mientras Ramos Mejía considera el delito de concusión como aquella exigencia ilícita de una dádiva por parte del funcionario, otros llaman concusión al delito del artículo 268 del Código Penal argentino, donde lo exigido se convierte en beneficio propio o de un tercero.

Siguiendo la línea de pensamiento de Ramos Mejía, este autor define la concusión cuando el funcionario desde un principio exige una dádiva para sí mismo, esto es, algo que nunca puede suponer la víctima como adeudado regularmente para el Estado, ya que actúa desde un comienzo invocando su propio nombre y en su exclusivo beneficio, donde no cabe la posibilidad de convertir algo en provecho propio que desde su origen tenía esa finalidad.

Definiendo de esta manera al delito de concusión es que considera inmersa a esta figura independiente y autónoma dentro del artículo 266 de las exacciones ilegales, al haberse incluido la palabra dádiva tal como lo hemos explicado anteriormente. Es claro que las exacciones ilegales requieren que se exija una contribución o un derecho en provecho del Estado, en cuyo nombre y en cuyo beneficio es que actúa aparentemente el funcionario público. Manteniendo esta característica del acto, es una exacción agravada la acción de convertir la exacción en provecho propio o de un tercero, de acuerdo al tipo del artículo 268 del Código Penal. Esta postura es, entonces, la que interpreta que dentro del artículo 266 se da el delito de *concusión* de manera autónoma e independiente[24].

Otra posición, en cambio, es la sostenida por Soler, quien para definir la concusión enfoca la atención no ya en el *objeto* de la exigencia (sea dádiva o contribución), sino en el *sujeto*, esto es, quién se beneficia o recibe finalmente lo exigido. Así, si el beneficiario es el erario pú-

[24] RAMOS MEJÍA, ob. cit., ps. 39 y ss.; CREUS, ob. cit., § 725, p. 394.

blico, será exacción ilegal, y si el provecho lo recibe el mismo funcionario es concusión. Por esta razón considera al artículo 268 como la figura descriptiva del delito de concusión. De nada importa qué se pida (si contribución o dádiva)[25], ni cómo se exija (mediando error, afirmando que es debida al fisco, o invocando desde el principio su beneficio personal)[26], siendo el único elemento distintivo entre la figura de exacción y la de concusión el fin último de lo exigido. De esta manera, encuadra a las exacciones ilegales dentro de los artículos 266 y 267, y define el artículo 268 como concusión. Esto es admisible también, dado que considera viable la posibilidad de que la administración pública sea receptora de dádivas, no considerando a estas últimas como de recepción exclusiva del funcionario público[27]. Sea entonces que el funcionario público pide una contribución o un derecho, o cobre un derecho que no le corresponde, o una dádiva, mientras éstas beneficien a la administración pública será exacción, en su forma simple (art. 266) o agravada por el medio (art. 267); si el funcionario pide y lo recibido de la exigencia es en provecho propio o de un tercero, será concusión, entendiendo el hecho de *convertir* mencionado en el artículo 268 del Código Penal en sentido negativo, de *no depositar o entregar* a las arcas fiscales, teniendo en cuenta que esa conversión debe ser hecha antes de que el dinero entre a la caja fiscal, porque cuando esto ha ocurrido la acción constituye malversación.

Para Soler, resulta irrelevante si la víctima pensó que lo pagado o lo entregado beneficiaría al Estado o no, o sea, si ésta cumple con la exigencia por un miedo genérico a la autoridad (*metus publicæ postestatis*), considerando que el beneficiado será el erario público[28], o por haber sido expresamente coaccionado por el sujeto activo[29].

[25] En concordancia Creus, quien tampoco encuentra un criterio distintivo entre la exacción ilegal y la concusión en el objeto de la exigencia.

[26] Éste es el elemento esencial que Creus toma para diferenciar las exacciones ilegales de la concusión. Es en este punto donde el funcionario público exige para sí mismo o un tercero y no para el Estado. Para Carlos Creus comete delito de exacción ilegal el funcionario público que exige indebidamente (con abuso de autoridad) la entrega de una dádiva, pero sólo si esa exigencia la realiza al particular en beneficio del Estado.

[27] En concordancia, Creus.

[28] Art. 266, llamado por el autor concusión implícita.

[29] Art. 267, llamado por el autor concusión explícita.

En síntesis, Soler entiende que siendo idénticas las figuras de la exacción ilegal y la de concusión en cuanto a sus objetos y medios comisivos, el único elemento distintivo entre ellas radica en el destino que le otorga el funcionario público a las exacciones obtenidas.

Una versión diferente es la que adopta Creus, quien llama concusión al delito del artículo 268 del Código Penal, que se da cuando el funcionario exige para la administración, y luego convierte lo pedido para sí mismo. Pero no se configura concusión si el funcionario exige de entrada para sí mismo, para lo cual considera que podrá haber otro delito, como ser el de extorsión, dado que define a la concusión como delito de doble actividad: primero producirse la *exacción* y luego *convertir en provecho propio* el fruto obtenido de la misma. Entonces queda claro que debe invocar la representación de la administración pública para configurar primero la exacción, tanto sea que exija indistintamente una contribución o una dádiva, que también estima posible que el erario público sea receptor de tal.

En materia de exacciones Creus sostiene que la dádiva es cualquier retribución de contenido económico exigida por los funcionarios en nombre de la administración, que no es debida como impuesto, por lo tanto cabe la posibilidad de que el funcionario público pida dádiva para la administración. Si el funcionario público exige una dádiva para sí mismo, podrá haber otro delito, mas no el de concusión, ya que la figura en análisis, según interpreta Creus, requiere que se pida la dádiva para el Estado, y agregar a esa conducta la conversión del producto de ellas, en su provecho particular o de un tercero. Mientras que para Soler la expresión *convierte* tiene el sentido puramente negativo, equivalente a no depositar o entregar a las arcas fiscales, Creus interpreta el término *convertir* como "dar a lo detraído un destino distinto al que se invocó como motivo de la detracción".

Vemos entonces que este autor enfoca la atención a la *alegación* que el agente efectúa en cuanto al destino de la exigencia, "...pero cuando el autor ha exigido para sí y *así se lo manifiesta* a la víctima, no estaremos más que dentro del campo de los delitos contra la propiedad..."[30] Considera que para que dicha conducta se convierta en

[30] CREUS, ob. cit., p. 402.

concusión no basta el mero hecho de que el autor desempeñe función pública al tiempo de exigir; éste debe *invocar* a la administración pública como destinataria de la prestación. El agente debe alegar ante la víctima que el objeto de la exigencia tendrá como beneficiario al erario público, o dicho de otro modo, para que pueda configurarse el delito de concusión, y de esta manera entonces se aplique el artículo 268, debe exigirse inicialmente en provecho del Estado, para que luego sea posible la ulterior conversión.

En síntesis, en el supuesto de que el beneficiado sea el funcionario público, la calificación legal de la conducta queda librada a lo expresado por el agente al momento de efectuar la exigencia: según lo que haya alegado se definirá si cometió delito de extorsión o delito de concusión.

El objeto tiene que haber sido exigido o percibido para la administración. La prestación que el funcionario requiere para sí y con conocimiento por parte de la víctima de ese destino no es exacción, ya que no puede ser *convertida* (donde el término *convertir* significa dar a lo detraído un destino distinto del que se invocó como motivo de la detracción) y no cabe en la tipicidad de la concusión.

Las distintas posturas le han dado diferente fundamento al problema planteado acerca de las *dádivas*; la posición que recepta su concepto genérico[31] de "retribución por lo que debía hacerse gratuitamente", donde la víctima jamás podría pensar que se trata de algo adeudado al Estado, opina que la dádiva es incompatible con la exigencia para la administración pública, por ende, no podría considerarse un caso de exacción y, ateniéndonos al sentido estricto de su significado, esa exigencia incluida en el artículo 266, significa únicamente pedir en provecho propio, lo que consecuentemente provoca la inclusión de una figura autónoma dentro del tipo, y nunca podría caber en el artículo 268 (tal como lo sostiene Creus), dado que no es posible convertir en provecho propio lo que desde un principio fue obtenido de esta manera.

Rebatiendo este planteo, Creus fundamenta su posición aduciendo que la ley penal no admite "tipos autónomos" dentro de otros tipos, sino que además no encuentra ninguna dificultad para reconocer la posibilidad del requerimiento de dádivas para la administración[32].

[31] RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 38.

[32] En concordancia con este criterio, Sebastián Soler.

En este punto Rimondi[33] opina que el concepto de dádiva no es el problema, sino que el asunto pasa por el destino original de la prestación exigida. Cuando de entrada el funcionario exige para sí nunca hay exacción ilegal, llámese como quiera llamarse a lo exigido, sino una concusión. No es la palabra dádiva lo que define al delito, sino que es el delito lo que define a la palabra. Una exacción también es ilegal cuando el funcionario exige una prestación indebida (primera acepción del diccionario) pero no por las características del objeto pedido, sino por el destino que desde el inicio le da: el Estado. En cambio, si ab initio exige para sí esa misma prestación, habrá concusión.

En contraposición al resto de la doctrina, que adecua la concusión en alguno de los supuestos establecidos en el Capítulo IX, *De las exacciones ilegales*, de este Título XI, de nuestro Código Penal, están, por otra parte, los que consideran que la concusión como tal, es decir, cuando el funcionario público exige una dádiva para sí mismo, no está prevista en el Código Penal argentino. Este criterio es adoptado por Rimondi bajo una interpretación que se dice literal; sostiene que el artículo 266 prevé el delito de exacciones ilegales de modo que allí se establece la figura básica de ese nombre, la cual está perfectamente relacionada con los dos artículos subsiguientes que a ella se refieren. Si el artículo no menciona el *nomen iuris* y está primero en el capítulo de las "exacciones ilegales" es porque se refiere únicamente al delito conocido con ese nombre y así, cuando el artículo 268 hace referencia a las exacciones, debe incluirse en ellas a todos los supuestos del tipo básico. Si bien critica el argumento derivado de que el Estado no está habilitado para pedir dádivas, sostiene que puede haberlas en favor del erario público. De este modo, una dádiva puede ser objeto de exacciones ilegales, y el término incluido no es indicativo de que allí se hable de concusión.

En el pasado tuvo una época de preponderancia en nuestros tribunales la tesis[34] que analiza el delito de concusión incluyéndolo en el artículo 268 del Código Penal. Consideraban de aplicación la pena

[33] RIMONDI, Jorge Luis, *La problemática actual de la concusión*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

[34] La interpretación expuesta ha sido seguida por muchos autores de nuestra doctrina, entre ellos cabe destacar a Núñez.

conminada en el artículo 268 del Código Penal a la conducta del funcionario público que *exigía una dádiva en provecho propio*[35]. Esta etapa, sin embargo, llegó a su fin en el año 1959, recogiendo el criterio de Ramos Mejía, en cuanto a que "la *dádiva* no es una deuda contraída o que pueda contraerse con el Estado, por cuanto no puede ser requerida sino sólo a nombre propio [...] la *dádiva* nunca se obtiene de una *exacción*, por lo que el funcionario público no puede convertirla ulteriormente en su provecho, ya que es pedida desde un principio para sí"[36].

En la época de recepción de esta teoría las críticas dogmáticas no aparejaban mayores diferencias en la práctica. Desde el punto de vista punitivo, en el sistema de la ley 11.179 existía un tratamiento equivalente a la figura prevista en el artículo 268, con la conjugación de los tipos previstos para la extorsión (art. 168) y el abuso de autoridad (art. 248), ya que la pena máxima del artículo 268 resultaba igual a la suma de los máximos previstos en los artículos 168 y 248. Consecuentemente, afirmar que la concusión es una extorsión perpetrada mediante abuso de autoridad y considerarla tipificada en el artículo 268 (como se resolvía en ese entonces, siguiendo a Soler) no implicaba una alteración. A partir de la reforma parcial introducida por la ley 20.642 y las ulteriores modificaciones ha variado sustancialmente la situación.

La amenaza punitiva para el delito de extorsión (art. 168) trepó de cinco a diez años de prisión o reclusión, sin alterar los otros dos delitos antes mencionados. Por lo cual, afirmar en la actualidad que la concusión sea una extorsión perpetrada mediante abuso de autoridad, considerándola prevista y reprimida dentro del artículo 268, altera sustancialmente su ubicación dentro de la escala punitiva del Código Penal.

Así planteadas las cosas, otro argumento sostenido por Rimondi, que se dirige contra el reconocimiento de la figura de concusión dentro del artículo 268 o, en su caso, dentro del artículo 266 del Código Penal, es el de desarmonía de las penas. No puede sostenerse –se

[35] Analizar el delito de concusión en el artículo 268.

[36] CCrim.Fed. de la Capital, 11-8-99, "De La Torre, Nelly", J. A. 1959-VI-364, del voto del Dr. Ramos Mejía.

alega– que el legislador se ha equivocado y que la estructura punitiva del Código Penal carece de criterio. Si en el artículo 268 del Código Penal, donde el agente exige para el Estado pero luego convierte para él, se prevé una pena de dos a seis años de prisión, no es coherente que en el 266, donde el agente abusando del cargo directamente pide para sí inspirado en un móvil meramente particular, se prevea una pena de uno a seis años de prisión.

Considera inaceptable el hecho de que el abuso funcional sea un atenuante de la figura de extorsión, dado que el abuso de autoridad es una figura autónoma en nuestro sistema (art. 248), por lo tanto, jurídicamente no puede afirmarse que cuando ella concurre con otra produce una atenuación de la pena en lugar de agravarla[37]. No habiendo variado de modo alguno la descripción normativa de las conductas típicas (las reformas en cuestión sólo cambiaron las penas), un delito cambia su adecuación jurídica de un artículo a otro.

De Luca considera, sin embargo, que los preceptos penales contienen dos partes, una es la descripción de la conducta punible y la otra la consecuencia punitiva deparada a quien se considere la ha realizado, y opina que lo lógico es que las razones de política criminal que motivan la necesidad de inclusión de una conducta dentro del catálogo de acciones prohibidas o debidas vayan de la mano con las que se tuvieron en cuenta para asignarle mayor o menor gravedad, y que serán las que generen la amenaza de mayor o menor pena para el autor. Se trata de dos procesos distintos, en dos niveles de análisis, y la inconsecuencia de uno no tiñe al otro.

En todo caso, será un motivo de crítica a la política criminal del Estado.

Como conclusión a todo lo expuesto, nos parece acertada la visión de Ramos Mejía al entender la exacción como recaudación o cobranza arbitraria de rentas, tributos, impuestos, derechos o contribuciones, esto es, algo que se puede adeudar al Estado[38].

En cambio, la dádiva es algo que se entrega sin obligación jurídica alguna, vale decir, en este caso el autor actúa ab initio en su propio

[37] Entendiéndose la concusión como extorsión cometida por abuso de autoridad.
[38] RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 39.

beneficio al conocer que lo exigido no es adeudado por el requerido, sin posibilidad de convertir lo entregado en su propio provecho[39].

Dádiva significa cualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico (vgr. regalos de cosas, dinero, nombramientos, etc.)[40].

Esta postura fue acogida en forma mayoritaria por la jurisprudencia[41]. Así se ha dicho que: "Cuando una inspectora de la DGI recibe para sí una suma de dinero a cambio de omitir revelar anomalías adversas al realizar inspección en los libros contables de un establecimiento, queda incursa en el tipo del artículo 266 del Código Penal, que no solamente contempla la exigencia indebida de una contribución en favor del Estado, sino también la acción del funcionario que exige para sí una dádiva que de antemano no va al erario público. Es decir que estamos en presencia de un delito autónomo e independiente dentro del propio artículo 266 que es el delito de concusión. Para la configuración de este tipo no debe repararse en individualizar algún vestigio de ardid o engaño, sino en advertir el carácter extorsivo de la acción"[42].

## V. Tipo objetivo

### 1. *Acciones típicas*

Las acciones descriptas por el tipo penal, luego de la reforma de la ley 25.188, son: solicitar, exigir, hacer pagar, hacer entregar, indebidamente, contribuciones, derechos o dádivas, o cobrar mayores derechos que los que le corresponde, abusando del cargo.

Según Ramos Mejía, hay una clara distinción entre exigir y hacerse pagar o entregar, y agregamos nosotros, solicitar, aunque es cierto que todas ellas están unidas por un vínculo legal interior que es el abuso del cargo[43].

[39] Ídem nota anterior.

[40] Ídem nota anterior, p. 81.

[41] CCCorr.Fed., sala II, "Biafore, Gustavo", B. J. 1989-285; TOCr. Nº 12, 9-6-99, "Wowe, C.", L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal, del 27-9-99, con nota de Javier A. De Luca.

[42] CCCorr.Fed., sala II, "Dejean, Hugo", B. J. 1986-2-252.

[43] RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 64.

Por exigir se entiende demandar imperiosamente, esto es, obrar caprichosamente, despóticamente. En este sentido hay una clara relación entre este verbo y el que se utiliza en el artículo 168, esto es el "obligue" de la extorsión. Según Ramos Mejía, éste era el sentido del término *metus* de la definición de Farinaccio, que tenía que ver con el empleo de violencia, amenaza o abuso de autoridad. Claro está que el término violencia significa, en el artículo 266 del Código Penal, violencia moral que vence la resistencia ajena. Es una coacción de naturaleza psicológica[44]. Majno, cuando definía el término constreñir del Código de Italia, afirmaba que "la coacción de la cual puede hacerse nacer el temor es la que resulta de los recursos fiscales de que se dispone"[45]. Queda excluida, como es obvio, la fuerza física.

Hacerse pagar significa, para una parte de la doctrina, solicitar imperiosamente el pago de dinero o documentos con poder cancelatorio (vgr. cheques); hacer entregar es hacer dar algo que tenga valor o cumpla una función económica, y cobrar es percibir algo en pago[46]. Conteste con esta idea se ha sostenido que "Configúrase el delito de exacciones ilegales (art. 266, Cód. Pen.) cuando el funcionario público coloca al sujeto pasivo en una situación tal que, aun cuando acepte la entrega de la dádiva, ésta se concreta bajo especiales circunstancias"[47]. También se afirmó que en el delito de exacciones ilegales el funcionario público realiza una conducta abusiva a fin de obtener más de lo debido o desbordar los límites de su autoridad[48]. Aunque también se sostuvo que la exigencia abusiva por parte del funcionario público en su propio provecho constituía el delito de extorsión (art. 168, Cód. Pen.)[49] o cohecho (art. 265, Cód. Pen.)[50].

En cambio, para otro sector, hacer pagar o entregar descarta el uso de toda violencia, acercándose más al delito de estafa, por medios

[44] RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 65.

[45] MAJNO, *Commento al Codice Penale italiano*, Torino, 1924, t. II, p. 204, cit. por RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 65.

[46] CREUS, ob. cit., § 720, p. 390.

[47] CCCorr., sala V, 23-11-82, "M. M.".

[48] CCCorr.Fed., sala I, "Sichel, Gerardo", B. J. 1988-3-21.

[49] CCCorr., sala VI, 1-11-91, "Coll Areco, A.", B. J. 1991-5.

[50] CCCorr., sala I, 8-4-99, "Rumbo, A.", disidensia del Dr. Tozzini.

fraudulentos, mentidos, engañosos, que captan la voluntad del sujeto pasivo, que al delito de extorsión[51].

De modo que la diferencia estaría en que en una es la exigencia y en la otra la determinación mediante el error[52]. Este mismo criterio, que creemos es el acertado, sigue Aguirre Obarrio cuando expresa que "cuando exige de más, opera sobre la libertad psíquica de la víctima, pues la atemoriza; cuando se hace pagar más de lo debido, opera con falsía, es decir, introduciendo un error en el cuadro que presenta la víctima, lo que también influye sobre la libertad interna"[53].

La arbitrariedad de la exigencia formulada por el funcionario, es decir, aquella que pasa de ser legítima para convertirse en ilegítima teniendo en cuenta para ello el abuso funcional con que formula el agente su reclamo, puede adoptar dos formas distintas según el modo de actuar del autor. Así, el funcionario puede exigir en forma explícita la ilegítima exigencia, pero también puede hacerlo en forma encubierta o solapada, es decir, cuando el funcionario oculta al exigido la arbitrariedad de su demanda[54].

La cuestión podía ser discutida con anterioridad a la reforma actual, sin embargo la inclusión del verbo "solicitar" excluye toda duda sobre el tema. Claro está que para que exista la coacción el funcionario debe ejercer coerción o valerse del error ajeno. Si por el contrario recibe la dádiva sin abusar del cargo o del error, no hay duda de que el tipo penal pasa a ser el de cohecho, esto es, un contrato entre ambas partes, y no la utilización de la coerción o el error.

En síntesis, "la autoridad o funcionario que realiza el tipo de exacción ilegal representa la imagen del funcionario codicioso, que anhela el enriquecimiento a cargo de la ciudadanía y mediante el prevalecimiento de su poderío, lo que no se sabe qué es peor, de funcionario hiperceloso en el desempeño de su cometido recaudador, para incrementar las arcas del tesoro público, a costa de las aportaciones

[51] RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 66.

[52] Ídem nota anterior, p. 67.

[53] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 363.

[54] CREUS, ob. cit., § 718, p. 389; RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 64. En igual sentido, CCCorr., sala I, 1-6-82, "M. H. A.".

económicas del ciudadano, por una actividad administrativa que directa o indirectamente afecta singularmente al mismo, forma ésta de avaricia institucional de quien experimenta el encantamiento y del lumbre del poder, del resorte detestable del mismo no para mientes, en perjudicar al particular"[55].

2. *Carácter indebido*

Las acciones típicas referidas deben revestir el carácter de indebidas, es decir, las exigencias previstas deben ser obligaciones no debidas en su totalidad o en la medida de lo requerido por la ley cuando se trate de derechos[56].

Se trata de un elemento normativo del tipo que obliga al juzgador a efectuar una más honda apreciación de las circunstancias en que se cometió el delito. También se sabe que estos elementos normativos han provocado discusión en la doctrina por el lugar que ocupan, de si realmente pertenecen a la tipicidad o directamente a la antijuridicidad.

Cuando el artículo 266 habla de indebidamente se refiere a una exigencia de pago no debida legalmente que se debe producir en el marco del ejercicio de la función pública.

El carácter de indebido no se presentaría en el supuesto de las dádivas, ya que ellas no son debidas por el sujeto pasivo al Estado[57].

De allí que se regulen dos supuestos distintos en relación al título según el cual el funcionario público demanda en forma arbitraria al sujeto pasivo. La ilegitimidad puede provenir precisamente de la ausencia de todo derecho o título para formular la exigencia, extremo que acontece cuando el autor carece de facultades para realizar la demanda, la cual se torna ilegítima. Sin embargo, puede ocurrir lo contrario, vale decir, que el funcionario público actúe dentro del marco de sus funciones pero la exigencia se convierta en arbitraria por el exceso en su formulación[58].

[55] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 425.
[56] CREUS, ob. cit., § 720, p. 390.
[57] RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 75.
[58] CREUS, ob. cit., § 721, p. 390.

### 3. *Abuso del cargo*

Las acciones típicas descriptas deben ejecutarse con abuso del cargo que desempeña el agente público. El autor debe formular el requerimiento con base en la función que cumple dentro de la administración pública, ya que en caso contrario el agente no estaría abusando precisamente de su cargo, sin perjuicio de que su ilegítima demanda puede subsumirse en otro tipo penal[59].

Riccio había señalado que la esencia del delito de exacción es el abuso del cargo. Bien ha dicho Ramos Mejía que hay que diferenciar entre los abusos propiamente dichos y las violaciones de deberes, concluyendo que los únicos tipos que requieren el abuso funcional son la privación de libertad, prevista en el artículo 143, inciso 1°; la violación de secretos del artículo 154, y la exacción ilegal y la concusión del artículo 266. En todos estos casos, tanto en la privación de libertad como en la violación de secreto o cobro de contribuciones o derechos, pueden ser, en ciertos casos, perfectamente legales. La ley quiere sancionar esos hechos cuando son consecuencias de abusos. Abusar significa, en este caso, usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente alguna cosa. En la comprensión que hemos hecho del artículo 266 debe entenderse que no sólo se reprime el abuso del cargo con referencia a la función específica que éste tiene, sino que, además, al existir la dádiva se debe invocar también la calidad de funcionario público. En síntesis, el abuso tanto del propio cargo en concreto como la condición genérica del funcionario[60].

Así la jurisprudencia ha dicho: "Al no haberse valido el imputado de su autoridad para exigir derecho mayor del que correspondía, no se configura el tipo de exacciones ilegales, ya que cobró al particular el importe correcto, reteniéndolo para sí en vez de entregarlo al ente estatal, perjudicando de este modo al empleador y no al usuario, adecuándose dicha conducta al tipo penal de defraudación por retención indebida con agravante por ser perjuicio de una administración pública"[61].

[59] CREUS, ob. cit., § 722, p. 391; CCCorr., sala I, 3-2-81, "Saullo, Dante", B. J. 1981-3-57; sala II, 27-5-82, "García, Hugo".

[60] RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 70; SOLER, ob. cit., t. V, p. 222.

[61] CCCorr.Fed., sala I, "Peñalva, Mario Omar", B. J. 1988-2-21.

Pero esta postura no es pacífica, ya que algunos precedentes jurisprudenciales prescindieron del requisito del abuso funcional, bastando para ello la comprobación de que el agente público haya abusado de su condición genérica de funcionario[62].

4. *Objetos de la exacción*

Los objetos de las exacciones pueden ser contribuciones, derechos o dádivas. Las contribuciones se refieren a impuestos, los derechos pueden referirse a pagos por prestaciones de servicios (tasas), sanciones (multas), u obligaciones fiscales provenientes de otros actos administrativos especificados sobre determinadas personas físicas o jurídicas (por ej., permisos de instalación en la vía pública, autorización para el ejercicio de una actividad, etc.)[63].

Para Aguirre Obarrio los términos contribuciones y derechos se refieren a pagos a la administración, trátese de impuestos, tasa u otras cantidades por servicios, multas o intereses. El propio Aguirre cita a Rodolfo Moreno cuando dice: "en mi concepto, y ateniéndome a la letra y el espíritu de la ley, que no puede haber lugar a dudas, y que la exigencia de un impuesto cuando no existe la disposición legal que lo haga efectivo se hace pasible de las penas consignadas en el Código.

"Es de esperar que el sistema del desorden administrativo no perdure, y es de desearse que, si se mantiene, los jueces corrijan los males y cumplan los deberes, procesando y condenando a los funcionarios que infrinjan el Código Penal de una manera tan ostensible, golpeándolos con las sanciones del caso, cualesquiera que fueran su categoría y su importancia"[64].

Un problema de especial relevancia, como ya se explicó, lo constituye las dádivas, las que por su naturaleza y contenido toman dificultosa la aplicación del mismo parámetro que para los restantes objetos de la exacción. Creus dice que la dádiva no es una obligación impuesta en cabeza del requerido, sino todo lo contrario; ella se refleja como

[62] CCCorrec., sala 7, 15-2-88, E. D. 128-404; sala II, 29-7-79, "Benedetti, Orfilo"; sala IV, 2-3-94, "Gisen de Jait, G.".

[63] CREUS, ob. cit., § 724, p. 393.

[64] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 258, en MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 264.

una contribución graciable con contenido económico que realiza el sujeto pasivo en función del específico reclamo del agente, el cual obviamente actúa en forma arbitraria y abusiva[65].

Para Ramos Mejía, a quien hemos seguido en este punto, no es correcta la posición de Soler, quien afirma que la dádiva debe tener valor económico, descartándose todo lo que solamente constituye una satisfacción estética, sentimental o sensual o puramente honorífica, o una complacencia de la vanidad[66].

Para el autor citado en primer término esta interpretación es vulgar para la palabra dádiva. Esta última es un término técnico utilizado ya por el legislador en los artículos 256 a 259. Si en estos artículos se hablaba de dinero o dádiva, está claro que este segundo término debe tener una amplitud mayor que el meramente económico. Por eso estamos de acuerdo con Ramos Mejía en sostener que la palabra dádiva conlleva la idea de cualquier beneficio, provecho o utilidad, con o sin valor económico: regalo de cosa o de dinero, préstamo de cosas o de dinero, descuentos, concesión de créditos, nombramientos, licencias, ascensos, honores, entradas gratuitas a espectáculos públicos, el comercio sexual. Y no serán dádivas, por falta de beneficio o provecho económico, las meras relaciones de índole amistosa, los placeres puramente estéticos y las alabanzas que sólo satisfacen la vanidad personal[67].

5. *El tipo subjetivo*

El tipo penal de exacciones, en cualquiera de sus variantes, es doloso, y a nuestro criterio se exige dolo directo. El autor debe conocer un elemento normativo del tipo, esto es, que lo que cobra es indebido, ya sea porque se aparta de la ley, ya sea porque va más allá de ella. Como tiene que haber abuso, exigido por el mismo tipo, se descarta el dolo eventual y la culpa.

El error elimina el dolo, ya sea vencible o invencible en este caso, al igual que el error de prohibición, si es que cree que actúa de acuerdo a derecho.

[65] CREUS, ob. cit., § 725, p. 393.
[66] SOLER, ob. cit., t. V, p. 182.
[67] RAMOS MEJÍA, ob. cit., ps. 80 y 81.

## VI. Autoría y participación delictiva

Se trata de un delito especial propio porque el sujeto activo debe ser necesariamente un funcionario público, que abuse del cargo[68].

Sujeto activo del delito en el caso de la exacción ilegal es la autoridad o funcionario público facultado legalmente para percibir la contribución o los derechos. Por lo tanto, la exigencia recaudatoria la debe hacer el funcionario público en el ámbito del ejercicio de la función propia, en relación a las actividades inherentes a su función. Si fuera un funcionario público no competente para exigir el pago, la conducta se desplazaría al tipo penal de estafa o cohecho[69].

En el caso de las dádivas, el sujeto activo puede ser cualquier funcionario público atento al carácter que ésta tiene. Al tratarse de un delito especial propio, sólo es posible la complicidad, mas no la coautoría de un tercero no funcionario, ni tampoco la autoría mediata, tal como lo hemos afirmado en otra ocasión[70]. La jurisprudencia ha sostenido diversos criterios, algunos coherentes con lo que venimos diciendo y algunos no tanto, debido a la discusión existente en este delito. Así, por ejemplo, el síndico designado judicialmente en una convocatoria de acreedores[71]; el inspector municipal que induce o insinúa en la voluntad de los puesteros de un mercado para que le entreguen mercaderías o dinero a fin de no exigirles el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias[72]; el suboficial de Prefectura Naval Argentina que exige dinero, abusando de su cargo, de un marinero, aprovechando la necesidad de la aprobación de la libreta de embarco[73]; el empleado de una empresa estatal que valiéndose de su calidad ejerció presión psicológica sobre la víctima para viciar su voluntad y de esa manera recibir una dádiva[74]; el agente de policía que exigió una suma

[68] Ídem nota anterior, p. 53.

[69] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 425.

[70] DONNA, ob. cit.

[71] CCCorr., sala I, 24-7-67; sala IV, 30-3-65, E. D. 13-452.

[72] CCCorr., sala I, 7-12-65, E. D. 19-323; sala V, 22-10-65, E. D. 15-233; sala 7, 15-2-88, "Lotito, Carlos", B. J. 1988-1-42.

[73] CCCorr.Fed., sala II, "Herrera, Néstor José", B. J. 1987-2-11; ídem, "Sosa, Oscar A.", B. J. 1988-3-20.

[74] CCCorr.Fed., sala I, "Manes, Enrique", B. J. 1984-2-354.

de dinero para no labrar el acta de tránsito respectiva o para omitir el cumplimiento de sus funciones[75]; el inspector del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados que recibió un cheque por elevada suma de dinero de parte del propietario de un laboratorio bajo su inspección[76]; el militar que exigía dinero a sus subalternos a cambio de obtener un mejor destino[77], los empleados de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones que demandaron sumas dinerarias al vicecónsul del Consulado de Francia para conectar las líneas telefónicas[78]; la retención del importe de parte de las mejoras en la comercialización del kerosene, por medio de resoluciones ministeriales, reconocidas a favor de los distribuidores oficiales de dicho producto, para entregarlos a entidades determinadas[79]; los funcionarios de la Dirección General de Gestión Financiera de la Legislatura de Buenos Aires que exigieron dinero a la víctima a cambio de otorgar contratos publicitarios[80].

Cualquier otra persona que participe en la ejecución del delito y no reúna las especiales cualidades exigidas para ser autor responde sólo como cómplice (arts. 45 y 46, Cód. Pen.)[81].

## VII. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, entendido éste como el titular del bien o interés lesionado, es, tanto en el delito de exacciones como en el de concusión, complejo. Hay dos bienes jurídicos directamente puestos en juego. Por una parte el Estado, ya que se viola el normal funcionamiento de la función pública, y por otra el particular, ya que queda afectado su patrimonio. Esta reflexión no es meramente académica, sino que le permite al particular constituirse como parte querellante y actor civil[82].

[75] CCCorr., sala III, 11-8-81, "Torres, Alejandro", B. J. 1981-9-192; sala IV, 8-4-99, "Rumbo, A.".

[76] CCCorrec., sala II, 27-5-82, "García, Hugo", B. J. 1982-3-99.

[77] CSJN, 25-11-97, "Alegre, Basilio Guillermo", *Fallos*: 320.

[78] CSJN, "Do Rego, Héctor", *Fallos*: 305:72.

[79] CSJN, "Figueira, Armando", *Fallos*: 236:292.

[80] CCCorr., sala I, 14-12-98, "Garavaglia, R.", interl.

[81] RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 55.

[82] Conf. RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 362; CREUS, ob. cit., p. 396.

## VIII. Consumación y tentativa

Para Creus la consumación no es igual en todos los supuestos típicos. En el caso del verbo exigir basta con que el funcionario haya realizado la exigencia sin que sea necesario el pago o que se entregue la dádiva. En este caso se trata de un delito de mera actividad que no admite tentativa. En el caso de hacerse pagar o entregar, la cuestión cambia, ya que acá sí se trata de un delito de resultado, al igual que en el cobro. En este caso, para el autor citado no hay dudas de que puede haber tentativa[83].

Para Ramos Mejía se trata de un delito formal entendido como tal aquellos en los cuales la acción es suficiente para consumar el delito de modo que la lesión o el peligro se identifican y coinciden temporalmente con la acción misma. En esto coincide con otros autores como Moreno, Soler y Gómez. Sin embargo, esta coincidencia de Ramos Mejía es parcial, ya que sostiene que se consuma el delito, y es en ese caso formal, cuando el funcionario sólo exige. En cambio es un delito material, entendiendo éstos como aquellos que se consuman no con la mera actuación personal sino con la producción de un resultado externo, vinculado causalmente a la acción, en los casos en que el agente con su acción persuasiva se hace pagar o entregar, siguiendo en esto la posición de Creus y también estando de acuerdo con la posibilidad de la tentativa[84].

## IX. Penalidad

La pena establecida por la ley 25.188 es de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, por lo cual todo el tema sobre la competencia discutido oportunamente queda solucionado con el nuevo texto legal, ya que interviene la justicia de instrucción. Anteriormente se había asignado competencia a la justicia correccional en razón de la penalidad.

[83] CREUS, ob. cit., p. 395.
[84] RAMOS MEJÍA, ob. cit., ps. 71 a 73.

## EXACCIÓN AGRAVADA POR EL MEDIO EMPLEADO (ART. 267, CÓD. PEN.)

Artículo 267: "Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años" (según ley 16.648).

### I. Tipo objetivo

El presente artículo agrava solamente en cuanto a la inhabilitación, que es hasta seis años, ya que la pena de prisión ha quedado igual.

Se trata de un agravamiento del artículo 266 en razón del modo coercitivo o engañoso utilizado por el funcionario para solicitar, exigir, hacer pagar o entregar indebidamente una contribución, un derecho, una dádiva o cobrar mayores derechos de los que le corresponden.

Está conteste la doctrina en sostener que la exigencia va acompañada, en este caso, de una intimidación específica, y que el error tiene medios determinados para producirlo.

#### 1. *Intimidación*

Cuando la ley se refiere a intimidación se trata de la amenaza de sufrir un mal determinado, por ello es necesario que el autor lo haga haciéndole notar a la víctima el mal de futuro. Esta amenaza se diferencia de la intimidación que trae la figura simple en que en ésta ella se produce por venir expresamente de la autoridad pública. En otros términos, lo que el autor hace en el artículo 266 es intimidar con la presencia de un funcionario público que pide; en cambio, en la agravante, es este funcionario que pide algo pero amenazando con mal a futuro, que debe ser idóneo para infundir temor al sujeto pasivo. El mal tanto puede ser el que puede imponer la autoridad pública como cualquier otro tipo de perjuicio[85].

[85] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 366; CREUS, ob. cit., p. 399; NUÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 137.

2. *El engaño*

El tipo penal se agrava debido a que el engaño está constituido por la orden de una autoridad superior, comisión, mandamiento judicial u otra autoridad legítima. Se trata entonces de que el autor aparece como intermediario que ejecuta una orden y que esta orden de autoridad es falsa, y por otra parte que quien paga lo hace creyendo que cumple con aquella orden superior[86].

En cambio, si la orden es real y el funcionario la cumple, exigiendo lo que no hay que exigir, el autor será quien dio la orden, pero por exacción simple.

## EXACCIÓN AGRAVADA POR EL DESTINO DE LO RECIBIDO (ART. 268, CÓD. PEN.)

Artículo 268: "Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores".

### I. Antecedentes históricos

Ya se ha visto, cuando analizamos los antecedentes del 266, de dónde provenían los artículos en cuestión. Sin embargo, vale la pena hacer una breve recapitulación de este artículo 268.

El Proyecto Tejedor de 1848, en su artículo 421, lo había tomado del artículo 327 del Código de España y posteriormente se encuentra en el Código de 1886. También fue receptado por los proyectos de 1891 y de 1906. La frase "o de terceros" fue agregada por el Senado en el proyecto de 1917[87].

Cuando Moreno explica este artículo sostiene que el malversador se apoderaba de caudales, valores u objetos fiscales y que el autor de la exacción realiza el apoderamiento en bienes de particulares, que ha arrancado u obtenido como si fueran para el fisco. Le llamaba la aten-

[86] SOLER, ob. cit., t. V, § 145-5; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 138; CREUS, ob. cit., p. 399.

[87] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 138.

ción en ese momento, el cambio de pena con respecto a la malversación en el caso de la sustracción, ya que en el primer delito, esto es, la exacción del 268, la sanción era sustancialmente menor, y decía expresamente: "en mis papeles no he encontrado tampoco ningún antecedente, lo que me hace presumir se haya incurrido en un error de copia, ciertamente lamentable"[88].

## II. Tipo objetivo

Afirmaba Moreno, que el artículo se refiere al funcionario que ha ejecutado el delito de exacción y que tiene en su poder el resultado de su acción, o sea el dinero o las cosas, y que se apodera de ellas convirtiéndolas en su provecho o en el de terceros. Por ende, el artículo es complementario del 266 y supone la ejecución más completa, pues el funcionario no podría apoderarse de los bienes sin haberlos obtenido.

La esencia del delito consiste en convertir las exacciones del 266 y 267 en provecho propio o en el de un tercero. En este caso, *convertir* significa tomar lo que se recaudó en base al 266 y 267, dándole un destino distinto, que consiste en impedir que entre a la administración. El cambio de destino conlleva entonces que los fondos ingresen al patrimonio de un tercero.

Decimos que acá está la esencia del delito del 268, porque si el dinero ingresó y luego el funcionario público se lo apropia, estaremos frente al delito de peculado, esto es, una forma agravada, como ya hemos visto, de la malversación prevista en el artículo 261, primera parte, que tiene, tal como observó Moreno, una pena sustancialmente mayor. Por lo tanto, para que se dé la exacción agravada, tiene que haber previamente una exacción del 266, el funcionario debe haber pedido o exigido para la administración pública; si por el contrario, el funcionario exigió para sí, no estamos dentro del artículo 268 sino que estaremos dentro del 266 dentro de la posición de Ramos Mejía, o directamente del delito de extorsión o robo para la posición de Creus. No vamos a repetir lo antes dicho, pero todo el problema se ha suscitado por la redacción dada en definitiva al artículo 266. Por lo tanto, esta

[88] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 262.

explicación del artículo 268 vale al solo efecto de la conducta prevista en el 266, por ende, la concusión no es *este* delito, sino lisa y llanamente el 266, en cuanto habla de dádiva.

## III. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso que exige dolo directo, ya que el sujeto debe saber que convierte en propio lo que pidió para la administración.

El error elimina el dolo sin perjuicio de que la conducta se desplace hacia otro tipo legal.

## IV. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la conversión en provecho propio o de un tercero, no bastando que el sujeto no ingrese en la administración lo recaudado. Si bien la tentativa es posible, hay que recordar que todas las conductas previas a la conversión han caído dentro de la exacción ilegal. Aunque es pensable la tentativa por ser un claro delito de resultado.

## V. Diferencia con otras figuras legales

### 1. *Hurto*

La jurisprudencia ha sostenido sobre esto: "El hecho que motiva la condenación, la obtención para sí por parte del imputado de un frasco de perfume que portaba una persona al abandonar el puerto y ser registrado por aquél, no es constitutivo de hurto. Tal como se desprende de las piezas procesales, fue la calidad funcional del cabo primero imputado y la circunstancia de que hiciera valer la autoridad que emanaba de su cargo la que determinó en un primer momento la entrega y luego que consintiera la no restitución del bien"[89].

### 2. *Extorsión*

La jurisprudencia ha sostenido diversas posiciones según se haya receptado la posición de Ramos Mejía o de Creus antes mencionadas:

[89] CCCorr.Fed., sala II, "Olivera, Jorge", B. J. 1985-2-250.

"La exigencia ilegal de una dádiva mediante intimidación, efectuada por quien era autoridad pública, y no simulando dicha condición, configura el delito de concusión –artículos 266 y 267 del Código Penal–, debiendo descartarse la existencia de la figura de la extorsión"[90].

"La diferencia fundamental entre el delito de exacciones ilegales calificadas, por haber sido cometido mediante intimidación, y el de extorsión perpetrado por igual medio comisivo, consiste, sustancialmente, en que en aquel delito contra la administración pública el autor es funcionario competente, aunque por excepción pueda caber que lo sea también en actividad funcional semejante y, en cambio, en el aludido delito contra la propiedad el agente no es funcionario, y si lo es, carece en absoluto de atribuciones para actuar"[91].

[90] CCCorrec., sala II, 29-5-81, "Ambroggio, Hugo".
[91] CCCorrec., sala III, 8-6-79, "Díaz, Carlos A.".

# CAPÍTULO IX BIS

# ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS

SUMARIO: Las reformas de las leyes 16.648 y 25.188 y el origen de las figuras penales de este capítulo. *Utilización con fines de lucro de informaciones o datos reservados.* I. Antecedentes. II. El bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. El elemento normativo "informaciones o datos de carácter reservado". 2. El elemento normativo del tipo "en razón de su cargo". IV. Tipo subjetivo. 1. El dolo. 2. El error. 3. El elemento subjetivo "ánimo de lucro". V. Autoría. VI. Consumación y tentativa. *Enriquecimiento ilícito de funcionario o empleado público.* I. La constitucionalidad de la figura. II. Análisis del delito. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) El enriquecimiento. Los requisitos de su magnitud y ubicación temporal. c) El requerimiento y la autoridad competente para efectuarlo. d) El contenido de la prueba y su secreto. e) El sujeto activo. f) Participación criminal. La persona interpuesta. g) Consumación y tentativa. 3. Tipo subjetivo. 4. Antijuridicidad. 5. Atribuibilidad. *Omisión maliciosa de presentar declaración jurada patrimonial y falsedad u omisión de los datos en ella insertados.* I. Bien jurídico tutelado. II. Tipo objetivo. 1. Acción típica. 2. El plazo para la presentación. 3. Sujetos. III. Tipo subjetivo. IV. Consumación y tentativa.

## Las reformas de las leyes 16.648 y 25.188 y el origen de las figuras penales de este capítulo

El primero de los tipos penales en este capítulo parece encontrar su génesis en la filtración de información. La relación entre actos de gobierno y cambios de titularidad de bienes en un lapso próximo anterior al conocimiento general de una medida cuyo efecto inmediato solía ser el incremento del valor de tales efectos derivó en una sospecha generalizada sobre el aprovechamiento de parte del funcionario que

de antemano tenía acceso al conocimiento sobre la futura adopción de una resolución implementada reservadamente[1].

La inclusión de este tipo penal bajo el título de enriquecimiento ilícito de empleados y funcionarios se justifica al considerarse el hecho típico más como una fuente de enriquecimiento posible que efectivo, en tanto consiste no ya en la concretada obtención de beneficios sino en el uso de información reservada a la cual el cargo otorga acceso, con el fin lucrativo que tal utilización puede suministrar[2].

Sucede que el uso indebido de datos o información reservada con fines lucrativos es un abuso de la función pública, pero dicho abuso guarda íntima conexión con el deber de sigilo, del que implícitamente forma parte el no hacer uso de la información obtenida en el ejercicio de la función pública para fines personales[3].

En cuanto al segundo de los artículos, la idea de diseñar un tipo penal tendiente a reprimir la conducta de quienes en ejercicio de la función pública se enriquecieran ilegítimamente fue gestada en nuestra doctrina penal hacia la década de 1930. El primer proyecto, de 1936, se atribuye al diputado Rodolfo Corominas Segura. La iniciativa, bien vista desde varios sectores, fue seguida de un proyecto de José Peco, que tampoco alcanzó sanción. Luego fue Sebastián Soler quien efectuó otro fallido intento, que no debería considerarse tal si se tomara en cuenta que el proyecto de Ricardo C. Núñez –texto vigente– prácticamente guarda identidad con él.

El sustrato sociológico de esta construcción jurídica obedece, entonces, a la simple observación de grandes aumentos patrimoniales de algunos funcionarios, ocurridos tras pocos años de desempeño en un cargo público, con lo que el desconocimiento de la razón legítima de semejante aumento produce en el ciudadano la sospecha sobre una actuación non sancta de aquél.

[1] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Buenos Aires, 1999, t. III, p. 377.

[2] SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 4ª ed., actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, 1987, t. V, p. 265.

[3] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 849.

Recientemente, la ley 25.188[4] –denominada Ética en el Ejercicio de la Función Pública– ha introducido varias modificaciones al título de los delitos contra la administración pública. En lo que se refiere a este capítulo, la redacción del numeral primero del artículo 268 ha permanecido incólume. No ocurre lo mismo con el segundo, el que ha sufrido alguna alteración en su redacción: por un lado, el artículo ha incorporado en su texto nociones que ya habían sido perfiladas por la doctrina, tales como el concepto de enriquecimiento y el lapso en el cual el delito es susceptible de ser cometido; con respecto a este último punto, la nueva ley ha establecido un término de dos años posterior al cese en el ejercicio del cargo, lo que ciertamente brinda mayor seguridad jurídica al introducir un parámetro riguroso; por otro, ha elevado su penalidad, al estipular la imposición de una multa y cambiar el carácter temporario de la inhabilitación absoluta –antes era de tres a diez años– por el de perpetua.

Resta señalar que la novísima normativa ha introducido una nueva figura bajo el numeral tercero. Se trata de la omisión o falsedad en las declaraciones juradas patrimoniales de quienes en razón del cargo están obligados a hacerlo.

Por último, no debe soslayarse que la reciente legislación encuentra como marco de referencia la reforma constitucional de 1994, concretamente el artículo 36 de la Constitución Nacional, y la Convención Interamericana contra la Corrupción[5].

## UTILIZACIÓN CON FINES DE LUCRO DE INFORMACIONES O DATOS RESERVADOS

Dice el artículo 268 (1): "Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo".

[4] Sancionada el 29-9-99, promulgada el 26-10-99 y publicada en el B. O. 29.262 del 1-11-99.

[5] Ley 24.759; sancionada el 4-12-96, promulgada de hecho el 13-1-97 y publicada en el B. O. del 17-1-97.

## I. Antecedentes

El antecedente inmediato de la norma lo constituye el Anteproyecto de Sebastián Soler en el artículo 346, inciso b. De allí lo tomó Ricardo C. Núñez cuando lo propuso al Poder Ejecutivo de la Nación. Sin embargo, aunque no se lo mencione, es evidente su aproximación al artículo 7° del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1958. Ofrece, en cambio, matices diferenciales con la fórmula del artículo 15 del decreto-ley 4778/63[6].

El proyecto de 1960, en su artículo 346, inciso b, decía: "será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de treinta a cien días, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado [...] utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo".

Núñez, en su respuesta como director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba del año 1963, afirmaba que la codicia y el ánimo de lucro son fuente, en el país, de una profunda corrupción de la función pública [...] la situación creada exige un remedio inmediato [...] es preciso que la utilización o aprovechamiento lucrativo de la función pública se la comience a mirar o tratar como un delito grave, deshonrante y perjudicial[7]. Y agregaba sobre el articulo 268 (1), lo siguiente: que reprime otro modo de lucrar de los funcionarios o empleados públicos. El delito es grave porque, además de representar violaciones a la fe funcional o burocrática y de la reserva de la información o dato, el hecho puede tener malas consecuencias para la economía general. Se trata de un delito distinto al del artículo 157 del Código Penal[8].

## II. El bien jurídico protegido

No cabe duda de que, junto al artículo 268 (1) del Código Penal, este tipo penal pretende –como lineamiento general– proteger a la

[6] *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, enero-marzo 1969.

[7] NÚÑEZ, en *Cuadernos de los Institutos*, Instituto de Derecho Penal, N° 67, ps. 163, 167.

[8] Ídem, p. 172.

administración pública frente a los hechos que, inspirados en un fin lucrativo del agente, pervierten la actuación funcional pública[9].

Como característica singular del tipo penal inspeccionado, en lo que se refiere a la específica tutela, un sector destacado de la doctrina nacional ve el objeto de resguardo en la protección de la imparcialidad de los órganos de la administración frente a terceros, atacada en el caso por quienes se valen de los poderes propios de la función para lucrar con ellos o hacer lucrar a terceros[10].

Dentro del Derecho Penal Comparado encontramos el artículo 442 del Código Penal español y el 326 del Código Penal italiano que dan similar redacción y contenido a esta figura penal. Es por ello que pueden resultar de utilidad las consideraciones efectuadas por la doctrina española respecto al cuño legal mencionado.

En tal sentido, se dice que el bien jurídico protegido es la rectitud y la imparcialidad de la administración, pero también lo es el deber de no aprovecharse de conocimientos adquiridos en el ejercicio de la función pública para conseguir un interés privado, lo que lesionaría el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, que no debe admitir que el poder político se utilice en beneficio particular del que lo detenta[11]. Se trata, en último término, de evitar que los funcionarios obtengan beneficios económicos prevaliéndose de sus atribuciones[12].

Con respecto a la disposición penal italiana, se señala que la utilización del secreto de oficio ofende el interés existente en que el secreto no sea revelado indirectamente (como consecuencia de su utilización) y el interés en que el funcionario público no saque ventaja respecto de los otros ciudadanos, mediante la utilización en sede privada de noticias secretas conocidas por razón del cargo[13].

[9] NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1971, p. 140.

[10] CREUS, *Delitos*... cit., p. 406.

[11] MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 850.

[12] MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios*... cit., p. 1271.

[13] PAGLIARO, *Principi*... cit., ps. 271/2.

## III. Tipo objetivo

La acción tipificada es la de utilizar con fines de lucro las informaciones o datos reservados adquiridos en razón del cargo.

*Utilizar* es valerse del dato o información; es operarlos, manejarlos con la finalidad prevista en el tipo, es decir, emplearlos con un sentido utilitario[14]. Es hacer uso de acuerdo a las formas de provecho[15].

Queda comprendida la utilización provechosa, sin que aparezca necesario la obtención del provecho[16]. Debe remarcarse que la acción típica es la utilización y no el aprovechamiento.

Es el autor quien debe hacer uso para sí o para un tercero, por cuanto la inclusión de éste en la redacción típica no debe generar confusiones: se sanciona al funcionario que emplee para sí o para otro, sin que la referencia al tercero signifique que el uso de los conocimientos pueda ser realizado por alguien distinto a su detentador[17].

Se plantea el problema de si la revelación de la información a un tercero queda atrapada por esta descripción típica. Ello no parece posible; pero no debe verse aquí una laguna de punibilidad por cuanto tal situación se ajusta al texto del artículo 157 del Código Penal.

Esta acción típica de "utilizar", entonces, cubrirá todas aquellas acciones que, sin consistir en una revelación, supongan el empleo de datos o informaciones conocidos lícitamente con la finalidad de obtener un beneficio económico[18].

Numerosos son los casos suministrados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

El sujeto que conocía el futuro cierre de la importación de un producto con el consiguiente encarecimiento interno, y para sacar ganancia de esa información acaparó ese producto. El sujeto que

[14] CREUS, ob. cit., p. 407.

[15] CARRERA, Daniel P., *Utilización con fines de lucro de conocimientos funcionales reservados. Artículo 268 (1) del Código Penal*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, 1969, N° 1, p. 49.

[16] CREUS, ob. cit., p. 407.

[17] CARRERA, ob. cit., p. 50.

[18] MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, ob. cit., p. 1272.

conocía la ubicación de ciertas obras públicas que valorizarían toda una región y compra tierras a bajos precios[19].

Basta que el funcionario sepa que el Ayuntamiento va a recalificar unos terrenos y permitir su urbanización para que antes de que ello trascienda compre algunas parcelas que en poco tiempo multiplicarán por diez su valor[20].

Configura el delito de utilización lucrativa de informaciones reservadas la acción de empleados policiales que suministraron en beneficio propio antecedentes administrativos (conocidos por la función) con miras a obtener beneficios económicos derivados de los juicios que se iniciaban contra el Estado[21].

Comete prima facie los delitos de los artículos 265 y 268 (1) del Código Penal el funcionario del Banco Hipotecario Nacional (síndico) y a la vez dueño de una sociedad anónima propietaria de una casa de departamentos en venta en propiedad horizontal que publicitaba y contrataba las respectivas enajenaciones con financiación parcial de dicho banco, que él mismo se encargaba de asegurar mediante su intervención funcional, mejorando con ello el precio de venta (incluso a través de un plus por reintegro de gastos), valiéndose de su conocimiento de una operatoria reservada de la entidad (HE 830, sistema de excepción que tenía por objeto la atención de problemas apremiantes que constituyeran reales emergencias socio-habitacionales)[22].

Constituye utilización de informaciones o datos de carácter reservado reiterado en concurso real con supresión de documento público –artículos 268 (1), 294, 298 y 55 del Código Penal– la asociación de inspectores municipales y particulares consagrada a la gestoría de diversos trámites del área de las labores de los primeros al permitirles constatar infracciones a los preceptos dispuestos por la municipalidad local y, así, ofrecerse a solucionar los problemas de los inspeccionados percibiendo un canon por ello, recibo mediante[23].

[19] SOLER, ob. cit., p. 265.

[20] MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 849.

[21] CCCorr.Fed., sala II, 9-9-84, "Trillo, F. y otros", J. P. B. A. 57, f. 3404, p. 29.

[22] CCCorr.Fed., sala II, 11-8-89, "Di Fonzo, A. J.", J. P. B. A. 71, f. 8892, p. 42.

[23] CCCorr., sala VII, 25-11-97, "Rodríguez, A.", c. 21.791, J. P. B. A. 103, f. 33, ps. 11/2.

En cambio, se ha desechado la aplicación del artículo 268 (1) del Código Penal cuando para entablar acción por calumnias e injurias los magistrados imputados han incorporado fotocopias del expediente en el que oportunamente intervinieran. Esta conducta, además de constituir el legítimo ejercicio de un derecho, como resulta la defensa del honor, de manera alguna importa la utilización de información reservada cuando las constancias habían ya adquirido estado público al haber constituido el objeto del artículo editado en una revista, por el que se consideraron agraviados[24].

1. *El elemento normativo "informaciones o datos de carácter reservado"*

La acción delictiva debe recaer sobre informaciones, respecto de lo que el funcionario conozca, o noticias que posea con relación a tratamientos administrativos a advenir, o datos; es decir elementos, actos para llegar al conocimiento de una cosa o deducir las consecuencias de un hecho. De manera que informaciones o datos equivalen a los conocimientos relativos a disposiciones a tomarse por la administración publica o antecedentes que ésta conserva[25].

La doctrina ha sostenido que entre los términos "información" y "dato" media una relación de género-especie[26]. En efecto, se dice que el primero implica una aproximación global respecto a una medida de gobierno, mientras que el segundo remite a un aspecto concreto, pero inequívoco, del cual se infiere esa medida[27]. También se ha dicho que la información es una noticia y el dato un antecedente[28], o que la primera es la noticia o conocimiento adquirido respecto de decisiones o actividades futuras de la administración, en tanto que el segundo es un elemento útil para completar un conocimiento o para hacerlo operativo[29].

[24] CCCorr., sala VII, 2-11-94, "Mancusi, A. D.", C. 2.081, J. P. B. A. 94, f. 44, p. 17.

[25] CARRERA, ob. cit., p. 47

[26] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 380.

[27] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 380.

[28] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. I, p. 141.

[29] CREUS, ob. cit., p. 408.

Ambos deben referirse a actos, decisiones, hechos o circunstancias vinculados al ejercicio de la función pública[30], sin que necesariamente deban versar sobre una acción u omisión futuras, sino que es suficiente con que se trate de un dato obtenido o confeccionado en orden a actos, funciones o tareas emprendidas por la administración, lo que deja abierta la posibilidad de un objeto de referencia situado en el pasado (por ej., una estadística)[31].

En cuanto al carácter reservado exigido por el tipo penal, la expresión legal parecería conducir a la idea de noticias ocultas, secretas, destinadas de un modo exclusivo para uso o personas determinadas.

Sin embargo, el concepto en análisis requiere de mayores precisiones.

Se entiende por esto, todo aquello cuya comunicación se prohíba[32], pero debe quedar claro que esta reserva se debe a que los datos o las informaciones tienen que ser aptos para la consecución del aprovechamiento material.

Reservado es todo aquello que no pertenece al conocimiento público; cuando un funcionario estatal conoce un dato o recibe un informe en razón de su cargo, ese dato, en la medida en que no tenga carácter público, es reservado[33]. Esto se explica por cuanto pertenece a la zona de reserva de la administración y no puede ser dado a conocer salvo que las reglas que fijan su actuación administrativa así lo autoricen[34]; en consecuencia, su empleo con fines de lucro hace que se halle presente el elemento del tipo penal[35]. En otras palabras, el dato o la información son reservados cuando el ámbito de conocimiento de tales contenidos se extiende sólo a una oficina de la administración o a un grupo de funcionarios[36]; "reservado", entonces, no equivale a "secreto", sino que es tal aquello que no debe revelarse más allá del ámbito de la función desempeñada[37].

[30] NÚÑEZ, ob. cit., p. 141.
[31] CREUS, ob. cit., p. 409.
[32] CARRERA, ob. cit., p. 48.
[33] CCCorr.Fed., sala II, 9-9-84, "Trillo, F. y otros", J. P. B. A. 57, f. 3404, p. 29.
[34] Ídem nota anterior.
[35] Ibídem.
[36] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 380.
[37] CCCorr.Fed., sala II, 11-8-89, "Di Fonzo, A. J.", J. P. B. A. 71, f. 8892, p. 42.

Esta condición de reserva puede provenir tanto de la naturaleza misma o de una disposición expresa o tácita de la ley o de autoridad competente[38]; incluso hasta la costumbre administrativa legalmente admisible puede generarla[39]. De igual modo, es dable su cese merced a la disposición en tal sentido de autoridad competente, ante el desvanecimiento de las razones que la determinaban, ante el transcurso del tiempo de reserva fijado por la ley o bien por su masiva difusión[40]. No resulta idóneo a tal efecto el mero transcurso del tiempo, sin perjuicio de su aptitud para hacer desaparecer su idoneidad desde el punto de vista lucrativo[41].

En síntesis, se entiende por información o datos de carácter reservado a todos aquellos cuya comunicación se prohíba[42].

El artículo de análoga redacción del Código Penal español habla de secreto e información privilegiada. El secreto o información privilegiada para esta legislación es aquella que no haya sido notificada, publicada o divulgada, y que se conozca exclusivamente en razón del oficio o cargo público. Esto implica para Polaino Navarrete que "la noción típica de secreto se sustancia en el conocimiento oficial que la autoridad o funcionario posee sobre alguna materia que por su naturaleza no está destinada al público o colectivo conocimiento, a la que el autor tuvo acceso por razón del oficio o cargo, y cuya utilización por parte del mismo puede ser idónea para reportarle beneficio económico[43]. Con respecto a esto último, es el propio legislador quien a renglón seguido efectúa una interpretación auténtica, útil para el aplicador del Derecho, a fin de desentrañar el significado de tal concepto; en efecto, en el segundo párrafo del artículo 442 del Código Penal se señala que se considera tal a *toda información de carácter concreto que se tenga por razón del oficio o cargo público y no haya sido notificada, publicada o divulgada*[44]. Asimismo, con relación a esto

[38] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. I, p. 142; PAGLIARO, ob. cit., p. 274.
[39] CREUS, ob. cit., p. 410.
[40] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. I, p. 142; CREUS, ob. cit., p. 410.
[41] CREUS, ob. cit., p. 410.
[42] CARRERA, ob. cit., p. 48.
[43] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., ps. 442 y 443.
[44] MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, ob. cit., p. 1272.

último, el carácter concreto de la información remite a su idoneidad para reportar un beneficio económico al que la usa[45].

Por último, entonces, el objeto de esta disposición penal son los antecedentes de cualquier naturaleza obrantes en las distintas ramas de la administración pública en sentido lato, o en sus manifestaciones autónomas, y respecto de los cuales pese prohibición de ser comunicados[46].

2. *El elemento normativo del tipo "en razón de su cargo"*

Esta exigencia típica se traduce en la necesidad de que el dato o información reservada haya sido conocido por el funcionario o empleado por razón de su cargo. Si no es así su utilización como tal es impune[47].

Esto significa que la recepción y el manejo de la información debe ser producto de la competencia funcional del agente, es decir que el sujeto activo debe haber adquirido el conocimiento efectivo en desempeño de su función. Es notoriamente insuficiente a los fines típicos el acceso extrafuncional[48]. Para saber si existe o no este vínculo es menester conocer el ámbito de las atribuciones funcionales del sujeto[49]; a tal fin, serán útiles las mismas fuentes que las indicadas para determinar el carácter "reservado" del dato o la información[50]. Por tanto, se habrá tomado conocimiento del dato o información reservada en razón del cargo cuando su acceso se pueda explicar por ser materia propia de la función pública desempeñada al elaborarlos, obtenerlos o manejarlos[51].

Otras formas distintas por las que se pueda acceder a la información quedan fuera del alcance típico al no violar el bien jurídico tutelado. En efecto, así acontecerá en los casos de conocimiento obtenido en el ilícito ejercicio de una competencia extraña al agente, por medio

[45] Ídem nota anterior.
[46] CARRERA, ob. cit., p. 48.
[47] MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 851.
[48] CREUS, ob. cit., p. 410.
[49] CARRERA, ob. cit., p. 49.
[50] Ídem nota anterior.
[51] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. I, p. 142.

de la comisión de cualquier delito, por negligencia o el error inimputable de un tercero, por la comunicación en confianza de otro funcionario, etcétera[52].

Finalmente, debe aclararse que las exigencias típicas requieren que la relación funcional se dé en la toma de conocimiento del dato o información, sin que aparezca como algo indispensable en la actividad configurativa de su utilización[53].

## IV. Tipo subjetivo

### 1. *El dolo*

El dolo abarca el objeto de conocimiento del carácter reservado de la información o del dato, o información privilegiada, el carácter reservado del objeto, así como la utilización abusiva de la situación cognitiva. Más allá del dolo, el ánimo de lucro representa el elemento subjetivo del injusto que exige la pretensión finalista de enriquecimiento, mediante la obtención de un beneficio económico[54-55].

Se trata de un delito doloso, y en la sistemática de nuestro Código no se admite la culpa. En su faz intelectual, el dolo requiere el conocimiento de su cualidad de funcionario público.

Desde que debe existir una congruencia entre lo que el sujeto conoce y lo que pretende llevar a cabo, la falla de la conciencia de alguno de estos elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia, constituye un error de tipo que excluye la tipicidad subjetiva de este injusto[56]. La distinción entre error de tipo vencible e invencible carece en este caso de relevancia, ya que la forma culposa no está contemplada como ilícito.

Tal como ya lo sostuvimos en nuestro segundo tomo de *La teoría del delito y de la pena*, la calidad de funcionario público constituye

[52] CREUS, ob. cit., p. 411.

[53] CREUS, ob. cit., p. 411. En contra, Carrera, quien considera que las exigencias del tipo reclaman que el autor participe del ejercicio de funciones tanto en el momento de adquirir los conocimientos reservados como al utilizarlos (ob. cit., p. 47).

[54] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., p. 444.

[55] CEREZO MIR, *Curso*... cit., t. II, p. 146.

[56] DONNA, *Teoría*... cit., t. II, párr. 52, p. 112.

un elemento normativo del tipo, con lo cual se requiere que el autor conozca la significación que este concepto tiene en el tipo objetivo. Aquí se plantea qué es lo que debe saber el autor del hecho con respecto a este componente normativo del tipo legal. Y dijimos en dicha oportunidad que la doctrina ha aceptado la teoría de Mezger, que había sido tomada de Binding, que consiste en la valoración paralela del autor en la esfera del lego[57]. Esto implica que del profano en Derecho se exige una valuación paralela en su esfera, es decir, una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ámbito del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial[58].

Podemos señalar, entonces, y a modo de conclusión, que para que el autor sea castigado es necesario que sepa que actúa como persona dependiente del Estado y que presta un servicio.

También se requiere un conocimiento actual en torno al carácter "reservado" del dato o la información[59] y la relación funcional que provocó tal conocimiento. En aplicación de la teoría explicada en el párrafo anterior, no se exige que conozca todas las implicancias jurídicas derivadas de tal condición, sino sólo que sepa que el acceso a su conocimiento se halla restringido por cuestiones funcionales y que esto es justamente lo que lo sitúa ante un deber de sigilo.

Por otra parte, sabido es que el conocimiento potencial no alcanza para que se dé el dolo. Éste exige una conciencia actual para su configuración. Y es aquí donde cobran relevancia las enseñanzas de Platzgummer, quien introdujo en el concepto de dolo la idea de coconciencia. Sostiene el autor que, desde un punto de vista empírico, la persona percibe los objetos en su significado-sentido de forma automática. Hay, pues, una especie de síntesis psíquica que lleva a que el sujeto abarque al objeto tanto en su significación como en su sentido. De ahí que capte o entienda los objetos de forma actual[60]. Tal como afirma Maurach, el saber y el querer referidos al tipo objetivo global

[57] DONNA, ob. cit., t. II, párr. 51, p. 98.

[58] Ídem nota anterior.

[59] Conteste con la afirmación según la cual el error sobre el carácter reservado de la información excluye el dolo, PAGLIARO, ob. cit., p. 280.

[60] DONNA, ob. cit., t. II, párr. 51, p. 99.

deben existir al tiempo de la acción que realiza este tipo; más precisamente en el momento del acto decisivo. Al respecto, el autor no tiene presente en la misma medida la conciencia de todas las circunstancias esenciales del hecho; según el caso de conciencia del dolo se puede distinguir entre saber actual y saber colateral: coconciencia[61].

Desde la perspectiva volitiva del dolo, el sujeto debe tener el propósito de imponer mediante coerción la ejecución u omisión de un acto propio del funcionario, lo que equivale a realizar o no un acto de la esfera de su competencia. En otras palabras, el dolo tiene que ir dirigido a la utilización del dato o información.

En virtud de estas consideraciones es que sólo es admisible el dolo directo o de primer grado.

2. *El error*

Sin duda el error que oportunamente podrá plantear un serio problema dogmático es aquel que recaiga sobre el carácter reservado de la información o dato, esto es, sobre uno de los elementos normativos de este tipo penal.

Tal como ya se expuso, a una correcta solución puede arribarse a partir de Maurach-Zipf. Enseñan al respecto que, en el caso de los elementos típicos normativos, el dolo del autor supone básicamente que él acoja el contenido de sentido social del referido elemento en su cuadro de representación (la así llamada "valoración paralela en la esfera de los legos"). Si el autor no alcanza a obtener este conocimiento, básicamente procedería aceptar la existencia de un error de tipo. Sin embargo, es dudoso que tal conclusión sea acertada en todos los casos, puesto que aquí el error puede residir tanto en un conocimiento insuficiente de los hechos cuanto en una defectuosa valoración jurídica[62].

Proponen los autores el siguiente procedimiento. En primer término debe examinarse si el autor ha aprehendido el contenido de sentido social del referido elemento. En modo alguno debe exigirse la correcta subsunción en la ley; ésta es tarea exclusivamente jurí-

[61] MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, ob. cit., t. I, párr. 22, II, p. 382.
[62] MAURACH y ZIPF, ob. cit., t. I, párr. 37, II, p. 664.

dica. Si el autor conoce dicho sentido conforme al entendimiento de los legos, su cuadro de representación corresponde a las exigencias que se plantean al dolo. La problemática del error sólo asoma si el autor no aprehende el contenido de sentido social del correspondiente elemento normativo, según la valoración de los legos. Aquí debe partirse básicamente de un error de tipo. Por excepción, semejante error puede ser tratado como error de prohibición, cuando el autor haya conocido todos los hechos relevantes para la subsunción, y sólo debido a una equivocada valoración jurídica no haya logrado el necesario conocimiento de la significación de la circunstancia y, por ello, desconoció de la materia del ilícito, es decir, cuando haya estrechado el verdadero ámbito normativo. Si al contrario, el autor incurre en un error similar, en perjuicio propio, no hay tentativa inidónea sino delito imposible[63].

Abordan, asimismo, el asunto al tratar la cuestión de las funciones del juicio de antijuridicidad. Señalan en este tema que es posible distinguir tres tipos de casos.

El primero de ellos se da cuando las expresiones como "antijurídico", "contrario a derecho", "sin autorización", etcétera, se relacionan con el complejo de la acción del autor. En este caso se trata de elementos del delito y del tipo. El tipo se cumple con la acción y es suficiente que la congruencia del dolo se limite a ella; si no hay congruencia, el error es de tipo. En cambio, si el autor actúa dolosamente, pero ignorando que su conducta es ilícita, sin autorización, etcétera, existirá error de prohibición[64].

En el segundo, si la caracterización como "antijurídica" o "ilícita" no se relaciona con el complejo de la acción típica del autor, sino sólo con un elemento del tipo, se tratará de un elemento de este tipo. El error referido a estos elementos constituye un error de tipo[65].

Por último, de estos dos grupos deben distinguirse aquellas amenazas penales en las cuales la expresión "antijurídico" es destacada ex-

[63] MAURACH y ZIPF, ob. cit., t. I, párr. 37, II, p. 664. *N. del A.*: Nuestro concepto de delito imposible puede consultarse en nuestra obra *La tentativa* (párr. 17, p. 90).

[64] MAURACH y ZIPF, ob. cit., t. I, párr. 24, II, p. 418.

[65] Ídem nota anterior.

presamente tanto como elemento típico cuanto como elemento general del delito[66]. Corresponde aquí hacer las distinciones correspondientes con los criterios suministrados al respecto por los errores de tipo y prohibición.

### 3. *El elemento subjetivo "ánimo de lucro"*

El ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo distinto del dolo, y esto se explica por cuanto sin él no se puede determinar la conducta prohibida por la norma, mientras que pertenecen a la culpabilidad aquellos elementos subjetivos que influyen únicamente en la medida de la reprochabilidad[67].

Según la clasificación tripartita, con relación a la clasificación de los tipos penales de acuerdo a la determinación de los elementos subjetivos del injusto. Se trata, de acuerdo a la terminología seguida por Polaino Navarrete, de los llamados delitos de resultado cortado, que son tipos subjetivamente configurados en los que el injusto de la acción se fundamenta en una finalidad que el sujeto pretende seguir con la mera realización de la conducta que se ejecuta, necesariamente inspirada en esa finalidad intencional. Ahora bien, esa finalidad está constituida por una meta a alcanzar ajena a cualquier comportamiento ulterior del sujeto[68].

El ánimo de lucro consiste en la aspiración del sujeto de ver incrementado su patrimonio, sea mediante aumento del activo o disminución del pasivo[69]. Alcanza con que esté referido a algo mensurable desde el punto de vista económico, sin que necesariamente deba ser dinero[70].

Tampoco interesa la magnitud del provecho económico buscado; aun si es escaso bastará para conformar la subjetiva razón de ser de la punibilidad[71].

[66] Ibídem.

[67] CEREZO MIR, ob. cit., t. II, p. 149.

[68] DONNA, ob. cit., t. II, p. 88; POLAINO NAVARRETE, *El injusto típico en la teoría del delito*, Corrientes 2000 (obra en prensa), en el original, p. 87. La cita es posible gracias a que el profesor Polaino Navarrete me ha permitido, con la gentileza que lo caracteriza, trabajar con esos originales).

[69] CREUS, ob. cit., p. 412.

[70] CREUS, ob. cit., p. 412; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. I, p. 142.

[71] Ídem nota anterior.

Queda incluido en la figura el uso de la información o dato reservado dirigido a facilitar indirectamente la obtención de un beneficio económico[72].

Por ánimo de lucro en la figura en estudio se entenderá, entonces, la ganancia o provecho material, no moral, grande o pequeña, consistente o no en dinero, procurada por el "utilizador"[73].

Finalmente, se ha sostenido con criterio correcto que tanto la redacción del texto legal cuanto el capítulo en que se contiene son datos demostrativos de lo indispensable de la finalidad lucrativa personal del autor, aunque se trate de la "utilización" para un tercero[74].

## V. Autoría

En la respuesta antes mencionada de Núñez, afirma textualmente: "he creído conveniente, además, modificar en otros aspectos el texto del proyecto (se refiere al art. 346 del proyecto de 1960), y presentarlo dividido en varios artículos. He preferido la fórmula funcionario o empleado público, contenida en otros proyectos y no la de funcionario público del proyecto de 1960, para evitar que, a pesar del artículo 67, párrafo 4°, del Código Penal, se interprete que no comete el delito el que, siendo empleado público, no tiene a su cargo el ejercicio de una función pública"[75].

Autor sólo es el funcionario público o empleado público con atribuciones de competencia para elaborar, obtener o poseer el objeto de la acción. Para establecer el alcance del concepto de funcionario público remitimos a lo tratado en oportunidad de efectuar las consideraciones generales sobre este título del Código Penal.

Lo que parecería complicar la cuestión es la introducción del término "empleado público" en el epígrafe del capítulo. Conforme lo hemos sostenido, existe equivalencia entre dicho término y el de "funcionario público", con lo que la definición es la misma y pueden utilizarse indis-

[72] MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, ob. cit., p. 1272.
[73] CARRERA, ob. cit., p. 50.
[74] Ídem nota anterior.
[75] NÚÑEZ, ob. cit., p. 170.

tintamente[76]; es por ello que la poco feliz introducción de dicha expresión complica inútilmente la interpretación del aplicador del Derecho y deviene innecesaria[77]. De todos modos, cabe acudir no sólo al artículo 77 del Código Penal sino también al artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el que señala que para los fines de la Convención se entiende por "funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público" cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Es un delito especial en sentido estricto o propio. El círculo de autores está determinado por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico[78].

Como autor sólo puede ser el funcionario, el *extraneus* únicamente responde dentro de los límites del autor. Los no funcionarios que participan en el hecho delictivo quedan sometidos a las siguientes reglas:

a) La autoría del *extraneus* es imposible en cualquier forma, ya que sólo es autor el funcionario público, y
b) la participación del *extraneus* es posible en cualquier forma, en tanto y en cuanto el autor sea el sujeto calificado por la ley[79].

Ahora bien, dentro del carácter especial de la figura en virtud de la limitación del círculo de posibles autores, cabe señalar que no cualquier funcionario público puede serlo. Esto se debe a que sólo está en tales condiciones quien detente competencia funcional para acceder al conocimiento del dato o información reservada; es decir, el círculo de autores es aún más limitado que lo que la propia categoría jurídica específica –funcionario público– supone.

Con respecto a lo señalado en el párrafo anterior, cabría cuestionarse si no estamos en presencia de un delito de propia mano dentro de un delito especial en sentido estricto, debido a que el tipo delictivo está reglado de tal modo que para ser autor no sólo se requiere una

[76] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 381; CARRERA, ob. cit., p. 47.

[77] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 383.

[78] DONNA, *Teoría*... cit., t. II, párr. 49, p. 85; *La autoría*... cit., p. 83.

[79] DONNA, ob. cit., t. II, párr. 49, p. 86.

calidad especial –funcionario público– sino que además se debe estar en condiciones de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida[80] –para lo que se requiere atribución de funciones–. A raíz de ello es que el ámbito de quienes pueden ser autores de este delito esté aún más limitado.

En tanto portador del bien jurídico, sujeto pasivo es el Estado en sus tres funciones.

## VI. Consumación y tentativa

Se trata de un delito de mera actividad, en el que el uso del dato o la información completa la conducta que realiza el sujeto, la cual tiene relevancia típica, sin necesidad de que se derive la producción de resultado alguno[81-82-83-84-85].

Las forma imperfecta de ejecución, si bien es difícilmente concebible, resulta posible. Valga como ejemplo el suministrado al efecto por la doctrina nacional, de quien es sorprendido en el acto de formular la comunicación necesaria para que el dato o la información pudieran ser aprovechados lucrativamente[86].

## ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO O EMPLEADO PÚBLICO

Dice el artículo 268 (2): "Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

[80] DONNA, ob. cit., t. II, p. 84.
[81] POLAINO NAVARRETE, ob. cit., ps. 441, 442.
[82] MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 851.
[83] CARRERA, ob. cit., p. 51; PAGLIARO, ob. cit., p. 282.
[84] MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 851.
[85] CARRERA, ob. cit., p. 51.
[86] CREUS, ob. cit., p. 413.

"Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

"La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho".

## I. La constitucionalidad de la figura

1. Para un sector de la doctrina nacional, la estructura típica del artículo 268 (2) del Código Penal no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, viola el principio de inocencia y desconoce el principio *nemo tenetur*, este último entendido como la prohibición de declarar contra sí mismo, conjunto de pilares del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho (arts. 18 y 33, Const. Nac., y 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)[87].

También se ha sostenido que el tipo penal en cuestión vulnera garantías constitucionales como el debido proceso, la defensa en juicio y el estado de inocencia, en cuanto pone en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento, o cuando menos que su condición es extraña a la función desempeñada, con lo que la incriminación parte así de una presunción de culpabilidad[88].

2. Recientemente se ha argumentado enfáticamente en pos de la constitucionalidad de la figura.

En esta dirección se señala que el fundamento de la ley penal ha cobrado mayor energía con la reforma constitucional operada en 1994. En efecto, se alude a la ampliación de la normativa de la Carta Magna mediante la introducción de un Capítulo Segundo en la Primera Parte

[87] SANCINETTI, Marcelo, en MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto M. (comps.), *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal argentino*, en *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Editores del Puerto, 1995, p. 291.

[88] CHIAPPINI, Julio, *El delito de no justificación de enriquecimiento –artículo 268 (2) del Código Penal–*, en L. L. 1986-C-851.

–definido como *Nuevos derechos y garantías*–, cuyo objetivo es procurar la defensa del ordenamiento democrático mediante la vigencia constitucional con la advertencia de que su alteración torna de aplicación la pena del artículo 29 de la Constitución Nacional, el cual fulmina con nulidad absoluta tales actos y conmina con la grave pena de infames traidores de la patria a sus autores[89].

En este marco se inserta, según la posición explicada, el agregado del nuevo párrafo quinto del artículo 36, cuyo texto indica que *atentará contra el Estado democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento; este autor quedará inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos*[90].

Esta reforma, destinada a reducir la corrupción funcional que se ha desarrollado en gran escala en el sector público, se proyecta a la mayor parte de las infracciones contra la administración pública del Título XI del Código Penal argentino, de manera directa o indirecta, en cuanto se vinculen con los hechos jurídicos que garantizan los deberes jurídicos de los funcionarios como medio efectivo de asegurar el comportamiento social de los ciudadanos[91]. Así, se destaca el nuevo carácter que el capítulo relativo al "enriquecimiento de funcionarios y empleados" ha adquirido a raíz de la incorporación a la Constitución Nacional del artículo 36 citado y de otros aspectos relacionados a la nueva distribución de poderes entre el gobierno federal, las provincias y las municipalidades[92].

En lo que atañe específicamente a las críticas suscitadas en doctrina ante las desavenencias de la figura en estudio con la Carta Magna, esta posición toma categórico partido. En efecto, se sostiene que el incumplimiento de un deber sustancialmente adquirido por el manejo de los fondos públicos confiados al funcionario y con relación a sus funciones no puede permitir alegar la violación de la presunción de

[89] CABALLERO, José Severo, *El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)*, en L. L. 1997-A-793.

[90] CABALLERO, ob. cit., p. 793.

[91] Ídem nota anterior, p. 794.

[92] Ibídem.

inocencia consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, sobre todo cuando se trata de hechos que importan de manera vehemente el enriquecimiento a costa de los fondos públicos[93].

A lo expuesto se agrega que el fundamento de la ley penal ha cobrado mayor energía con la última reforma constitucional y con el deber impuesto al funcionario a través de la exigencia y sanción del artículo 274 que, superando al deber general del artículo 277, inciso 2°, castiga al funcionario que deje de promover la persecución y represión de los delincuentes[94].

Se añade que la acción típica del funcionario supone una actitud dolosa, un abuso funcional del cargo ocupado, lo que desplaza la presunción de inocencia del artículo 18 de la Constitución Nacional, al imponer la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes al que está obligado el funcionario en la administración de los fondos públicos[95].

De modo aún más enfático se dice que no se debe partir sólo del hecho del incremento patrimonial del funcionario, sino de la no justificación de tal enriquecimiento; así tampoco es admisible arrancar una presunción de ilicitud, sino que lo correcto es concebir la existencia de un deber impuesto por la norma al funcionario público, cual es, justamente, el de justificar el aumento apreciable de su patrimonio dado a partir de la asunción del cargo o función pública[96].

A la estimación según la cual el artículo 268 (2) exige del imputado la colaboración para establecer la procedencia del enriquecimiento, so pena de darlo por culpable de un delito supuesto, se contesta –desde esta postura– que sólo se trata de un deber de justificar como funcionario público el acrecentamiento considerable de sus bienes durante el ejercicio de la función pública, vale decir, que la norma trata de evitar el aprovechamiento lucrativo de la función[97].

Se intenta robustecer la posición mediante el acudimiento a las palabras de Soler, quien sostuvo que nada desmedido, irregular o severo

[93] Ídem nota anterior, ps. 794/5.
[94] Ídem nota anterior, p. 795.
[95] Ibídem.
[96] Ibídem.
[97] Ídem nota anterior, p. 796.

hay en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado; la asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial, con lo que quien sienta esa obligación como demasiado pesada e incómoda debe apartarse de la función pública[98]. Esta obligación de rendición de cuentas sitúa al funcionario público en igual posición que los administradores de la quiebra, los de una sucesión o aquellos otros de un consorcio de copropietarios[99].

Y en este punto es donde se vuelve a hacer gala de los alcances de la reciente reforma constitucional. Se aduce que la obligación de justificar por parte del funcionario público ya no sólo tiene base en el interés social de que los administradores desempeñen honestamente sus funciones, sino que existe una jerarquía constitucional de tal interés a partir de la modificación de 1994; la incorporación párrafos atrás aludida exhibe la importancia del ejercicio de la función pública por cuanto la calificación como delito grave y doloso a los actos que conlleven enriquecimiento atentan directamente contra el sistema democrático[100]. Se afirma que es de tal importancia el recto ejercicio de la función pública en la Constitución que ella misma ordena la sanción de una ley de ética pública para el ejercicio de la función[101].

En cuanto al ataque a las garantías de la defensa en juicio y al menoscabo para el estado de inocencia, se responde –en cuanto al primero– que no es tal porque con el requerimiento debido el agente conserva todas las posibilidades de defensa, mientras que el *status* referido sólo estaría cuestionado a los fines del proceso en igual medida que en cualquier otra causa, pero conservaría el imputado la condición de inocente hasta el dictado de la sentencia que lo declare culpable[102]. Con especial referencia a lo sostenido por Chiappini, se descalifica su razonamiento, dado que en cualquier delito a los fines de la inves-

[98] SOLER, Sebastián cit. por CABALLERO, ob. cit., p. 798.
[99] CABALLERO, ob. cit., p. 798.
[100] Ídem nota anterior.
[101] Ibídem.
[102] CABALLERO, ob. cit., p. 799.

tigación se parte de una presunción circunstanciada de culpabilidad frente a la objetividad manifiesta del hecho del aumento patrimonial, lo que en el caso del artículo 268 (2) debe serlo frente al dato objetivo del aumento patrimonial apreciable del funcionario[103].

Por último, para sintetizar esta posición cúmplenos referir a dos conceptos básicos esgrimidos por quienes se erigen en sus defensores.

En primer lugar, se dice que la consagración legislativa de este tipo penal representa la culminación, y hasta la coronación, del esfuerzo de un Estado democrático y republicano en su pretensión de obturar todo resquicio por donde pueda filtrarse la corrupción funcional[104].

Como segundo punto se destaca la opinión vertida desde un reconocido sector de la doctrina procesal, conforme a la cual en materia penal deviene cada vez más intenso (por lógico y necesario) facilitar, a través de la inversión de la carga de la prueba, el modo de atribuir la consecuente responsabilidad del incumplimiento ilícito –por ejemplo– a quien no tiene desparpajo en exhibir su pronta y torcida acumulación de beneficios inexplicables[105].

Existen precedentes jurisprudenciales en los que se ha afirmado la constitucionalidad de este tipo penal. Efectivamente, se sostuvo que, acreditada la presencia de un grueso enriquecimiento y ante la ausencia de la mínima explicación, corresponde la aplicación del tipo de enriquecimiento ilícito, sin que aparezca ninguna norma constitucional afectada; no viola ningún derecho protegido constitucionalmente[106]. También se dijo que no es inconstitucional el artículo 268 (2), en cuanto establece el deber del funcionario público de justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta, cuando es debidamente requerido[107].

El incumplimiento del deber de justificar que asigna el tipo del artículo 268 (2) del Código Penal no conlleva una condena ni importa una presunción de culpabilidad, y es tarea del Estado –a través del

[103] Ibídem.

[104] VIDAL, Humberto S., cit. por CABALLERO, ob. cit., p. 798.

[105] MORELLO, Augusto cit. por CABALLERO, ob. cit., p. 800.

[106] CCCorr., sala A de Feria, 15-1-98, "Pico, José Manuel", L. L. 1998-F-733.

[107] C2ªCCom. de La Plata, 7-5-97, "Nicora, J. L.", c. 81.670, J. P. B. A. f. 393, t. 98, p. 127.

Ministerio Público Fiscal– probar la existencia de un injustificado enriquecimiento apreciable, vinculado al ejercicio de la función pública[108]. Es el Estado el que debe probar los extremos de la imputación delictiva fundada en los términos del artículo 268 (2) del Código Penal, no invirtiéndose la carga de la prueba[109].

Se sostuvo, además, que los reparos constitucionales, no obstante la deficiente técnica legislativa, no resultan viables. La presunción que establecería la figura penal consistente en la acreditación de la licitud del enriquecimiento, de carácter *iuris tantum*, en detrimento del principio de inocencia, no es tal si se tiene en cuenta que la acción típica no es la del enriquecimiento ilícito, sino la de justificar su procedencia. Se impone un deber y se sanciona su incumplimiento[110].

3. *Crítica del tipo penal. Los problemas de la dogmática moderna.* El tipo penal en cuestión, si bien es obra de Núñez, se inscribe en la tendencia actual de dejar de lado garantías básicas con tal de poder alcanzar a los delitos, en una especie de guerra santa contra la delincuencia, e intentando, de esta manera, y con una actitud demagógica, aceptar lo que aparentemente pide la mayoría de la gente. En otras palabras, se pone en juego el Estado de Derecho, con el solo fin de alcanzar metas de política criminal. La actitud no es nueva, y se ha visto ya en el Derecho Penal del medio ambiente[111], en el Derecho Penal Económico, en el Derecho Penal de drogas, etcétera. Todos estos campos tienen en común la casi ausencia de bien jurídico, la ampliación de los tipos penales, el olvido del Derecho Penal como *ultima ratio*, la tentativa de terminar definitivamente con el principio de inocencia. No vale la pena seguir enumerando esta corriente, que creemos, después de todo, terminará imponiéndose, con las consecuencias que trae consigo esta especie de guerra en contra de la delincuencia, en la cual no hay normas, sino la destrucción del enemigo[112].

[108] C7ªCrim. de Córdoba, 20-10-98, "Angeloz, Carlos M. y otros", L. L. C. 1999-94.

[109] Ídem nota anterior.

[110] Voto de Martín Irurzún en "Gentile, O." (CCCorr.Fed, sala I, 11-10-94, c. 25.566, J. P. B. A. 91, f. 482, p. 286).

[111] DONNA, en MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo, *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. II.

[112] Sobre el tema puede verse el libro: *La insostenible situación del Derecho Penal*, en ROMEO CASABONA, Carlos María (dir.), *Estudios de Derecho Penal*,

La posición que defiende la constitucionalidad del tipo penal en cuestión parte de la base de que "en la ley penal todo es posible con tal que se alcance cierto grado de precisión, sin que ni siquiera ésta deba ser excesiva y con tal de que sirva en Derecho Penal para una objetivación mínimamente identificable o aseguramiento de un programa (de objetivos políticos)"[113].

No hace falta ser muy astuto para descubrir algunos de los problemas del artículo en estudio, y no tiene por qué ser el intérprete el que llene las lagunas del Derecho y menos aún el que deba justificar los errores legislativos, dándole a normas violatorias de la Constitución el ropaje necesario para su aplicación. El juicio sobre los sofistas ya fue dado hace tiempo, de modo que no hace falta que volvamos sobre este punto.

Por nuestra parte, tenemos dicho que, tal como está redactado el tipo penal del artículo 268 (2) del Código Penal, es inconstitucional. Obsérvese el siguiente ejemplo, con el cual, estimamos, el lector se podrá formar una opinión sobre el punto. Si un funcionario público hereda una fortuna de un pariente, en el extranjero, y es llamado a justificar el aumento patrimonial y no lo hace, su conducta encuadraría lisa y llanamente en el artículo 268 (2). Si se quiere buscar otro ejemplo semejante: un funcionario público tiene una amante, quien lo mantiene y le da un dinero extra. Como este buen hombre no quiere que su esposa sepa tal situación, decide ocultar el origen de los fondos que entran en su cuenta bancaria. Llamado por el juez a que justifique decide no declarar –éste es otro problema que se verá luego–. No hay otra alternativa, salvo que se cambie el tipo legal, que condenar a este funcionario público, pero no por el enriquecimiento ilícito, sino sólo por callar un romance. El propio Creus así lo reconoce cuando dice: "es más, existe la posibilidad de un enriquecimiento perfectamente lícito, pero si el agente se niega a probar que lo es, igualmente podría encontrar cabida en el artículo 268 (2)"[114]. En otros términos, los principios constitucionales de inocencia, de culpabilidad, de *in dubio pro*

Granada, 2000. En especial el trabajo de NAUCKE, Wolfgang, *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, ps. 531 y ss.

[113] NAUCKE, ob. cit., ps. 532/3.

[114] CREUS, ob. cit., t. II, par. 2417.

*reo*, todos con jerarquía constitucional, más aún luego de la reforma constitucional de 1994, quedan todos derogados de un plumazo, por la idea preventiva de meter en cárcel a los funcionarios públicos, como ejemplo para el resto de la sociedad, con lo cual el daño es mayor, porque el Estado de Derecho queda sin sustento. Dicho en otros términos, se combate al caníbal con sus mismos métodos.

Como si fuera poco, un nuevo ejemplo traería más luz al problema y se vería cómo se ha legislado de manera, por decirlo de una manera, horrorosa. Si en el legítimo derecho que la Constitución reconoce a toda persona, el funcionario público, que hemos puesto como ejemplo, decide abstenerse de declarar, basado en el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo y que los códigos han reconocido, afirmando que el silencio del imputado no puede ser tomado en su contra, en este caso sí lo es y nuestro funcionario sería condenado. El tema no es nuevo. Así se ha sostenido que "no se debe forzar a nadie a declarar contra sí mismo. Esta garantía vale tanto para interrogatorios policiales como del Ministerio Fiscal durante el procedimiento preliminar"[115]. De modo que siguiendo la teoría de la prohibición de prueba, que el BGH ha construido en Alemania, no se podrá utilizar el material probatorio obtenido[116]. No se crea, y esto es seguro para un lector desprevenido, que este principio no rige en nuestro Derecho. Así Clariá Olmedo afirma de manera tajante, cuando se refiere a las bases constitucionales: del principio de inviolabilidad de la defensa se deduce "la posibilidad (del imputado) de declarar cuantas veces quiera, mientras no perturbe la marcha del proceso. Es el poder de expresarse libremente y, en sentido negativo, implica el derecho del imputado a negarse a declarar"[117].

Todo lo cual nos está mostrando una seria dificultad, tanto en el Derecho de fondo como en el Procesal, ambos con base constitucional.

Además, el tipo en cuestión tiene otros problemas, que la doctrina no ha sabido resolver. No se sabe bien si estamos ante un tipo de comisión o de omisión. De ser el primer caso tendríamos que la conducta típica sería la de enriquecerse ilícitamente mediante el ejercicio

[115] SCHLÜCHTER, Ellen, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 45.
[116] BGHSt 11, 213, 218.
[117] CLARIÁ OLMEDO y VÁZQUEZ ROSSI, ob. cit., t. I, p. 71.

de la función pública. Si, en cambio, se afirma que es un delito de omisión, la cuestión se vuelve más compleja, porque sería una omisión de declarar el origen del aumento patrimonial, lo cual no sería otra cosa que una mera desobediencia ante el requerimiento del juez, que tendría una pena desproporcionada con respecto a las desobediencias que la ley penal ha tipificado.

Además, la estructura del tipo penal hace que éste sea completado por el juez o por el fiscal en el momento del ejercicio de la acción penal, ya que al hacer el requerimiento para que se justifique el enriquecimiento se cierra el tipo penal. A no ser que se sostenga que este último aspecto es sólo una condición de procedibilidad.

Bastan estos aspectos para sostener que estamos ante una elaboración desafortunada de un tipo penal, que viola tanto el principio de culpabilidad como el de presunción de inocencia, entre otros principios básicos reconocidos en la Constitución Nacional.

La doctrina ha acudido a la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando en su artículo 8.2 afirma que "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable"[118].

Con esta argumentación entendemos que la conclusión es que el artículo 268 (2) es lesivo de normas fundamentales establecidas en la Constitución Nacional (arts. 18 y 8.2.g, de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada a la Ley Fundamental por el art. 76).

Como síntesis de la discusión doctrinaria se pueden comentar brevemente dos fallos sobre la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito, tal como ha sido redactado en la nuestra y en otras legislaciones.

El primero corresponde a la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica[118-1], en donde coincidente con nuestra opinión, se ha dicho que:

[118] SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público...* cit., p. 97.

[118-1] Acción de Inconstitucional N° 842-P-90, del 28-3-1995, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 5, N° 8, ps. 969 y ss.

"Con vista en los antecedentes recién citados, puede concluirse que los incisos del artículo 26 anteriormente transcriptos efectivamente imponen al funcionario público de que se trate, el deber de demostrar el origen del aumento en su patrimonio, que exceda el monto de su salario o las sumas que legalmente puedan devengar, invirtiendo el tipo penal de manera evidente la carga de la prueba en contra del encausado violando con ello de modo flagrante, el principio de inocencia, en los términos prescritos en el artículo 39 constitucional, concerniéndole al órgano acusador la demostración de la procedencia ilícita del patrimonio del servidor público. De este modo, no es siquiera posible pensar en alguna interpretación de la norma que permita al juez penal su aplicación sin la lesión de los derechos fundamentales del imputado y consecuencia de ello es, pues, la declaratoria de inconstitucionalidad de la acción en relación a los incisos a, y b, del artículo 26 de la ley sobre enriquecimiento ilícito de los servidores públicos".

El segundo fallo, y más reciente, es de la sala I, de la Cámara de Casación Nacional[118-2], que en contraposición al anterior, afirmó la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario publico.

Interesa, a los efectos de la interpretación, decir que para el tribunal se trata de un delito de comisión, cuya acción consiste en enriquecerse patrimonialmente de manera considerable e injustificada. Siguiendo a De Luca y López Casariego, se termina afirmando que se trata de enriquecerse injustificadamente, quebrando la rectitud requerida en la función. También se afirma que el debido requerimiento se trata de una condición objetiva de punibilidad.

Uno de los argumentos básicos del tribunal es que a los funcionarios públicos se les exigen ciertos deberes, como consecuencia de los cuales "existen importantes renuncias admisibles a garantías fundamentales".

Luego, afirma el tribunal, debe haber una prueba objetiva del incremento patrimonial y, en consecuencia, el problema no es la inversión de la carga de la prueba, sino, en cambio, el análisis de si el enriquecimiento fue un acto jurídico o antijurídico. Para fundar esta posición, se recurre a la estructura de las causas de justificación. En base a este razonamiento, se afirma que no hay que confundir la prohibición de

[118-2] Causa N° 2697, sala I, "Pico, José Manuel", registro N° 3485, 8-5-2000.

declarar contra sí mismo, que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional, de la justificación legalmente requerida por el tipo penal. En este caso, se trata de una posibilidad de defensa del que es sospechado de enriquecimiento ilícito. Por lo tanto, si el funcionario no quiere justificar, no puede invocar ningún derecho fundamental.

Luego, afirma el fallo, que la lógica permite deducir que sólo una persona falta de juicio o quien desea revelar algo más grave que el enriquecimiento puede preferir no justificar el aumento de los bienes y que los funcionarios no sólo deben ser probos, sino además parecerlo.

Por último, se acude al argumento de autoridad, con remisión a la Convención Interamericana contra la corrupción, y que ésta obliga a una interpretación inteligente de la norma en cuestión, para que coincida con aquélla.

El fallo del tribunal en cuestión afirma nuestra convicción de que la norma del artículo 268.2 del Código Penal es inconstitucional y, es más, que no hay argumento jurídico que contrarreste lo antes afirmado.

La afirmación de que se trata de un delito de comisión, sumado a que el requerimiento lo puede hacer el juez o el fiscal y que esto es sólo una condición objetiva de punibilidad, termina confirmando que se trata de un delito de sospecha, que es cerrado por la autoridad judicial o por el Ministerio Público.

No es admisible el argumento analógico a una causa de justificación. Enriquecerse no es delito, como lo podría ser la muerte de una persona. Lo que sucede es que se sospecha que, detrás de la riqueza de un funcionario, hay otro delito y, como éste no se puede probar, se invierte la carga de la prueba y con ello se construye el tipo penal.

En este punto hay dos observaciones graves del tribunal. La primera que hay derechos fundamentales que frente al Estado son renunciables, y la segunda, que se confunde moral con Derecho. Las razones que una persona puede tener para no declarar son reservadas a su esfera personal, y eso no lleva a su punición. No sabemos si es más grave, por ejemplo, que enriquecerse, el tener una amante a la que le dé todos los meses dinero para vivir mejor; pero esto al Derecho no debe interesarle. Es que se trata de lo mismo, la presunción de inocencia cede frente a criterios de prevención.

Por último, debemos decir que las convenciones internacionales firmada por el Estado argentino no deben llevar a violar garantías básicas y menos a hacer interpretaciones extensivas de la ley a los fines de conformarse a ellas. Los derechos humanos están siempre por encima de toda conveniencia de política criminal, salvo que no se tenga un convencimiento profundo de ellos.

## II. Análisis del delito

### 1. *Bien jurídico protegido*

Tampoco está claro cuál es el bien jurídico protegido. Para una parte de la doctrina es el interés social existente en que los funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requeridos, como una exigencia no sólo legal sino social[119].

Otro sector afirma que se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de esos aumentos patrimoniales prevaliéndose de la condición de funcionario por parte del agente[120].

De Luca y López Casariego han sostenido últimamente que no se reprime solamente a quienes se han enriquecido por delitos contra la administración pública. Tampoco se protege el patrimonio de la administración pública, ni de los particulares. Descartan los autores citados que se proteja el normal funcionamiento de la administración pública, ni la regularidad de la actividad de los funcionarios o de la prestación de servicios. Cuál es para ellos el bien jurídico, lo dicen de manera expresa: "Lo que se protege es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan". En consecuencia, afirman, "aunque el funcionario público se haya enriquecido lícitamente, porque ganó la lotería, recibió una herencia, el no justificarlo lesiona el bien jurídico, porque todos los administrados al percibir por sí mismos el cambio sustancial en el patrimonio del funcionario se representarán –fundada o infundadamente– que está originado en su actividad pública y, por ende, que los perjudica, ya que la administración

[119] CABALLERO, ob. cit., p. 796.
[120] CREUS, ob. cit., ps. 416/7.

pública tiene su única razón de existencia (objeto y fin) y sustento (económico a través de los tributos) en los ciudadanos"[121].

La posición de los autores antes citados es sin duda una de las más convincentes dentro de la doctrina, a la que se pueden hacer las mismas críticas que ya habíamos realizado al principio de nuestras explicaciones. Aunque hay que afirmar que, detrás de las observaciones de los autores analizados, se encuentran afirmaciones que no tienen sustento más que en sus enunciados. Que el bien jurídico sea la transparencia, la gratuidad y probidad de la administración pública es una afirmación que no está basada en ningún antecedente legislativo, ni en el título del propio Código, ni en la estructura de la norma, amén de que avanza sobre un problema ético que es rechazado por el Estado de Derecho. Lo que sucede es que en vías de perseguir a funcionarios que se supone deshonestos, y a los fines de que no exista una laguna de punibilidad, hay toda una corriente que intenta justificar la norma, pero no es ésta la función del jurista, sino hacer la crítica cuando hay que hacerla y decir lo que hay que decir, aunque existan las lagunas de punibilidad.

2. *Tipo objetivo*

a) *Acción típica*

El contenido de la acción típica se encuentra controvertido. Por un lado se considera que la disposición penal requiere la omisión de justificar un enriquecimiento apreciable por parte del funcionario[122]. Es decir, el verbo típico es el de no justificar.

Desde otro sector se dice que la acción típica consistiría en enriquecerse ilegítimamente con los fondos públicos prevaleciéndose del cargo. De tal modo, la no justificación se convertiría en una condición objetiva de punibilidad a los fines de la sanción[123], y aun se la ha

[121] DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO, Julio, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*, en L. L. Supl. de Jurisp. Penal (*nota*: hemos trabajado con el original que los autores nos han dado gentilmente, sabiendo, nobleza obliga, de la crítica que le haríamos).

[122] CABALLERO, ob. cit., p. 795.

[123] FONTÁN BALESTRA, Carlos, cit. por CABALLERO, ob. cit., p. 795, y por CREUS, ob. cit., p. 417.

considerado una mera condición de procedibilidad[124]. Entonces, la verdadera acción del funcionario es la de enriquecer su patrimonio[125].

Asimismo, se explicó que si bien el delito se perfecciona con la omisión de justificar, su esencia radica en el ilícito enriquecimiento, del que la falta de justificación será la mejor y más acabada prueba[126].

Entre las opiniones tradicionales encontramos la de quien operó como el mentor del diseño de la figura[127]. Según esta concepción, se estaría frente a una figura compleja, en cuanto el tipo exige un enriquecimiento patrimonial apreciable del autor y la no justificación de su procedencia al ser debidamente requerido para que se lo haga; así, el primero sería un acto positivo, mientras que la segunda representa una omisión al deber de justificación emergente del enriquecimiento y del requerimiento o, simplemente, una imposibilidad de hacerlo[128]. Sin embargo, parecería que esta posición ha sufrido modificaciones[129].

La confusión, aun entre aquellos que defienden el tipo legal en cuestión es más que notoria. Una sola aclaración más: cuando se intenta pasar los conceptos éticos al Derecho Penal, sólo se logra convertir a

[124] MALDONADO, Horacio S., cit. por CABALLERO, ob. cit., p. 795, y por CREUS, ob. cit., p. 417.

[125] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 386.

[126] URE, Ernesto J. y ORGEIRA, José M., cits. por CREUS, ob. cit., p. 417.

[127] Nos referimos a Ricardo C. Núñez.

[128] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. I, p. 144. Asimismo, ésta parecería ser la postura que se desprende del voto del Dr. Martín Irurzún, quien considera que la figura es un delito complejo, esto es, de comisión por omisión; explica el citado magistrado que nace a raíz de una consecución de actos que permitieron su mejoramiento patrimonial, por medios ajenos a los funcionales, y que ponen en manos del autor el deber legal de declarar el modo en que ocurrió, pero que omite hacerlo o no cumple con ello en forma adecuada; de esta manera –agrega– tendremos por consumado el tipo delictivo, pudiendo, por ende, suceder aun antes de llevar a cabo el requerimiento debido (CCCorr.Fed., sala I, 11-10-94, "Gentile, O.", c. 25.566, J. P. B. A. 91, f. 482, p. 286).

[129] En la última edición del *Manual* de Núñez, actualizada por Reinaldi, se sostiene que el delito es de omisión, el cual se da cuando una autoridad competente para investigar en el caso concreto la comisión de un delito o la conducta del sospechado como funcionario o empleado le requiere a éste que justifique la procedencia del enriquecimiento y el requerido no prueba, o la inexistencia del enriquecimiento o que su origen, legítimo o ilegítimo, está desvinculado del ejercicio del cargo o empleo o de su calidad de funcionario o empleado (NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed. actualizada por Víctor F. Reinaldi, Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 456).

éste en un ámbito propicio para la caza de brujas. Lo estupendo del Estado de Derecho consiste en la limitación del propio Estado a la ley y a los principios básicos de la Constitución. La búsqueda de la justicia, fuera de la ley, siempre ha llevado a la injusticia, ya que la ley, dentro de la Constitución, es un principio de justicia. Valgan las palabras de Kelsen, quizás el jurista más importante del siglo: "En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia"[130].

La posición mayoritaria es, entonces, que el artículo revela en su texto que la acción incriminada es la omisión en la justificación de la procedencia del enriquecimiento considerable, producido con posterioridad a la asunción de un cargo público.

No justificar significa no dar razones porque no se quiere o no se puede[131]. También importa no poder probar por insuficiencia de razones o motivos para tener por cierto que el enriquecimiento se debe a determinada causa[132].

Con lo cual se prueba nuestra afirmación de que se trata de un delito de sospecha. Dado que la persona se enriqueció y no se puede probar el cómo, se sospecha que fue mediante cohecho, exacción o algo semejante, y luego se lo condena por eso.

Por otra parte, éste es el criterio que se ha impuesto en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

En esta dirección, se ha sostenido que la acción del delito de enriquecimiento ilícito no es la de enriquecerse sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no consagra una presunción sino que está imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento[133].

[130] KELSEN, Hans, *Qué es la justicia*, Leviatán, Buenos Aires, 1981, p. 120.
[131] LAJE ANAYA, *Comentarios...* cit. *Parte especial*, t. III, p. 160.
[132] Ídem nota anterior.
[133] CCCorr., sala A de Feria, 15-1-98, "Pico, José Manuel", L. L. 1998-F-733.

En análoga postura se dijo que el tipo del artículo 268 (2) del Código Penal exige que vencido el término del requerimiento debido, el funcionario público no justifique o su justificación sea insuficiente para que su conducta sea penalmente relevante; de lo contrario, sólo consistiría en enriquecimiento apreciable que se presume lícito[134]. Por tanto, el término a tener en cuenta para la tipificación de la conducta punible es el vencimiento del plazo del requerimiento formulado por autoridad competente[135].

Así, corresponde homologar el auto de procesamiento por el delito de enriquecimiento ilícito si el encausado, luego de requerido por parte del juez de grado, no justificó la procedencia de su apreciable enriquecimiento patrimonial durante el período en que ejerció la función pública[136].

Entre la casuística puntual sometida a conocimiento jurisdiccional hallamos los siguientes casos:

Si el otorgamiento del crédito a un pariente consanguíneo del funcionario público lo es en condiciones preferenciales –sin garantías reales– en consideración a la función pública que aquél desempeña, tal acto encuadra en la adecuación típica del artículo 268 (2) del Código Penal y por tanto constituye enriquecimiento ilícito[137].

Es autor de enriquecimiento ilícito el intendente municipal que logró, con posterioridad a la asunción de dicho cargo, un acrecentamiento patrimonial apreciable suyo, y no justificó la procedencia de dicho incremento luego de haber sido requerido debidamente en oportunidad de brindar declaración informativa y posterior declaración indagatoria –en las que se negó a deponer–, ni durante el curso del proceso[138].

También la jurisprudencia ha sentado pautas en torno a los métodos de valoración probatoria.

Al respecto, se afirmó que en la etapa de instrucción la resolución del juez puede basarse en la probabilidad de que el imputado es culpable; en cambio, en el juicio, para condenar debe tener la certeza de

[134] C7ªCrim. de Córdoba, 20-10-98, "Angeloz, Carlos M. y otros", L. L. C. 1999-94.
[135] Ídem nota anterior.
[136] CCCorr., sala A de Feria, 15-1-98, "Pico, José Manuel", L. L. 1998-F-733.
[137] CAcus. de Córdoba, 15-10-96, "Angeloz, Carlos M.", L. L. C. 1997-350.
[138] C2ªCCom. de La Plata, 7-5-97, "Nicora, J. L.", c. 81.670, J. P. B. A. f. 393, t. 98, p. 127.

esa culpabilidad, si no necesariamente debe absolver, aunque no tenga la convicción de que el acusado es inocente[139].

Recientemente se ha indicado que frente a una acusación de enriquecimiento ilícito de un funcionario o empleado público, que comprende plurales emprendimientos, el error en el que jamás pueden incurrir los jueces es atomizar los hechos y la prueba considerándolos como compartimientos estancos, autónomos, independientes, aislados, desvinculados los unos de los otros. Así se burlaría la ley, toda vez que sumados los emprendimientos, por más heterogéneos que parezcan, arrojan evidentemente un enriquecimiento injustificado. Esto no es fácil de advertir y se puede incurrir en equivocación si no se lo tiene presente a la hora de investigar y decidir[140].

b) *El enriquecimiento. Los requisitos de su magnitud y ubicación temporal*

El enriquecimiento es un incremento patrimonial que puede consistir tanto en un aumento del activo como en una disminución del pasivo[141]. Este concepto ya había sido acuñado por la doctrina antes de la reforma legal recientemente operada, la que en definitiva incorporó al texto legal las conclusiones unánimes alcanzadas por los autores al respecto.

En cuanto a su magnitud, el tipo penal señala que debe ser apreciable. Será tal cuando sea suficientemente grande, cuantioso o importante[142]. El tipo exige un aumento significativo del activo o una disminución considerable del pasivo[143]. Es decir, habrá enriquecimiento apreciable cuando se exhiba una mejora sustancial de la situación económica del agente, tomando en consideración el momento de asunción del cargo y las posibilidades normales de evolución durante el tiempo

[139] C7ªCrim. de Córdoba, 20-10-98, "Angeloz, Carlos M. y otros", L. L. C. 1999-95.

[140] CAcus. de Córdoba, 15-10-96, "Angeloz, Carlos M.", L. L. C. 1997-350.

[141] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 144; CREUS, ob. cit., p. 420.

[142] En verdad, esta definición corresponde al vocablo "considerable", cuyo uso en la descripción legal hubiera sido preferible, por cuanto expresa con mayor justeza el sentido de la acción incriminada. Parecería estar de acuerdo con nosotros Molinario, quien explica que la voz "apreciable" es equívoca, y que no debe interpretársela como algo que sea posible apreciar sino como un aumento importante, tal cual lo decía el decreto-ley 4778/63 (MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 287).

[143] CABALLERO, ob. cit., p. 796.

del desempeño de la función[144] o en el lapso de dos años posterior al cese de su desempeño. Este rígido término de dos años ha sido incorporado por la reforma, la que nuevamente luce nutrida de las ideas doctrinarias que, con carácter previo a ella, ya hablaban de que el incremento bien podía operarse en un breve período ulterior al cese[145]. El término "apreciable" ha sido interpretado como algo desproporcionado, es decir, sin correspondencia entre lo que se tenía, lo que se tiene y lo que el sujeto razonablemente no pudo tener, pero a pesar de ello tiene[146]. La acción del agente, en este sentido, debe suponer actos que lleven a gran prosperidad o mejoría[147]. Un enriquecimiento que no asume esta categoría no abre paso a la subsunción típica de la conducta[148]. Por ello, se ha considerado que corresponde absolver al procesado si, aun resultando sospechoso el crecimiento de su patrimonio, este aumento no puede considerarse apreciable y, por otra parte, existen motivos para admitir la posibilidad de que la adquisición de distintos bienes haya sido efectuada con ahorros y mediante la obtención de préstamos[149].

Respecto al momento del enriquecimiento, surge que debe haberse producido con posterioridad a la asunción del ejercicio funcional[150]. Se señala que también cae en el ámbito del tipo el producido luego de haber cesado en el cargo –hasta dos años después del cese–, siempre que luzca vinculado a ese ejercicio[151]. Es suficiente con que el enriquecimiento guarde una conexión con el pretérito ejercicio del cargo.

c) *El requerimiento y la autoridad competente para efectuarlo*

El artículo 268 (2) del Código Penal que reprime al funcionario público que, al ser debidamente requerido, no justifica la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta

[144] CCCorr., sala A de Feria, 15-1-98, "Pico, José Manuel", L. L. 1998-F-733.
[145] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 144; CREUS, ob. cit., p. 420.
[146] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 161.
[147] MOLINARIO y OBARRIO, ob. cit., t. III, p. 386.
[148] CREUS, ob. cit., p. 420.
[149] CFed. de Capital, 28-5-68, L. L. 131-681.
[150] CREUS, ob. cit., p. 420.
[151] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 144.

para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público, requiere implícitamente una imputación concreta de dicho aumento patrimonial, pues de lo contrario sería posible que cualquier ciudadano del país sin cita de hechos concretos o con visas de verosimilitud pudiera exigir a todo funcionario público que pruebe la procedencia de su patrimonio, fin no querido por la ley, que tiende a penar a aquel que debidamente requerido no pueda dar explicaciones suficientes de una fortuna obtenida durante el desempeño de la función pública[152].

Así es que surge la necesidad del "debido requerimiento" al que alude el artículo 268 (2) del Código Penal, que no es otra cosa que el acto emanado de autoridad pública por el cual se intima con fuerza de ley al funcionario o ex funcionario, haciéndole saber de la constatación de un incremento apreciable de su patrimonio o del de persona interpuesta para disimularlo, producido durante el desempeño de la función, y tiene por objeto la justificación con razones o argumentos convincentes de que su procedencia reconoce un origen legítimo[153].

El requerimiento al que se refiere el artículo 268 (2) del Código Penal debe ser específico[154] en lo que atañe a lo investigado e imputado en el procedimiento pertinente, sin omisión de particularidad alguna en cuanto a evidenciar accidentes de tiempo, lugar y modo[155].

Se ha dicho que se trata de una condición de punibilidad[156], lo que lleva a que no esté abarcado este elemento por el dolo del agente. Otra posición sería la de incluir este elemento dentro del conocimiento del dolo, lo que llevaría a que el error en tal sentido excluyera la tipicidad subjetiva y, al no existir una forma imprudente de comisión, dejara impune la omisión de justificar.

Un problema que ha suscitado opiniones encontradas es el de la autoridad facultada para efectuarlo.

[152] CCCorr.Fed., sala I, 30-4-79, "Fisc. Nac. Invest. Adm. Denuncia Ahuar", c. 15.082, J. P. B. A. t. 38, f. 7612, ps. 114/5.

[153] C7ªCrim. de Córdoba, 20-10-98, "Angeloz, Carlos M. y otros", L. L. C. 1999-94.

[154] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 146; CREUS, ob. cit., p. 421.

[155] C7ªCrim. de Córdoba, 20-10-98, "Angeloz, Carlos M. y otros", L. L. C. 1999-94.

[156] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 158. Sobre el tema, en general, de la condiciones objetivas de punibilidad, puede verse el trabajo de ABRALDES, Sandro, *El juez frente a las condiciones objetivas de punibilidad*, en L. L. 1996-E-451.

Por un lado se sostiene la indiscutida potestad que al efecto detentarían los órganos jurisdiccionales ante los cuales se investigara la conducta del funcionario[157]. En este aspecto, hay quienes interpretan que sólo la autoridad competente para formular el requerimiento es la autorizada para investigar el delito[158].

Para otro sector cabe extender dicha facultad a la autoridad administrativa de la que el funcionario depende, a ciertos organismos administrativos encargados de examinar la conducta de los agentes en la función pública –por ejemplo la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas de la Nación–, a los cuerpos legislativos cuando realizan funciones de investigación sobre actividades en otros poderes o en orden al desafuero de sus propios miembros y a los organismos de enjuiciamiento de jueces[159].

Por nuestra parte, compartimos la idea según la cual la conjunción de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional impone que la obligatoria investigación de un hecho presuntamente constitutivo de ilícito impone la anterioridad de éste al proceso mismo[160]. Al ser el requerimiento un elemento circunstancial del tipo, indispensable para su consumación, la admitida facultad –por algunos– llevaría a consagrar la posibilidad de un proceso previo al hecho objeto de investigación. Por tanto, el requerimiento consagrado por el tipo penal como una de sus exigencias importa un acto de un tercero ajeno a la actividad jurisdiccional.

La posición que se acaba de sentar parece haber recibido acogida jurisprudencial. En efecto, en un reciente caso se ha dicho que el requerimiento no puede ser suplido por el acto de la indagatoria judicial llevado a cabo por el juez de instrucción, por cuanto al ser una exigencia del tipo, su ausencia en forma impide la justificación y, en consecuencia, la tipificación de la conducta punible[161].

Sin embargo, la gran mayoría de los casos se inclinan por la posición contraria. Así, se ha afirmado la validez –a tenor del artículo

[157] CABALLERO, ob. cit., p. 797.
[158] Véase, al respecto, CREUS, ob. cit., p. 422.
[159] Véase, por todos, CREUS, ob. cit., p. 422.
[160] CREUS, ob. cit., p. 422.
[161] C7ª Crim. de Córdoba, 20-10-98, "Angeloz, Carlos M. y otros", L. L. C. 1999-94.

268 (2) del Código Penal– del requerimiento efectuado por el juez instructor al recibirle declaración al imputado[162]. También se dijo que si la investigación se inicia en sede judicial, de oficio o por denuncia, podrá requerir la justificación del enriquecimiento el propio fiscal o el juez a solicitud fiscal, y hasta excepcionalmente podrá hacerlo el juez en el acto de la indagatoria, si en el curso del proceso surgen otros hechos presuntamente integrativos del enriquecimiento ilícito ya imputado; en esa hipótesis, puede el juez mismo formular requerimiento ampliatorio, sin necesidad de retrotraer el procedimiento. La solución es práctica y no afecta los derechos del imputado, por cuanto el requerimiento no está subordinado a las garantías procesales[163].

Y aún más, se ha dicho que la declaración informativa en la que –luego de manifestar conformidad para el acto– se le requirió al compareciente que diera explicaciones satisfactorias acerca del enriquecimiento que se constatara en su patrimonio a partir de su asunción como intendente es un acto procesal válido a los fines del artículo 268 (2) del Código Penal, ya que está claro para el declarante el objeto del acto. Al no tratarse el acto de una declaración indagatoria, y al no estar detenido el imputado, no obsta a la validez de dicho requerimiento el que se le haya hecho saber a aquél la calificación legal que prima facie correspondía. A los mismos fines se sostuvo lo irrelevante de que el acto sea jurídicamente inexistente por la falta de la firma del juez en la última parte del acta[164].

d) *El contenido de la prueba y su secreto*

La única justificación requerida por el tipo de enriquecimiento ilícito es la acreditación de una causa de enriquecimiento extraña al desempeño de la función[165]. Lo que el autor ha de probar es de dónde viene el enriquecimiento apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, cómo ha hecho y qué ha hecho para evolucionar de esa manera[166].

[162] CCCorr., sala A de Feria, 15-1-98, "Pico, José Manuel", L. L. 1998-F.733.

[163] CAcus. de Córdoba, 15-10-96, "Angeloz, Carlos M.", L. L. C. 1997-350.

[164] C2ªCCom. de La Plata, 7-5-97, "Nicora, J. L.", c. 81.670, J. P. B. A. f. 393, t. 98, p. 127.

[165] CCCorr., sala A de Feria, 15-1-98, "Pico, José Manuel", L. L. 1998-F-733.

[166] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 161.

La prueba ofrecida debe versar sobre la procedencia del enriquecimiento. Debe dirigirse a la demostración de que el incremento patrimonial ocurrido luego de la asunción del cargo obedece a otras razones, es decir que no está vinculado a su condición de empleado o funcionario[167].

Se discute si debe eximirse de responsabilidad al agente que prueba su enriquecimiento a través de una causa ilícita distanciada del ejercicio de su función.

Si la conducta típica es la de no probar la procedencia del enriquecimiento, no puede hablarse de una exigencia sobre el origen lícito del incremento, con lo que lo único que se requiere es la acreditación de una causa extraña al desempeño de la función.

Otra cosa distinta es el alcance del secreto ofrecido por la parte final del primer párrafo del tipo penal.

Es una facultad que se otorga al agente, a su pedido, cuya concreción hace que la violación de tal secreto sea punible conforme lo estipulado por el artículo 157 del Código Penal.

Para un sector, de este secreto sólo puede gozar la prueba aportada cuya procedencia sea lícita[168], mientras que para otro parecería que la cobertura alcanza a la "prueba que se ofrezca", según reza el texto legal[169].

e) *El sujeto activo*

Autor puede ser cualquier persona que ocupe o haya ocupado un cargo público en cualquiera de las funciones del Estado y en cualquiera de sus niveles (municipal, provincial o nacional).

Es de plena aplicación en este acápite lo explicado con respecto a igual punto en la figura del artículo 268 (1) del Código Penal.

f) *Participación criminal. La persona interpuesta*

La persona interpuesta de que habla la parte final del artículo es quien obra como personero del funcionario[170], es decir, aquel que simula haber incrementado su patrimonio para encubrir el interés de aquél.

[167] Ídem nota anterior, p. 162.
[168] CABALLERO, ob. cit., p. 797.
[169] CREUS, ob. cit., p. 428.
[170] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 146.

Es aquí donde nuevamente vuelven a evidenciarse las falencias notorias ínsitas en esta construcción jurídica. Y no sólo eso, sino que también muestra un resabio patente de lo que verdaderamente se quiere penalizar[171].

Para quienes sigan la tesis de que la acción típica es enriquecerse, no habrá problemas en advertir, en la persona interpuesta, a un partícipe.

Si la acción típica es la de omitir la justificación de un incremento patrimonial apreciable, resulta claro que la parte final del tipo consagra una forma autónoma de punición, esto es, una conducta delictual independiente, pero que guarda cierto grado de referencia con la estipulada líneas atrás. Si quien debe justificar es exclusivamente el autor, no se avizora cómo puede participar en tal omisión la persona interpuesta.

Sentado el carácter autónomo de esta última figura, se exige que la persona interpuesta tenga un conocimiento cierto de que el sujeto se ha enriquecido, de su carácter de funcionario público, y de lo ilícita de la causa del enriquecimiento.

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia aún no ha efectuado una correcta distinción, y tiende a considerar que el legislador ha alterado las reglas comunes imperantes en materia de participación criminal.

Así, se ha dicho que el artículo 268 (2) del Código Penal no describe una acción punible para el caso del testaferro, pues ésta sólo se prevé para quien sea autor principal. Pero, al fijar dicha norma un

[171] Nos referimos a la afirmación de que se convirtió en delito de omisión al no poder demostrar la inocencia. Afirma, con impecable razonamiento, que aquello que el Estado no puede hacer en un proceso –tratar a una persona como culpable hasta que ésta demuestre que es inocente– no puede hacerlo con aspecto de derecho penal material. No puede decirse a sí mismo –agrega–: "dado que no me está permitido presumir la culpabilidad, he de convertir en delito el no demostrarse inocente; esto sí puedo hacerlo, porque impongo previamente un deber de actuar". De aceptarse tal posibilidad –explica–, el Estado podría resolver todas las dificultades probatorias mediante el establecimiento, junto a cada delito determinado, de una figura omisiva sujeta a la misma pena, consistente en no demostrar la inocencia de aquel mismo delito, presumido por alguna circunstancia que generase una sospecha. Y concluye con el siguiente ejemplo: art. 80 (1): Será reprimido con la pena del homicidio agravado por codicia, el que no justificare el lugar donde se hallaba en el momento de la muerte de un pariente a quien aquél hubiere heredado por un valor económico apreciable (SANCINETTI, ob. cit., p. 309).

modo de realización del tipo que incluye la colaboración de terceras personas, el castigo de éstas está señalado por el concurso que prestan al funcionario para disimular su enriquecimiento[172].

A ello se agrega la aseveración de que si bien la actividad del cómplice se relaciona a un hecho individualizado legalmente, no es un modo de proceder punible por sí mismo; la ilicitud de su conducta emerge de la efectiva realización, por otro, de un tipo penal[173].

Por otra parte, también se sostuvo que el dolo del partícipe necesario del delito tipificado por el artículo 268 (2) del Código Penal se manifiesta en la colaboración que brinda el autor al prestar su nombre para encubrir las inversiones por él realizadas, a sabiendas de que el funcionario público está violando las normas que protegen la corrección funcional[174].

Finalmente, se dijo que no se puede admitir la colaboración, en el sentido de convergencia intencional, durante el proceso de ejecución de los delitos de omisión[175], y que la complicidad necesaria se manifiesta no sólo cuando se concurre a la acción durante la ejecución de un delito, sino también cuando se ha prestado una ayuda, asistencia o contribución antes de su efectiva realización, en la medida en que importe un precedente del delito, de modo tal que sin ella no hubiera podido cometerse[176].

En el nuevo régimen legal la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento es reprimida con igual pena que el autor del hecho. Antiguamente merecía una penalidad de uno a cuatro años de prisión. El cambio operado exhibe una desvalorización mayor de la conducta enrostrada por parte del legislador.

g) *Consumación y tentativa*

El delito se consuma cuando, vencidos los plazos fijados para contestar el requerimiento o, en su caso, transcurridos los plazos pro-

[172] C7ª Crim. de Córdoba, 20-10-98, "Angeloz, Carlos M. y otros", L. L. C. 1999-94.

[173] Ídem nota anterior.

[174] Ibídem.

[175] Ibídem.

[176] Ibídem.

cesales pertinentes para el ejercicio de la defensa, el agente no logró justificar la procedencia del enriquecimiento[177].

La tentativa es inadmisible, si se trata de una omisión. Sólo pueden considerarla posible aquellos que sean partidarios de la tesis del enriquecimiento como acción típica de este delito.

3. *Tipo subjetivo*

Es un claro delito doloso, debiendo discutirse en qué consiste el dolo, ya que si es la acción de enriquecerse será el contenido de una manera, y si es sólo el omitir, será de otra.

Lo que la doctrina dominante describe como dolo de omisión sólo representaría la ausencia de la decisión en la acción debida. Si únicamente se reconoce como elemento de conducta a la capacidad de acción, entonces no puede existir una voluntad dirigente y luego un dolo, sino solamente una "omisión acompañada del saber acerca del poder final del hecho"[178]. Esta posición terminaba sosteniendo que con el reconocimiento de una acción omisiva no es ya posible negar el dolo de omisión[179].

Si la conducta es la de enriquecerse y además no justificar el contenido del dolo, será saber que se ha enriquecido ilegalmente o negarse a contestar, como es obvio.

En cuanto a su objeto, el dolo de este tipo penal exige –en cuanto imagen refleja del tipo objetivo– la referencia a todos sus elementos.

En primer lugar, entonces, reclama el conocimiento sobre la existencia del requerimiento y, con ello, de la imputación de un enriquecimiento apreciable operado en el ejercicio de la función pública.

Asimismo, el autor debe estar consciente acerca de los elementos especiales de autoría pertenecientes al tipo objetivo. Es decir, se requiere que en su coconciencia estén alojadas las implicancias que se derivan de su especial condición jurídica –funcionario público–.

Por último, debe conocerse la posibilidad de poder desarrollar una cierta actividad conducente a la evitación de la lesión inminente

[177] CREUS, ob. cit., p. 424.
[178] MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., t. II, p. 267.
[179] Ídem nota anterior.

del bien jurídico. Aquí es donde entra en juego el punto esencial: debe saber que se le exige una conducta tendiente a explicar el origen del acrecentamiento patrimonial considerable cuya ilícita realización se le atribuye.

4. *Antijuridicidad*

Para los sostenedores de la tesis del enriquecimiento en cuanto acción típica, no habrá tipicidad si se logra demostrar la causa lícita del enriquecimiento, motivo por el cual no habrá problemas de causas de justificación. Si se puede justificar el incremento patrimonial, éste ya no será indebido y, por tanto, cae desde el inicio la afirmación de la tipicidad.

Algo semejante ocurrirá para la otra posición, siempre que se afirme la constitucionalidad de esta construcción jurídica: quienes afirmen que la acción típica es la de omitir la justificación también verán indisolublemente unidas tipicidad y antijuridicidad, porque de antemano se vislumbra que el agente no podrá hacer uso de un legítimo derecho, el de no declarar (art. 18, Const. Nac.).

Cabría la posibilidad de aseverar inicialmente el juicio de tipicidad y, sin embargo, excluir la antijuridicidad de la conducta ante el amparo constitucional que el funcionario puede aducir respecto a la potestad de guardar silencio frente a la imputación formulada. Sin embargo, la contrariedad ofrecida por la figura en sí en este aspecto, al vedar en todos los casos la vigencia del principio, la torna inválida al no encontrar un sostén normativo en una norma de rango superior.

Y que no se diga que el funcionario declina anticipadamente tal derecho, por cuanto el principio de no declarar contra sí mismo es indisponible de modo anticipado[180].

[180] Como bien sostiene Sancinetti, si bien el imputado tiene el derecho a autoincriminarse, si así le place, no puede obligarse contractualmente a renunciar a invocar este principio en caso de cometer un delito durante el cumplimiento del contrato. Y pone a prueba la afirmación tomando un caso extremo: el Derecho Administrativo no podría prever que la relación con el funcionario habilitará el uso de la tortura para indagar sobre eventuales hechos punibles, porque contra la prohibición constitucional de "toda especie de tormento" (art. 18, Const. Nac.) no valdría invocar el principio del "sometimiento voluntario" (en el caso, el sometimiento voluntario al régimen jurídico del contrato administrativo) (SANCINETTI, ob. cit., p. 301).

5. *Atribuibilidad*

En cuanto a la responsabilidad por el hecho, resulta difícil concebir que alguna de las causales que la excluyen pueda darse en la omisión de justificar un enriquecimiento apreciable operado durante el ejercicio de la función pública.

Respecto a las causales de inimputabilidad, baste remitirse a lo sostenido en la parte general de nuestra obra[181]. La figura en cuestión no presenta ningún rasgo específico en este aspecto que no pueda ser solucionado mediante la aplicación de las reglas generales de la teoría del delito.

Por último, el error de prohibición se dará cuando, tras comprender el sentido social de su conducta, efectúe una errónea valoración jurídica sobre alguno de sus aspectos.

## OMISIÓN MALICIOSA DE PRESENTAR DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL Y FALSEDAD U OMISIÓN DE LOS DATOS EN ELLA INSERTADOS

Artículo 268 (3): "Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

"El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

"En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables".

### I. Bien jurídico tutelado

El bien jurídico protegido es la transparencia en el ejercicio de la función pública.

[181] DONNA, ob. cit., t. II, p. 214.

La instauración del régimen de declaraciones juradas patrimoniales integrales, tanto al ingreso como al egreso de la función pública, se presenta como un sano intento por obstaculizar el enriquecimiento durante el ejercicio del cargo; a igual tiempo, constituye un medio de prueba más para cercar a quienes toman provecho de su posición funcional e incrementar con ello su patrimonio.

## II. Tipo objetivo

### 1. *Acción típica*

Dos son las conductas típicas receptadas por este artículo.

En primer lugar se contempla la omisión maliciosa de presentar una declaración jurada patrimonial.

Se trata de un delito de omisión propia y consiste en la oportuna abstención de cumplir con la obligación impuesta por la ley en lo que refiere a la manifestación de la situación patrimonial del servidor público. Sin embargo, cabe apuntar que el tipo penal contempla un circunstancial de modo, cual es "maliciosamente". De todas las acepciones que asigna el *Diccionario* de la Real Academia Española, parecería que la que mejor se ajusta a la voluntad del legislador es aquella según la cual la malicia es una cualidad por la que una cosa se hace perjudicial y maligna[182]; vale decir, no se trata de cualquier omisión sino de una que sea malintencionada y perjudicial. De más está decir, y si bien no es un tipo de consideración que corresponda hacer en el marco de un análisis dogmático, las dificultades de prueba que esto traerá aparejado[183].

En segundo y último término, también aparece incriminada la falsedad u omisión maliciosa en la inserción de datos que la referida declaración deba contener.

Incurrirá en este supuesto quien falte a la verdad en su declaración, quien se manifieste, en términos patrimoniales, en discordancia con

[182] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992, t. II, p. 1298.

[183] Cobra aquí vigencia lo sostenido por Gómez al parafrasear a Groizard en el comentario al art. 253 del Cód. Pen., en cuanto a que no es este artículo la amenaza real de una pena para contener un mal social, sino sólo un precepto conminatorio (GÓMEZ, ob. cit., t. V, p. 502).

su realidad económica. Y a ello puede llegarse bien por vía de falsedad –mutación u ocultamiento de la verdad– o por vía de omisión –no inclusión–.

## 2. *El plazo para la presentación*

La primera de las acciones típicas –esto es, la omisión maliciosa en la presentación de la declaración jurada patrimonial integral– está condicionada en su configuración tanto por la existencia de un plazo como por la exigencia de notificación fehaciente que debe precederla.

El artículo 4° de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (25.188) señala que los sujetos.por ella comprendidos deberán presentar una declaración jurada patrimonial integral dentro de los treinta días hábiles desde la asunción de sus cargos. De igual modo, deben actualizar la información contenida en esa declaración jurada anualmente y presentar una última declaración dentro de los treinta días hábiles desde la fecha de cesación en el cargo.

Seguidamente, los artículos 8° y 9° del citado cuerpo legal señalan que las personas que no hayan presentado sus declaraciones juradas en el plazo correspondiente –debe entenderse el estipulado en el artículo 4°– serán intimadas en forma fehaciente por la autoridad responsable de la recepción para que lo hagan en el plazo de quince días.

Ahora bien, en cuanto es exigencia típica la notificación fehaciente previa de la intimación respectiva, la omisión típica sólo queda configurada cuando haya expirado el plazo de quince días reglado por los artículos 8° y 9°; es decir, la omisión en la presentación de la declaración jurada patrimonial dentro del plazo de treinta días estipulado por el artículo 4° no es punible, en cuanto la realización de la intimación fehaciente por parte de la autoridad de recepción recién está ordenada por la ley para el caso de que haya transcurrido este primer plazo de treinta días sin que el funcionario o ex funcionario haya dado cumplimiento a tal obligación.

No ocurre lo mismo con el último párrafo del artículo, en cuanto al falseamiento u omisión de los datos que deben integrar la declaración, ya que –al ser un delito de comisión– ello puede tener lugar en cualquier momento, sin sujeción a plazos específicos y sin necesidad de intimación previa.

3. *Sujetos*

Sujeto activo es el funcionario público o ex funcionario público que en razón del cargo deba presentar una declaración jurada patrimonial de carácter integral.

Los sujetos obligados son los enumerados por el artículo 5° de la ley 25.188.

Se trata, pues, de un delito especial en sentido estricto, dado que el círculo de autores está determinado por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico[184]. La consecuencia de ello, tal como se ha afirmado ya reiteradas veces a lo largo de la obra, es que el *extraneus* únicamente responde dentro de los límites del autor:

a) La autoría de este último es imposible en cualquier forma, ya que sólo es autor el funcionario público o quien haya dejado de serlo;
b) la participación de aquél –cabe admitirla únicamente respecto del segundo de los supuestos típicos– es posible en cualquier forma, en tanto y en cuanto el autor sea el sujeto calificado por la ley[185].

En cuanto portador del bien jurídico, sujeto pasivo del delito es la administración pública en sentido subjetivo, esto es, como ente titular del interés protegido[186].

## III. Tipo subjetivo

En ambos casos se trata de un delito doloso.

En cuanto a su objeto, el dolo de este tipo penal exige –en cuanto imagen refleja del tipo objetivo– la referencia a todos sus elementos.

La primera de las variables típicas reclama el conocimiento sobre la existencia de la intimación fehaciente y, con ello, de la obligación en cabeza propia de presentar declaración jurada patrimonial.

Asimismo, debe conocerse la posibilidad de poder desarrollar una cierta actividad conducente a la evitación de la lesión inminente del

[184] DONNA, ob. cit., t. II, p. 85.
[185] Ídem nota anterior, ps. 85/86.
[186] PAGLIARO, ob. cit., p. 6.

bien jurídico. Aquí es donde entra en juego el punto esencial: debe saber que se le exige una conducta tendiente a manifestar su situación patrimonial ante la autoridad respectiva.

Con respecto a la segunda variable, debe saber que lo expresado en la declaración no se condice con su realidad económica.

Por último, y ello es aplicable a sendos supuestos, el autor debe estar consciente acerca de los elementos especiales de autoría pertenecientes al tipo objetivo. Es decir, se requiere que en su coconciencia estén alojadas las implicancias que se derivan de lo que es o fue su especial condición jurídica –funcionario público–.

Existe un elemento subjetivo distinto del dolo: el tipo señala que la omisión en la presentación o la falsedad u omisión en la inserción de datos deben ser maliciosas. Esto nos recuerda al viejo concepto valorado del dolo, por cierto ya en desuso desde hace mucho tiempo, merced a la concepción personal de lo injusto.

La malicia es la intención solapada, de ordinario maligna y picante, con que se dice o hace algo[187]. Aplicado este concepto al artículo en estudio, el agente debe obrar con –además de conocimiento y voluntad– un plus intencional: el de no dar a conocer o expresarse equívocamente, para así inducir a error sobre su situación patrimonial.

## IV. Consumación y tentativa

En el caso del primer comportamiento típico contemplado por el artículo, la omisión se consuma con la expiración del plazo de quince días estipulado tanto en el artículo 8° como en el 9° de la ley 25.188.

En cuanto al falseo y omisión de datos, la acción típica se consuma con la presentación de la declaración jurada ante la autoridad competente.

En ambos casos la tentativa es inadmisible. En la primera hipótesis ello se debe a que el deber se incumple necesariamente con el agotamiento del plazo fijado por la ley; en la segunda, el detrimento para el bien jurídico comienza con la mera presentación, sin que los actos previos excedan del estadio de un acto preparatorio impune.

[187] *Diccionario de la Lengua Española*, t. II, p. 1298.

# CAPÍTULO X

# PREVARICATO

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Prevaricato de derecho. b) Prevaricato de hecho. b.1) Agravante. Sentencia condenatoria en causa criminal. b.2) Autor. c) Prevaricato de personas equiparadas. 2. Tipo subjetivo. IV. Consumación. *Prisión preventiva ilegal.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Autor. 2. Tipo subjetivo. IV. Consumación. *Prevaricato de los abogados y otros profesionales.* I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Autores. 2. Tipo subjetivo. IV. Consumación. *Prevaricato de otros auxiliares de la justicia.* I. Antecedentes. II. Tipicidad. III. Autores.

Artículo 269: "Sufrirá multa de tres mil a setenta y cinco mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

"Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

"Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores".

## I. Antecedentes

En el Derecho Romano se designaba con nombre de prevaricador a aquel que prestaba su concurso a la parte adversaria traicionando a la propia. En el Derecho Canónico este delito se llamaba colusión y consistía en una convención oculta y fraudulenta entre el autor y el reo.

El prevaricato se compone de dos palabras latinas: *præ* y *varus*, lo que quiere decir huesos de las piernas torcidos. Lo que quería sig-

nificar es que las personas que ejecutaban determinados actos los hacían de forma tal que se desviaban de la línea recta y marchaban de manera torcida u oblicua[1].

El Código de España que fue tenido en cuenta por los redactores del proyecto de 1891 hacía referencia a dos clases de prevaricato: el judicial o cuasijudicial y el extrajudicial[2].

El Código Tejedor regulaba el prevaricato en los artículos 385, 386, 387 y 389. El artículo 385, a su vez lo subdividía en 5 incisos. En el primero de ellos se castigaba al juez que "espide" sentencia definitiva manifiestamente injusta; en el segundo al juez que conoce en causas que patrocinó como abogado; en el tercero, al juez que cita hechos o resoluciones falsas; en el cuarto, al juez que se niega a juzgar bajo "pretesto" de oscuridad o insuficiencia de la ley, y en el quinto, al juez que se apoya en leyes supuestamente derogadas.

El proyecto de 1881 en el artículo 177 decía: "Comete prevaricación: 1°) el juez que maliciosamente expide sentencia injusta, o que viola a sabiendas las leyes del procedimiento y jurisdicción; 2°) el que se niega a administrar justicia dentro de los términos señalados por la ley". El Código de 1886 regulaba el tema en el artículo 245, que decía: "comete prevaricato: 1°) el juez que 'espide' sentencia definitiva o interlocutoria que tenga fuerza de tal, si fuese contraria a la ley expresa invocada en los autos, salvo prueba de que ha procedido por error; 2°) el juez que conoce en causa que patrocinó como abogado, y 3°) el juez que a sabiendas cita hechos o resoluciones falsas". Preveía también el 247 el prevaricato de abogados y procuradores, y en el 249 el prevaricato de jueces árbitros o arbitradores, los asesores y los peritos. El proyecto de 1891, en el artículo 316, se acerca más, y parece ser la fuente del Código de 1917, y se expresa de la siguiente forma: el juez que expidiere resoluciones contrarias a la ley expresamente invocadas por las partes o por él mismo, o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas... si la sentencia se hubiese ejecutado siendo condenatoria en causa criminal se elevaba la pena a la legislada por el Código Penal actual, y el artículo 317 regulaba el prevaricato de abogados y otras partes, que se completaba con el 318.

[1] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 267.
[2] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 268.

En la Exposición de Motivos se sostenía que no había razón alguna para no sancionar otras resoluciones distintas a las sentencias definitivas o interlocutorias de que hablaba el Código actual; de ahí que el proyecto emplea términos más amplios que "resoluciones contrarias a la ley expresa", al incluir "invocadas por las partes o por él mismo"; locución, afirma la comisión, que es más precisa[3].

El proyecto de 1906 regulaba el tema en los artículos 288, 289, 290 y 291 y es, como bien dice Moreno, la base del artículo actual del Código Penal.

## II. Bien jurídico protegido

El prevaricato es un delito que atenta contra la administración pública pero esencialmente contra la administración de justicia, ya que el delito es cometido por los protagonistas del Poder Judicial "abusando de las garantías que les otorga la Constitución: en la prevaricación, se tuerce el derecho por parte de quienes están sometidos únicamente al imperio de la ley. En este sentido, puede estimarse qué bienes jurídicos de las conductas de prevaricación guardan una conexión directa con la administración de justicia, pudiéndose cifrar concretamente en el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional"[4].

Coincidiendo con lo antes expuesto, González Rus afirma que el bien jurídico protegido es la administración de justicia, porque las conductas que se castigan afectan a lo que constituye el núcleo central de la función jurisdiccional en su sentido más estricto, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado[5].

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

El delito consiste en dictar una resolución que tenga los siguientes caracteres: a) ser contraria a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo juez, o b) citarse, para fundarlas, hechos o

[3] Exposición de Motivos, p. 207; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 479.
[4] CANCIO MELIA, *Comentarios al Código Penal* cit., ps. 1174, 1175.
[5] GONZÁLEZ RUS, Juan José, ob. cit., t. 2, p. 456.

resoluciones falsas. Con este esquema, Moreno afirmaba que hay prevaricación con respecto al derecho y a los hechos[6].

Es decir, dos son las circunstancias en las que puede darse el prevaricato: una mediante el dictado de resoluciones contrarias a la ley invocada (prevaricato de derecho), otra fundando la resolución en hechos o resoluciones falsas (prevaricato de hecho). En ambos casos debe tratarse de resoluciones de carácter jurisdiccional, en consecuencia, quedan excluidas aquellas dictadas en función de superintendencia, las que podrán, en todo caso, constituir otro delito[7].

Asimismo, quedan excluidas las resoluciones de mero trámite, o de carácter formal. En este sentido, la jurisprudencia expresó: "El artículo 269 del Código Penal, en cuanto impone multa al magistrado que, para fundar sus resoluciones, cite hechos falsos, exige que la resolución sea una providencia que resuelva algo y de la que pueda resultar algún perjuicio o provecho para alguna de las partes. Así no configura la materia de delito de prevaricato una providencia de mero trámite o de carácter formal, pues no constituye una resolución que haga al derecho de las partes [...] El decreto mediante el cual el juez designa depositario judicial transitorio de un automotor es un mero acto de ejecución que resulta ajeno a la figura del artículo 269 del Código Penal, en cuanto exige que el juez dicte resoluciones fundadas en hechos falsos"[8].

a) *Prevaricato de derecho*

Afirmaba Moreno, al comentar esta parte de este artículo, que la determinación del prevaricato con respecto al derecho no era fácil de establecer. Y decía con agudeza, tan escasa hoy en día, que: "los magistrados por lo mismo que tienen libertad de criterio y de interpretación, pueden equivocarse, y si cada vez que incurriesen en errores jurídicos, fueran reos del prevaricato, todos los jueces sin excepción alguna serían delincuentes. Cada vez que a un juez se le revocase una

[6] MORENO, ob. cit., p. 278.

[7] CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Zitto Soria, Miguel A.", c. 199, sostuvo que en funciones de mera superintendencia el juez podrá cometer abuso de autoridad pero no prevaricato.

[8] CFed. de San Martín, sala II, 7-5-96, "Z. S., M. A.", L. L. 1996-E-361.

sentencia, ese magistrado sería legalmente un prevaricador. En efecto, los jueces deben fundar sus sentencias en ley y citar los artículos de la misma, según lo establecen las reglas del procedimiento, de manera que una sentencia revocada significa que el magistrado ha apreciado mal los hechos, ha aplicado mal el derecho o ha incurrido en los dos defectos al propio tiempo"[9].

La doctrina española, con un texto distinto que habla de sentencia o resolución injustas, ha sostenido que la injusticia de la resolución no puede determinarse más que desde la perspectiva de la legalidad. Por lo tanto, será aquella sentencia o resolución que infringe el derecho y que de una manera manifiesta, evidente e incuestionable está en contradicción con el ordenamiento jurídico[10]. Esto ha llevado a González Rus a sostener que encuadra en el delito de prevaricación aquella resolución que está guiada por un criterio abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable. Por lo tanto, ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna de las interpretaciones del derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricación judicial[11].

Éste también ha sido el criterio de Molinario y Aguirre Obarrio, que van más lejos todavía, afirmando que se excluye del tipo penal lo dispuesto por leyes que no fueron citadas en juicio por el juez mismo ni las partes. En este sentido, la jurisprudencia ha seguido este criterio al afirmar que si nadie ha invocado la ley no puede haber prevaricato, aunque la resolución sea contraria al derecho que se debió aplicar[12]. Asimismo se ha dicho que "No constituye el delito de prevaricato el apartamiento de una doctrina plenaria por un magistrado, que al resolver no citó el artículo 303 del Código Procesal y el mismo no fue invocado por las partes litigantes"[13].

Por ley se entiende aquí no sólo la ley en sentido formal, sino también su reglamentación aplicable al caso[14].

[9] MORENO, ob. cit., t. VI, ps. 278/279.
[10] STS, 14-3-96.
[11] GONZÁLEZ RUS, ob. cit., ps. 457/458.
[12] CNCas.Pen., sala I, 5-10-94, "Vaccari, Horacio y otro", c. 215
[13] CNCas.Pen., sala I, 5-10-94, "Vaccari, Horacio y otro", J. A. 1995-II-556,
[14] NÚÑEZ, *Tratado*... cit., 1992, t. V, vol. II, ps. 148/49; CREUS, ob. cit., p. 431.

El tipo se refiere a ley expresa, que se refiere a la que ha sido invocada como fundamento de la resolución. La contradicción implica que entre la resolución y la ley que el juez declara que aplica existe una oposición.

La expresión "la ley expresa invocada por las partes" no significa que el juez deba fallar de acuerdo a la ley invocada por la parte, sino cuando el juez fundamenta contradictoriamente su resolución en una ley invocada por las partes. En síntesis y como afirma Creus, "lo punible es la contradicción entre el fallo y la ley, que en el mismo se presenta como fundamento en la decisión; el mero hecho de no aplicar la ley aplicada por la parte no es prevaricato; por más incorrecto que sea el rechazo, aunque sí lo será rechazar esa aplicación invocando una ley que se sabe no dispone tal cosa"[15]. En el fondo llevaba razón Moreno cuando sostenía que se trata de un delito más teórico que real[16].

Por lo tanto, el delito sólo se podrá dar cuando la cita de la ley aparezca hecha con manifiesta mala fe, cuando el argumento sea forzado y no corresponda la conclusión a lo que dice el precepto legal. Por lo tanto, es indispensable tener en cuenta el propósito que ha guiado al juez en el dictado de la sentencia[17].

En el primer supuesto –prevaricato de derecho–, la resolución dictada es contraria a la ley expresa si manda o prohíbe lo contrario de lo que de modo claro prohíbe o manda la ley aplicable al caso. Debe entenderse por ley "expresa" a la que de ese modo ha sido invocada como fundamento de la resolución por parte del juez. Esta invocación puede surgir tanto de las partes como del propio sujeto activo del delito.

Debe aclararse que la sola circunstancia de que la resolución dictada por el juez sea contraria a la ley, o que el magistrado aplique equivocadamente el derecho, no conlleva la configuración del prevaricato, pues si sólo esos requisitos fueran necesarios se concluiría que toda sentencia revocada daría lugar a un proceso por prevaricación;

[15] CREUS, ob. cit., p. 432.
[16] MORENO, ob. cit., p. 280.
[17] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 279.

como se ha establecido precedentemente, para completar el tipo objetivo se requieren los elementos referidos, y por supuesto, se completará la tipicidad con el aspecto subjetivo analizado en párrafos posteriores[18].

b) *Prevaricato de hecho*

El delito también puede consistir en la invocación falsa de los hechos, sin perjuicio de que se debe tener en cuenta el margen de interpretación que tiene el juez. Para que se cometa el delito el juez debe citar para fundar el fallo o el auto un hecho o resolución falsos. Moreno da como ejemplos los siguientes: un testimonio no producido, un documento no agregado. Y exige este mismo autor que este elemento sea el fundamento de su resolución[19].

Para Creus, la falsedad de los hechos o resoluciones tanto puede ser de circunstancias inexistentes o de darle a las existentes una significación que no tienen. Pero es importante insistir que un hecho es falso cuando el juez sabe que no existe o no existió, o que existió de una manera distinta a como él lo presenta; pero no lo es aquel cuya acreditación, conforme a la prueba, depende del criterio del juzgador[20]. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido: "No procede el recurso extraordinario deducido por la querellante contra la resolución que sobreseyó definitivamente en la causa respecto de los delitos de administración fraudulenta, estafa procesal en grado de tentativa, defraudación y prevaricato, ya que la recurrente no ha demostrado sino su discrepancia con la selección y valoración de las pruebas efectuadas por el a quo, aspecto que no cubre la doctrina sobre arbitrariedad cuando la decisión apelada cuenta con fundamentos suficientes que descartan su descalificación como acto judicial válido, de manera que lo resuelto no guarda nexo directo e inmediato con la alegada violación a la garantía de defensa invocada en sustento de la vía intentada"[21].

[18] Cfr. CFed. de La Plata, Sala Penal II, 1-2-93, "Ottogalli, Armando y otro s/d", c. 13.312.

[19] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 280.

[20] CREUS, ob. cit., p. 423; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 149.

[21] CSJN, 18-10-83, "Uriburu, Julia S.", L. L. 1984-B-480, secc. jurisp. agrup., caso 5184.

Las resoluciones falsas son las que se invocan como fundamento de la decisión misma por la influencia que como juzgamiento precedente puede tener con la actual, como por ejemplo afirmar que una excepción fue rechazada, que no existía cosa juzgada, etcétera[22].

b.1) *Agravante. Sentencia condenatoria en causa criminal*

La discusión que ha suscitado en la doctrina este término se puede resumir sucintamente de la siguiente forma. Por una parte, se ha afirmado que se comprenden tanto los delitos en los que son competentes los jueces de instrucción como los jueces correccionales, esto es, delitos comprendidos en el Código Penal y leyes especiales. Núñez, por su parte, en el *Manual* agrega las causas por faltas y contravenciones. Para Moreno, el motivo de la agravante es el daño que tal sentencia puede resultar para las personas. No hay duda de que la primera posición es la acertada, habida cuenta de la gravedad de la pena y de los propios antecedentes que Moreno trae en su obra[23].

Molinario agregaba que debe tratarse de crimen, por lo tanto se debe dejar de lado los delitos contravencionales y aun los correccionales; la agravante no corre en los casos en que la sentencia sea absolutoria. Hay que hacer notar en este punto la influencia del Código español que castigaba con pena de muerte en el caso en que el juez hubiera dictado la pena de muerte.

b.2) *Autor*

Autor sólo puede ser el juez que integra de forma permanente el Poder Judicial, cualquiera sea la instancia y el tribunal al que pertenezca. También se aplica la norma a los llamados conjueces que participan de modo accidental del Poder Judicial; en cambio la norma no alcanza a los jueces municipales o de faltas. La norma también abarca a los jueces legos existentes en algunas provincias, competentes como jueces de paz. La discusión solamente se ha limitado a sostener que al no ser letrados no podían abarcar el prevaricato de hecho[24].

[22] CREUS, ob. cit., p. 424.

[23] MORENO, ob. cit., ps. 281 y ss.

[24] MORENO, ob. cit., p. 278; en contra CREUS, ob. cit., t. VII, p. 149 y SOLER, ob. cit., t. V, § 146.

c) *Prevaricato de personas equiparadas*

La ley prevé en el artículo 269, última parte, que lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo será aplicable en su caso a los árbitros y arbitradores amigables componedores. La ley ha equiparado a la labor jurisdiccional a las personas antes mencionadas, ya que por voluntad de las partes sustituyen a los jueces.

Se los excluye del segundo párrafo, ya que nunca podrían dictar sentencias penales.

Los árbitros y arbitradores amigables componedores están, en este supuesto, expresamente equiparados por la ley a la calidad de juez –sólo en relación al párrafo 1° de este artículo–, pues aquéllos cumplen una verdadera labor jurisdiccional, y se constituyen, por voluntad de las partes, en jueces.

Gran parte de la doctrina sostiene que sólo los jueces letrados pueden ser sujetos activos del prevaricato de derecho, mientras que los jueces legos y los amigables componedores sólo pueden cometer el prevaricato de hecho, porque estos últimos para fallar no tienen que sujetarse al derecho, sino que deben pronunciarse según su leal saber y entender, por lo cual quedaría excluida la posibilidad de contrariar la ley; si son legos no tienen por qué conocer el Derecho. Sin embargo, otros autores[25] aceptan tal posibilidad: cuando el lego se aparte a sabiendas y maliciosamente de lo que la ley dispone sobre el caso justiciable, se dará el supuesto previsto por la primera parte del primer párrafo del artículo 269 del Código Penal.

2. *Tipo subjetivo*

El autor tiene que saber y tener la voluntad de resolver contra lo que dispone la ley invocada como fundamento de su fallo o que los hechos o las resoluciones en las que se basó no existieron o no tuvieron la significación que él les otorgó[26]. Dadas las características expuestas, es necesario para completar el aspecto subjetivo el dolo directo. Es indiferente el propósito ulterior que haya tenido el juez al dictar una resolución prevaricante, sin olvidar que en la legislación argentina el

[25] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, p. 149; CREUS, ob. cit., t. 2, ps. 329/30.
[26] MORENO, ob. cit., p. 280.

prevaricato se encuentra separado del cohecho, por lo que el fin de lucro necesario en este último no está presente en el prevaricato, sin perjuicio de que existan otros motivos que hayan llevado al sujeto activo a actuar de dicha manera. Se ha expresado: El prevaricato no consiste en que la resolución impugnada sea objetivamente contraria a la ley o se funde en una errónea interpretación del Derecho, casos en los cuales toda sentencia revocada constituiría un delito de prevaricato, sino en la malicia o mala fe del juzgador. Corresponde rechazar la denuncia, si tal circunstancia ni siquiera aparece invocada concretamente[27].

El tipo subjetivo se ve satisfecho, cualquiera sea el motivo que impulsó al autor, cuando el juez dicta con conocimiento y voluntad la resolución injusta, independientemente de los resultados perjudiciales o beneficiosos que para una parte pueda tener.

La existencia de culpa o de error excluyen el prevaricato.

## IV. Consumación

Es un delito que se consuma con el dictado de la resolución, con independencia de que se cause daño y de que sea susceptible de recurso.

Si se trata de procedimiento escrito la consumación llega con la firma de la pieza escrita por parte del juez; si es juicio oral con el pronunciamiento verbal dictado en la audiencia. No es necesario que tal decisión alcance ejecutoriedad, ni que haya producido un resultado dañoso.

La doctrina se inclina por negar la posibilidad de la tentativa[28].

# PRISIÓN PREVENTIVA ILEGAL

## I. Antecedentes

El proyecto de 1891 había previsto este delito entre los delitos contra la libertad. Posteriormente, en el proyecto de 1906, se desplazó hacia los delitos contra la administración pública. En el primer proyecto

[27] Trib. Enj. Mag., 14-7-77, "Servini, Eduardo", *Fallos*: 298:810.
[28] CREUS, ob. cit., p. 436.

citado se decía con palabras que tienen actualidad: "tiene por objeto esta disposición reprimir injusticias harto frecuentes en los tribunales argentinos. La simple detención acordada durante las primeras investigaciones de un delito, se convierte con demasiada facilidad en prisión preventiva, y, una vez el procesado en la cárcel, su vuelta a la libertad queda definitivamente aplazada". Con la enmienda que introducimos cesará ese estado de cosas y no ocurrirá ya, como ha ocurrido, que procesados por delitos que merezcan un mes de arresto, permanezcan preventivamente detenidos durante tres o cuatro años, sin más motivo que el de no haberse dictado sentencia firme[29].

## II. Bien jurídico

Bien han dicho Molinario y Aguirre Obarrio que acá están en juego dos bienes jurídicos. El primero de ellos es la administración de justicia tal como se ha analizado en el artículo 269, y el segundo la libertad de la persona de manera tal que no hay duda de que en este caso la víctima podría constituirse como parte querellante.

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *Acción típica*

Consiste en decretar prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o en prolongar la prisión preventiva ya decretada más allá del tiempo que correspondería a la pena máxima del delito imputado. Ambos supuestos se refieren a la prisión preventiva, que es la medida cautelar por la cual el juez puede restringir la libertad de una persona, antes de la sentencia definitiva, mediante el dictado previo del auto de procesamiento, siendo la única forma de restringir la libertad[30], a fin de asegurar la sujeción del imputado al proceso. Sin embargo, hay que insistir que la medida debe ser de excepción debido al estado de inocencia de la persona reconocido constitucionalmente

[29] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 284.
[30] DONNA y MAIZA, *Código Procesal Penal* cit., ps. 360/61.

(art. 18, Const. Nac.). En este sentido Molinario y Aguirre Obarrio sostienen que el actual Código de Procedimientos se ajusta más a lo que quería el codificador, ya que se requiere para poder dictar la prisión preventiva el auto de procesamiento. Y éste a su vez exige algunos extremos. En efecto, el artículo 306 afirma que el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubieren elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste. El Código exige, como se sabe, una indagatoria previa. La norma se completa con el artículo 312 cuando regula los extremos de la prisión preventiva, que son dos: cuando al delito o concurso de delitos corresponda pena privativa de libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional. Segundo, en caso de que se permita la condena condicional si no precede la libertad provisoria de acuerdo al 319. Y el 319 del mismo cuerpo legal afirma que se denegará la excarcelación respetándose el principio de inocencia y el artículo segundo de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de la característica del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones, hiciere presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Pues bien, está claro que no se puede dictar prisión preventiva en los casos de delitos que sólo tengan pena de multa o inhabilitación. Pero además se cometería el delito cuando no se respetasen los artículos antes citados y los análogos de los códigos procesales locales.

Creus sostiene que de acuerdo a la redacción del Código no se requiere que haya tenido lugar la efectiva detención, ya que la ley sólo dice decretar la prisión preventiva, debido a que el primer bien jurídico protegido es la administración de justicia, que ya se vulnera con el mero decreto de algo que no debe tener lugar[31-32].

[31] SOLER, ob. cit., t. V, par. 4, p. 280; ODERIGO, Mario A., *Código Penal anotado*, Buenos Aires, 1942, nota 1369 –citado por Soler en obra referida–; LAJE ANAYA, *Comentarios...* cit., vol. III, p. 170 –ídem–; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, t. VII, p. 379.

[32] CREUS, ob. cit., t. 2, par. 2140, p. 331; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, par. 4, p. 151.

En el segundo caso se trata de la prolongación de la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiera agotado la pena máxima que podía corresponder al procesado por el delito imputado.

Presupuesto del delito es que una persona esté cumpliendo la prisión preventiva y el juez omita la decisión de libertad cuando se han cumplido los plazos antes indicados.

Se trata de la pena máxima del delito imputado a la persona en el auto de procesamiento.

b) *Autor*

Autor sólo puede ser un juez con competencia penal para investigar delitos, con lo cual quedan excluidos los jueces de falta. Se trata de un delito de mano propia especial que no admite coautoría, pero sí puede haber complicidad.

Sujeto activo de este delito sólo puede ser el juez con competencia para investigar o juzgar delitos.

2. *Tipo subjetivo*

La doctrina se ha divido. Algunos autores, como Soler y Molinario y Aguirre Obarrio, afirman que no se trata de un delito doloso sino que el artículo 270 se refiere a la "actuación negligente o imprudente del juez que por ligereza, por dejadez, por retardo, determina que alguien sufra prisión preventiva indebidamente o más allá de los límites resultantes del juego de la ley penal y la procesal"[33]. En igual sentido se pronuncia Núñez[34] al establecer que se trata de "la inobservancia inintencional de la norma reguladora de la prisión preventiva"[35]. Tales posturas encuentran su fundamento en la atenuación de la escala penal que tiene esta figura con respecto a otras normas en las que podría encuadrar tal accionar, como los delitos de privación de la libertad –artículo 141– o abuso de autoridad –artículo 248–, los que prevén pena privativa de la libertad, mientras que la norma que nos ocupa

[33] SOLER, ob. cit., t. V, par. 3, p. 279.

[34] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, par. 3, p. 151.

[35] Idéntica postura: FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, par. 2, p. 381; LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 170, nota 205.

determina multa e inhabilitación. Tampoco tendría sentido, señalan dichos autores, que un hecho que revestiría una gravedad evidentemente superior –en el caso que fuere doloso– a la de cualquier prevaricato fuera perseguido con una pena menor. Justamente dicha atenuación deviene del carácter culposo que reviste tal conducta.

Por el contrario, otra parte de la doctrina sostiene que siendo nuestro sistema "cerrado", todo delito que no reciba específicamente las notas características del delito culposo es doloso[36]. En idéntico sentido Maldonado establece que "la calidad de doloso o culposo de un delito no depende de la pena ni de la armonía de las escalas penales, sino de la estructura típica"[37]. En consecuencia, para esta rama doctrinaria el delito previsto por el artículo 270 del Código Penal debe ser doloso, lo que implica que el autor sepa y quiera ordenar la prisión preventiva del inculpado o prologar su detención bajo las condiciones analizadas en los puntos anteriores, es decir, que conozca las circunstancias que tornan improcedente la disposición de la prisión preventiva o que obligan a hacerla cesar, y la voluntad de disponerla o prolongarla a pesar de ese conocimiento.

## IV. Consumación

La consumación se dará cuando el juez ordene, mediante resolución, la prisión preventiva, y ésta se haga efectiva –según la postura que se adopte–, o cuando omita hacer cesar la detención en tiempo debido, prolongándola injustificadamente.

La tentativa no es posible.

## PREVARICATO DE LOS ABOGADOS Y OTROS PROFESIONALES

Texto legal: el artículo 271 dispone que: "Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos e inhabilitación especial

[36] CREUS, ob. cit., t. 2, p. 332.

[37] CREUS, ob. cit., t. 2, p. 332, citando a MALDONADO, Horacio S., *Delitos contra la administración pública*, en LEVENE (h), Ricardo (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Zavalía, Buenos Aires, 1978; también ODERIGO, M. A., *Código Penal anotado*, Buenos Aires, 1957, nota 1372.

de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada".

## I. Antecedentes

El artículo 387 del proyecto de Tejedor decía "cometen también prevaricato los abogados y procuradores que defienden o representan a ambas partes simultáneamente o que después de patrocinar o representar a una parte, defienden o representan a la contraria en la misma causa". En la nota citando a Pacheco se decía "en el caso de un pleito prolongadísimo en el que al cabo de muchos años de haber defendido un abogado en cierto artículo a alguna de las partes, olvidado ya de ello, admite en otro muy diferente la defensa de la parte contraria, no habrá delito. La prevaricación exige la idea de la malicia [...] otra duda es si un abogado a quien se consulta por una parte puede tomar la defensa de la contraria. En este particular es necesario distinguir. Si la consultante le descubrió y confió secreto que pueda ser de influencia en el litigio, seguramente no puede aceptar la defensa del contrario, cualesquiera que hayan sido sus opiniones en la consulta"[38]. El proyecto de 1881 contenía una disposición similar en los artículos 139 y 141. El Código de 1886 en los artículos 247 y 248 modifica el Proyecto Tejedor de la siguiente forma: castigando al abogado y al procurador cuando revelen los secretos que el defendido o el poderdante hubiese confiado para su defensa, cuando defiendan o representen a ambas partes en el mismo juicio y cuando después de representar o patrocinar a una parte representan o patrocinan a la contraria. El proyecto de 1881, que es la base del artículo vigente, mantenía esta idea del Código de 1886, y agregaba: "contiene, además, para completar la enumeración de casos, una frase que menciona al que, de cualquier manera, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada, locución análoga a la empleada para la misma hipótesis del Código italiano"[39].

[38] P. 323 del Código de la Prov. de Buenos Aires; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 485.

[39] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 286.

## II. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por este artículo es el interés del Estado en la recta administración de justicia, la cual puede ser perjudicada tanto por la mala actuación del juez como por la actuación infiel de los abogados o mandatarios judiciales, ya que al defender a partes contrarias en el mismo juicio o perjudicar deliberadamente la causa que se le ha confiado rompe con el equilibrio que debe existir entre las partes, de manera tal que el juez deja de ser un tercero que resuelve argumentos de dos contendientes, para escuchar una sola de ellas en perjuicio de la tercera. De esta forma la administración de justicia se convierte, sin saberlo, en cómplice de un ilícito de los particulares, cuya intervención dentro del juicio, como debate o contienda de partes, es ineludible[40].

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *Acción típica*

La doctrina ha sostenido dos posiciones sobre cuáles son las acciones reguladas en el presente artículo. Algunos autores[41] afirman que la conducta descripta por el artículo 271 puede asumir dos formas: por un lado, defender o representar partes contrarias, y por el otro perjudicar de cualquier modo la causa confiada. Según esta posición habría dos delitos, el primero que se consuma con la asunción de la doble representación o defensa, y el segundo, que se consuma con la producción del perjuicio del interés de las partes.

Para otro sector la acción típica es la de perjudicar deliberadamente la causa confiada, por medio de la representación o defensa de intereses contrapuestos[42], o mediante el despliegue de cualquier otra conducta que conlleve el perjuicio referido, tal y como lo establece la ley.

Para Creus, no se está ante dos delitos sino ante un unico delito que es de naturaleza material[43].

[40] En similar sentido CREUS, p. 446.
[41] SOLER, ob. cit., t. V, ps. 282/285.
[42] Cfr. CCCorr., sala VII, 18-5-90, "Speiser, Pedro", c. 13.187.
[43] CREUS, ob. cit., p. 447.

La primera de las posiciones es la que mantenía Moreno, ya que después de explicar la primera parte del artículo afirmaba de manera tajante: la disposición comprende también al abogado o mandatario judicial que perjudicare de cualquier modo y deliberadamente la causa confiada.

Ésta pareciera ser la interpretación acorde con los antecedentes del Código y con la redacción del artículo.

El presupuesto de la primera conducta es que exista un juicio ante cualquier fuero, jurisdicción o instancia y que existan intereses contrapuestos entre las partes. El juicio es el mismo mientras las mismas partes defiendan los mismos intereses, no importando la sede o el expediente. Por lo tanto las partes son contrarias si los intereses lo son en esa causa[44].

En cuanto al perjuicio, se trata de cualquier pérdida de posibilidad procesal que termine en un menoscabo del interés de las partes que se puede traducir en la pérdida definitiva de la causa.

En síntesis, el perjuicio al que se refiere no sólo puede consistir en la pérdida de la controversia, también puede basarse en la pérdida o disminución de cualquier posibilidad procesal del defendido o representado, como puede ser la extinción de la facultad de volver a accionar a través de la prescripción, la demora en lograr el reconocimiento de los derechos por haberse operado la preclusión del proceso, la disminución en el reconocimiento del interés, intereses que no tienen que tener necesariamente una repercusión económica[45]. Es necesario que exista una relación causal ininterrumpida entre el perjuicio y el comportamiento infiel del agente. Sobre la acción típica la jurisprudencia ha dicho: "El prevaricato del abogado o mandatario judicial consiste, en definitiva, en perjudicar deliberadamente la causa que le fuese confiada y consecuentemente el único damnificado directo es quien le confió su representación o patrocinio, además de la administración de justicia"[46].

[44] NÚÑEZ, ob. cit., p. 153.

[45] CREUS, ob. cit., t. 2, p. 334.

[46] CCCorr., sala VII, 18-5-90, "Speiser, Pedro c/Batalla López, Ulpiano", L. L. 1991-D-137, con nota de Fransisco J. D'Albora.

La defensa o representación debe tener lugar en juicio; quedan comprendidos los juicios de cualquier fuero. En el supuesto de que la acción se manifieste mediante la representación o defensa de partes que tienen intereses contrapuestos, dicha duplicidad funcional puede darse en forma simultánea o sucesiva. El perjuicio puede afectar a cualquiera de las partes defendidas o representadas por el autor o que le ha confiado su causa[47]. Cuando la ley establece que el agente también puede perjudicar de "cualquier otro modo" la causa confiada se refiere a que el perjuicio puede ser producido por el incumplimiento de plazos procesales, ocultación de notificaciones, la utilización de recursos ilegítimos, la no contestación de traslados, la no presentación de pruebas, etcétera.

b) *Autores*

Dice Moreno que "sujeto activo en el delito previsto en el precepto sólo puede ser un abogado o un procurador que actúen patrocinando o representando a un bien"[48]. Se trata entonces de un delito especial propio y de propia mano.

Sujeto activo de este delito pueden ser los abogados y mandatarios en la medida en que intervienen en una causa, ya sea asumiendo la defensa o la representación de una parte en el juicio.

Abogado es la persona que, poseyendo título habilitante y estando inscripta en la respectiva matrícula profesional, ejerce la defensa de los intereses de una de las partes del juicio, aunque no la represente, sino que actúe sólo como patrocinante[49]. Mandatario judicial es la persona que, con arreglo a las leyes y reglamentaciones, representa, con facultad de abogar por ella o no, a una parte de un juicio[50].

2. *Tipo subjetivo*

Se trata de un delito doloso; la segunda de las conductas tiene un plus subjetivo de perjudicar deliberadamente la causa que le ha

[47] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, par. 2, p. 154.
[48] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 287.
[49] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, par. 5, p. 152.
[50] Ídem nota anterior.

sido confiada. Además requiere que el autor conozca la contradicción existente entre los intereses que representa o defiende. Dadas las características establecidas para este prevaricato, es necesaria la existencia de dolo directo. El error, ya sea vencible o invencible, excluye el tipo penal, ya que no se admite el tipo culposo.

## IV. Consumación

El delito se consuma en la primera parte cuando se asume la defensa o la representación de la parte contraria, y la segunda conducta cuando se cause el perjuicio de acuerdo a lo antes anotado[51]. La tentativa es posible con claridad en la segunda conducta, aunque no hay motivo para negarla en la primera de las acciones descriptas.

### PREVARICATO DE OTROS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

Texto legal: el artículo 272 establece que: "La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades".

## I. Antecedentes

El proyecto de 1891 explicaba los motivos del artículo: conservamos la declaración respecto de los asesores y la extendemos a los fiscales y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades, puesto que éstos también pueden contribuir con consejos maliciosos a que los negocios sean injustamente decididos[52].

## II. Tipicidad

Este artículo hace expresa remisión a lo establecido en el artículo 271 del Código Penal, por lo que las consideraciones efectuadas en relación a aquél deberán tenerse por reproducidas para este caso.

En el caso de los fiscales la cuestión es más que obvia, ya que desnivelarían el equilibrio que debe existir en un proceso, de modo

[51] ODERIGO, ob. cit., nota 1374.
[52] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 289.

que el juez sólo escucharía a una sola de las partes o lo que es más grave, estaría, como funcionario público, violando la ley, en el caso del artículo 269.

No se alcanza a ver la posibilidad de la comisión del artículo 270, salvo como partícipe o instigador del juez, ya que sólo éste puede dictar la prisión preventiva.

## III. Autores

Los sujetos activos, conforme al artículo 272, pueden ser los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades (por ej., asesores de menores, defensores de pobres e incapaces). Se trata de personas que, para proponer o requerir como parte pública una resolución de una autoridad pública, deben emitir opinión sobre una cuestión controvertida por los interesados[53]; quedan excluidos, por ende, quienes no revisten tal calidad, como son los secretarios de juzgado y los peritos oficiales; si bien estos últimos emiten dictamen sobre puntos relativos a su ciencia y arte o práctica, no lo hacen en función de parte sino como asesores especiales del juez, y están abarcados por el artículo 276 del Código.

[53] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, par. 5, p. 154.

# CAPÍTULO XI

# DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA

SUMARIO: I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico tutelado. III. Tipicidad. Casos contemplados. 1. Denegación de justicia. a) Tipo objetivo. a.1) Acción típica. a.2) Sujeto activo. Autoría. b) Tipo subjetivo. c) Consumación y tentativa. 2. Retardo de justicia. a) Tipo objetivo. a.1) Comportamiento típico. a.2) Sujeto activo. Autoría. b) Elemento subjetivo. c). Consumación y tentativa. *Incumplimiento de la obligación de promover la represión*. I. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Sujeto activo. Autoría. 2. Tipo subjetivo. II. Consumación y tentativa. III. Prueba del inconveniente insuperable.

Artículo 273: "Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

"En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales".

## I. Antecedentes históricos

La denegación de justicia y retardación de la misma se consideraba como prevaricato en el Proyecto Tejedor.

En el Código de 1886 no había disposiciones al respecto, siendo el proyecto de 1891, seguido por el de 1906 y por el Código vigente, el que trajo un capítulo acerca del asunto. La Exposición de Motivos de aquel primer proyecto se refirió a ese capítulo –concordante con el que contiene el Código en vigor– diciendo: "En el capítulo undécimo, compuesto de los artículos 319 y 320, proyectamos la represión de la

denegación y retardo de justicia, hechos que el código actual no ha previsto, pero que son evidentemente punibles, por cuanto tienden a paralizar o enervar la acción protectora del Poder Judicial sobre los derechos individuales y colectivos..."[1]

## II. Bien jurídico tutelado

Señala Núñez que este capítulo protege a la administración de justicia frente a las conductas de los jueces y funcionarios públicos que tienden a paralizar o enervar la acción protectora del Poder Judicial de los derechos individuales y colectivos[2].

Como hemos venido sosteniendo, los delitos contra la administración pública brindan un marco de protección contra ciertos comportamientos peculiares aptos para poner en peligro o lesionar el correcto desarrollo de la administración del Estado. Pues bien, esta figura también tutela en forma idéntica ese bien jurídico, pero no ya contra los actos venales de sus funcionarios, sino respecto de ciertas omisiones por parte de ellos, que igualmente adquieren entidad suficiente para entorpecer esa correcta administración en general, pero en particular a la administración de justicia. Esas omisiones ya no son incentivadas por terceros o motivadas por el afán de lucro del agente, sino que ellas pueden obedecer a la ineficacia o a la desidia de éste. No debemos olvidar que en caso de estar inducida esta omisión por algún otro motivo, llámese lucrativo, esta figura resulta desplazada, como por ejemplo, por el cohecho agravado (art. 257).

Se puede afirmar que existe una estrecha relación entre esta figura y la del prevaricato, diferenciable en el modo comisivo y en la penalidad asignada por el legislador[3].

[1] MORENO, ob. cit., p. 293.

[2] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 155, citando la Exposición de Motivos de 1891 (1ª ed.), p. 209 (nota 1). En idéntico sentido LAJE ANAYA, ob. cit., vol. III, p. 175.

[3] En los proyectos de Tejedor y de 1881 así se lo consideró, tomando como fuente a la legislación española representada por el Código Penal de 1848. Por su parte el proyecto de 1960 los incluyó en el título relativo a los que violan los deberes de la función pública, como figuras de abuso de autoridad e incumplimiento de deberes. Véase CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., 1996, t. II, § 2158.

Laje Anaya señala que es factible determinar que los delitos atentan contra el interés que tiene la sociedad en que los órganos predispuestos de antemano coadyuven en la doble función de persecución y represión y que, una vez logrados esos objetivos, sean resueltas las cuestiones (cualquiera sea su naturaleza), de acuerdo a la ley, por quienes tienen, según el ordenamiento jurídico, poder decisorio en el caso concreto[4].

Por su parte Creus afirma que las omisiones de los agentes constituyen un doloso desconocimiento de la ley, que paraliza o retarda el desarrollo de la función garantizadora de los derechos del individuo o de la sociedad frente a su desconocimiento por terceros[5].

## III. Tipicidad. Casos contemplados

El artículo 273 del Código Penal prevé dos figuras dogmáticamente escindibles. El párrafo primero se refiere a la denegación de justicia, mientras el restante párrafo engloba la figura del retardo de justicia.

### 1. *Denegación de justicia*

#### a) *Tipo objetivo*

##### a.1) *Acción típica*

Esta figura prevé una conducta omisiva por parte del juez, quien es el obligado a juzgar los hechos traídos a su conocimiento, previendo este tipo penal cualquier tipo de incumplimiento por parte de éste so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

Es el incumplimiento del deber de juzgar lo que castiga la ley[6].

Mediante este delito –agrega Laje Anaya– lo que se pretende es obligar al juez a que aplique una norma jurídica que regule el caso particular. Aquí no se trata de proteger la legalidad, la rectitud o la celeridad de los actos funcionales del magistrado, sino que la razón de ser de la pena encuentra su fundamento en un mandato de origen

[4] LAJE ANAYA, Justo, *Denegación, retardo de justicia y omisión de actos funcionales relativos a la promoción de la persecución o represión*, en J. A. Doctrina, 1974, ps. 646 y ss.

[5] CREUS, ob. cit., t. II, § 2158.

[6] CREUS, ob. cit., t. II, § 2159.

constitucional por el que el Estado se compromete, mediante garantías hacia los gobernados, a asegurar que las controversias de intereses privados o públicos serán resueltas por uno de los poderes que lo integran, con prohibición de conocimiento por parte de los restantes[7].

La figura penal examinada exige que la conducta prohibida revista la forma de la negativa a juzgar. Se excluye por consiguiente la voluntad exteriorizada de no juzgar, aunque haciéndolo a su debido momento procesal, o simplemente quien deja de juzgar[8].

No debe confundirse este comportamiento con la simple omisión, ya que este tipo penal requiere la expresión de la voluntad del sujeto activo de no juzgar, por los motivos engarzados en la norma, la cual debe ser volcada en una resolución, lo que nos indica a las claras que se requiere un hacer, vale decir, un acto jurisdiccional que expresa la no aplicación de una norma por algún supuesto déficit de ella[9].

El incumplimiento del juez debe basarse en los motivos descriptos por la norma, llámese, por la oscuridad, la insuficiencia o el silencio de la ley; la invocación de otros motivos a los reseñados excluye la aplicación de esta figura[10].

El delito queda cometido –expresa Laje Anaya– cuando se produce el acto que implica la negativa a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, sea ésta sustantiva o adjetiva, cause o no perjuicio, y entendiéndose por juzgar el pronunciamiento definitivo que recae en la sentencia, como también el acto procesal que implica conceder o denegar derechos y obligaciones en determinado asunto y en el cual pesa sobre el juez la obligación de resolver de acuerdo al Derecho sustancial o formal[11].

[7] LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 651; *Comentarios*... cit. *Parte especial*, vol. III, p. 177.

[8] Véase CREUS, ob. cit., t. II, § 2160.

[9] Véase CREUS, ob. cit., t. II, § 2160; LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 652; *Comentarios*... cit., p. 177.

[10] Véase CREUS, ob. cit., t. II, § 2160.

[11] LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 653; *Comentarios*... cit., p. 178; CREUS, ob. cit., t. II, § 2160.

a.2) *Sujeto activo. Autoría*

El sujeto activo de esta figura es el juez. Ahora bien, queda por determinar el alcance del término juez que utiliza la ley, y ello a fin de indagar si quedan comprendidos en ella los funcionarios públicos de otras áreas que también tienen potestades jurisdiccionales (jueces árbitros, conjueces, amigables componedores). En otras palabras, cabe dilucidar cuál de las dos interpretaciones que resultan aplicables aquí, vale decir, una restrictiva o una extensiva, es la correcta.

La doctrina mayoritaria entiende que sólo hace alusión al juez en un sentido estricto, es decir, a aquellas personas que integran el Poder Judicial, a quienes la Carta Magna les asigna la facultad jurisdiccional que les es propia y se identifica plenamente con las funciones esenciales que debe imperiosamente desarrollar ese poder dentro de un Estado Republicano y Democrático de Derecho[12].

En ese sentido Laje Anaya interpreta que nuestro Código Penal utiliza un sistema por el cual el género es el funcionario público, y la especie es el juez en determinados grupos de delitos particulares, concluyendo que los únicos habilitados por la norma penal son los jueces en sentido estricto, quienes han recibido mandato de la Constitución o de la ley para administrar justicia[13].

Comparte esta postura Núñez, excluyendo a los árbitros, árbitros amigables componedores, funcionarios públicos que no formen parte de los tribunales de justicia integrantes del Poder Judicial[14].

b) *Tipo subjetivo*

Este tipo penal sólo es conjugable con el dolo. No se exige ánimo o intención alguna en particular[15].

La figura culposa no fue prevista por el legislador.

[12] Véase CREUS, ob. cit., t. II, § 2162.

[13] LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 650.

[14] Véase NÚÑEZ, *Tratado*... cit., 1992, t. V, p. 156.

[15] Véase LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 653; *Comentarios*... cit., vol. III, p. 178; NÚÑEZ, ob. cit., p. 157; CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2163.

c) *Consumación y tentativa*

El delito de denegación de justicia se consuma con la negativa, explícita o implícita, contenida en la providencia[16]. Es un delito de mera actividad, no previendo resultado perjudicial alguno, ya que la realización de la acción típica receptada en la figura representa de por sí un ataque a la correcta administración de justicia y al legítimo ejercicio de los derechos de las partes.

La tentativa en este tipo penal no es factible[17].

2. *Retardo de justicia*

a) *Tipo objetivo*

a.1) *Comportamiento típico*

Idénticamente a lo visto al tratar la figura anterior, el retardo de justicia consiste también en una omisión, siendo esta figura mucho más amplia respecto de las omisiones posibles en que puede incurrir un juez. Según la opinión de Creus, la diferencia entre la expresión *juzgar* del tipo anterior (denegación de justicia) y la de *administrar justicia* que se da en este tipo nos indica que aquí cabe una serie de actividades que no se reducen exclusivamente al dictado de unas resoluciones; se tratará de todas las actividades que constituyen el desarrollo de la actividad jurisdiccional del agente, como las de recibir declaraciones, fijar audiencias, practicar inspecciones, etcétera[18].

A su vez, Laje Anaya finca la diferencia en la circunstancia de que el juez no expresa ningún acto de voluntad sobre la cuestión de la que legalmente tiene que resolver. En definitiva –agrega– no aplica ninguna norma jurídica, ni invoca pretexto alguno. Simplemente calla, detiene, difiere[19].

[16] Véase CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2161; LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 653; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 156.

[17] Véase CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2161; LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 653; *Comentarios*... cit., vol. III, p. 178; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 156.

[18] Cfr. CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2165.

[19] LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 653.

El retardo exige, como condición previa, que hayan vencido los términos legales y que haya sido requerido por las partes. De modo que si el juez está dentro de los plazos legales, no se darán las condiciones típicas, lo que por demás resulta obvio. Además debe haber sido requerido por las partes, lo que procesalmente, también tiene un trámite, que suele llamarse el pronto despacho.

De acuerdo a ello se puede afirmar que existe una relación de género a especie entre ambas figuras, toda vez que la denegación, al igual que el retardo, consiste en una omisión al cumplimiento de los deberes especiales en cabeza del juez, mas la denegación exige, además, y de allí su nota característica, la exteriorización de una voluntad plasmada en una resolución de no aplicar la norma legal específica por algunas de las razones previstas en el párrafo primero a las cuales ya hicimos mención.

El tipo penal en estudio requiere el expreso requerimiento de la parte al juez para que cumpla con sus deberes. Es necesaria la puesta en mora de la parte perjudicada con la inactividad del juez.

A ese requisito debe sumarse la necesidad del transcurso del tiempo para expedirse sobre la cuestión o el asunto sobre el cual el agente activo debe expedirse[20].

Resultan atípicas para estas figuras las omisiones del magistrado fundadas en el exceso de trabajo o complejidad del proceso que motivó la queja[21], ya que es un delito doloso.

a.2) *Sujeto activo. Autoría*

El juez es el único sujeto activo, siendo aplicable aquí lo oportunamente desarrollado sobre el delito antes explicado.

b) *Elemento subjetivo*

El retardo debe ser doloso. La doctrina sostiene que basta la conciencia de la ilegitimidad de la conducta por parte del juez[22]. En este sentido sostiene Laje Anaya que este agregado (maliciosamente) indica

[20] Véase LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 653; CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2166; SOLER, ob. cit., t. V, p. 287.

[21] SOLER, ob. cit., t. V, p. 289.

[22] CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2167.

una determinada dirección de la voluntad para no realizar el acto debido[23]. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido: "A la luz de las explicaciones brindadas sobre el punto por el magistrado, corresponde descartar de plano la hipotética existencia del delito previsto y penado por el artículo 273, segundo párrafo, del Código Penal, ya que no sólo se encuentran ausente en el caso los elementos objetivos constitutivos de ese ilícito, sino que tampoco existe el mínimo atisbo que permita suponer malicia en la conducta del juez siendo que, por lo demás, el denunciante en su vaga imputación no ofreció elemento alguno para probar esa circunstancia"[24].

La expresión maliciosamente, lleva inevitablemente a dos reflexiones. La primera que no es posible otro dolo que el directo y la segunda que se ha incluido un elemento subjetivo del tipo. De manera que no cualquier retardo será punible, sino sólo aquel que se haga dolosamente y con malicia, entendida esta frase como la intención encubierta con la que se dice o hace algo, para obtener un resultado que daña a otro.

c) *Consumación y tentativa*

Este delito se consuma ante el incumplimiento doloso del magistrado frente al requerimiento de la parte y el vencimiento del plazo[25].

No se admite la tentativa en esta figura[26].

## INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOVER LA REPRESIÓN

Artículo 274: "El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable".

[23] LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 654.
[24] CSJN, 28-4-82, "Mollard, Roberto M.", *Fallos*: 304:561.
[25] Véase CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2168.
[26] Véase CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2168; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 158.

## I. Antecedentes históricos

Tal como lo hace notar Moreno, la norma que viene del proyecto de 1891, tiene dos preceptos concordantes en el código de Tejedor para la Provincia de Buenos Aires, los artículos 396, inciso 3° y 397, castigaban a los fiscales que no interponían acción cuando era debida y a los encargados del orden público que conociendo el proyecto de un delito no expedían las providencias necesarias para impedir su perpetración. También se castigaba a quienes, sabiendo de la existencia de un delito, omitían perseguir o aprehender a los delincuentes. Las concordancias anotadas eran el Código de Prusia y de Bolivia.

El artículo, tal como se dijo, se incorpora en el proyecto de 1891, de allí pasa al proyecto de 1906 y de éste último al Código vigente.

## II. Bien jurídico

El Estado tiene la obligación de velar por las garantías y los derechos individuales de las personas, de manera que, quienes tienen esa función, deben velar para que aquel deber del Estado se cumpla de manera eficaz. La negativa a hacerlo, no sólo conlleva un problema para la administración pública en general, sino para la administración de justicia en particular y para el habitante del Estado por otra.

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *Acción típica*

Es la omisión de dejar de promover la persecución y represión de los delincuentes[27]. Esta figura recepta una conducta omisiva, que consiste en el incumplimiento por parte del funcionario público de los deberes a su cargo, que se traducen en esta figura en la persecución y represión de los autores de los delitos. Se trata de obligaciones a cargo del funcionario público, que deben estar dentro de su compe-

[27] Véase CREUS, *Derecho...* cit., t. II, § 2171; LAJE ANAYA, *Denegación...* cit., p. 655.

tencia, de modo que si no lo es sólo podrá encuadrarse su conducta dentro del delito de encubrimiento. El deber del funcionario le surge cuando se entera, por cualquier medio, de la perpetración de un delito[27-1].

En base a esto, es que Moreno exigía la omisión en el cumplimiento de sus deberes, de modo que no se castiga la mera negligencia del funcionario[27-2]. En cambio Creus, afirma que basta cualquier omisión fundamental, en orden a la persecución y represión. De esta manera, cualquier incumplimiento del Código Procesal, dolosamente realizado, lleva a la tipificación del delito[27-3].

Por promover, debe entenderse iniciar la acción respectiva y continuarla, de acuerdo a los deberes que surgen de la ley procesal. Reprimir, en cambio, es no sólo la aplicación de la pena, sino cualquier otra medida que tenga relación con ésta. Perseguir, es realizar las diligencias necesarias a los efectos de determinar a los autores y sus responsabilidades, localizarlos y aprehenderlos[27-4].

El término "delincuentes" hace alusión a aquellos individuos que realizaron cualquiera de las conductas reprobables desde la óptica penal, sean éstas dolosas o culposas, haya sido condenado o no. Sostiene Laje Anaya que "delincuentes" quiere decir tanto el sujeto que ha violado un precepto del Derecho Penal común y sobre el que todavía no ha recaído resolución condenatoria, como el que siendo juzgado debe cumplir la pena impuesta. Para los primeros están utilizados los vocablos persecución y represión, para los segundos, persecución por el quebrantamiento de la pena[28].

Se exige que el incumplimiento de los deberes por parte del agente sea dentro del marco de su competencia, en caso contrario sería de aplicación la figura del encubrimiento[29].

27-1 CREUS, ob. cit., p. 466.
27-2 MORENO, ob. cit., t. VI, p. 298.
27-3 CREUS, ob. cit., p. 466.
27-4 CREUS, ob. cit., p. 468; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 159.
28 Cfr. LAJE ANAYA, *Denegación*... cit., p. 655; *Comentarios*... cit., t. III, p. 181.
29 Véase CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2171; LAJE ANAYA, *Comentarios*... cit., ts. III, p. 180.

La conducta es atípica si el interés del Estado en castigar ha cesado (art. 59, inc. 2°, Cód. Pen.) o cuando ha perdido el poder jurídico para hacerlo (art. 59, incs. 1° y 3°)[30].

En cuanto a los jueces, sólo podrán caer en este tipo penal, si pueden actuar de oficio, o luego del requerimiento fiscal. Más dudosa es su inclusión en los casos de un sistema acusatorio, en donde la instrucción está a cargo del fiscal. Sin embargo, la voz reprimir, a nuestro juicio abarca a los jueces que dictan sentencia, motivo por el cual también estos son sujetos activos posibles de este delito.

b) *Sujeto activo. Autoría*

Esta figura es un delito especial, ya que el obligado solamente puede ser un funcionario público competente para la persecución y represión de los delitos. Autor de esta figura pueden ser tanto los funcionarios que integran las fuerzas de seguridad (policía, gendarmería, policía aeronáutica), como los funcionarios públicos que integran el Ministerio Público Fiscal, como también los jueces que deban actuar de oficio[31].

2. *Tipo subjetivo*

Se exige dolo directo. La figura no requiere motivación o intención especial en el autor, tan sólo que éste conozca la existencia o la posibilidad de existencia de un delito, y que tanto su persecución como la represión estén dentro del marco de su competencia[32].

## IV. Consumación y tentativa

Este delito se consuma con la omisión del funcionario público de cumplir con los deberes a su cargo[33].

No es admisible la tentativa[34].

[30] Véase LAJE ANAYA, *Denegación...* cit., p. 655.

[31] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 159; CREUS, *Derecho...* cit., t. II, § 2173; LAJE ANAYA, *Comentarios...* cit., t. III, p. 180.

[32] Véase CREUS, *Derecho...* cit., t. II, § 2174; LAJE ANAYA, *Comentarios...* cit., t. III, p. 181; NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 160.

[33] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 160; CREUS, *Derecho...* cit., t. II, § 2172; SOLER, ob. cit., t. V, p. 290.

[34] Ídem nota anterior.

## V. Prueba del inconveniente insuperable

La ley condiciona la punibilidad a la prueba de que la omisión no fue por un inconveniente insuperable. Para Creus, de existir el inconveniente insuperable, se elimina el tipo[34-1]. La norma a nuestro juicio está de más, ya que si se demuestra que hubo inconvenientes o problemas insuperables, existirá una causa de justificación o tal como lo dice Creus, el hecho será atípico. La prueba de este elemento, se rige por las reglas generales, no existiendo presunción de culpabilidad. Sin embargo, esta inclusión no deja de resultar inconveniente, tal como lo señala la mayor parte de la doctrina nacional[35], en razón de la inversión de la carga de la prueba que ello supondría[36]. Es más, entendemos que, sin lugar a dudas, podría alegarse su inconstitucionalidad.

[34-1] CREUS, ob. cit., p. 472.

[35] Véase CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2175; SOLER, ob. cit., t. V, p. 290.

[36] SOLER, ob. cit., t. V, p. 290. Por su parte Creus estima que no hay inversión total de la carga de la prueba, ya que siempre deberá probarse la omisión en que incurrió el imputado, aunque una aplicación extrema pueda traer aparejada la violación de las garantías constitucionales *(Derecho*... cit., t. II, § 2175).

# CAPÍTULO XII

# FALSO TESTIMONIO

SUMARIO: I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico. III. Tipo objetivo. 1. Autoridad competente. 2. La promesa de decir verdad. IV. Autores. 1. Personas enumeradas por la ley. a) Testigos. b) Peritos. c) Intérpretes y traductores. V. Tipo subjetivo. VI. Consumación. VII. Tentativa. VIII. Agravantes. Falso testimonio en causa criminal. *Falso testimonio agravado*. I. Antecedentes. II. Tipicidad. 1. Tipo objetivo.

El artículo 275 del Código Penal dispone: "Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.

"Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión.

"En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena".

## I. Antecedentes históricos

El Código Tejedor había colocado en el Capítulo V del Libro II de la Sección II del Título III, *De las falsedades*, al delito de falso testimonio. En el artículo 425 castigaba el falso testimonio de la siguiente forma: 1°) si en virtud de falso testimonio se impone la pena de muerte, sufrirá el mínimo de presidio o penitenciaría, y en los incisos 2°, 3° y 4° graduaba la pena según las consecuencias que había tenido el dicho de la persona. En los artículos 436, 437 y 438 regulaba el falso testimonio en los casos en que no hubiera condena, que hubiese sido en favor del reo, en materia civil, y el 439 regulaba la falsa ex-

posición de los peritos o intérpretes. En la nota decía, citando a Farinacio, que en el delito de falso testimonio había tres crímenes distintos: contra Dios, cuyo nombre perjura el testigo; contra el juez, a quien engaña, y contra los hombres, que hace víctima de una injusticia. El falso testimonio, afirmaba, es en efecto un acto muy grave en sí mismo. El testigo traiciona un juramento solemnemente prestado, y su perjurio tiene por objeto *estraviar* a la justicia e imponer una mentira a su fallo. Pero la gravedad de este crimen depende principalmente del objeto a que se aplica el falso testimonio. La deposición falsa es un arma oculta con la cual el agente despoja a sus víctimas, las deshonra o asesina. Este crimen participa pues, o del hurto, o de la calumnia, o del asesinato. Otras veces sólo tiene por objeto ocultar el crimen. Salvar de la pena al culpable, y es la sociedad misma la que se encuentra perjudicada por esta deplorable debilidad. El falso testimonio recorre, por decirlo así, todo el círculo de la criminalidad según el fin que se propone, o la naturaleza del crimen que quiere consumar[1].

El proyecto de 1881 también ubicaba el falso testimonio en el Título III, *De las falsedades*, en el Capítulo V desde el artículo 190 al 194. El Código de 1886 siguió esta misma línea en los artículos 286 a 292.

Es recién en el Código de 1891 que se modifica el lugar del delito de falso testimonio colocándoselo en los delitos contra la administración pública en el Capítulo XII y reduciéndolo a dos artículos, el 321 y 322. En la Exposición de Motivos se puede leer lo siguiente: "La comisión revisora, consecuente con el subsistema de clasificar los delitos según la naturaleza del derecho lesionado, ve en el falso testimonio un delito contra la administración pública, en que el testigo, el perito o el intérprete a quienes se pide declaración o informe, no son más que funcionarios auxiliares. He ahí por qué tratamos esta materia en el título que estamos explicando"[2].

## II. Bien jurídico

Decía Moreno "que la administración de justicia no se tutela solamente cuidando a los magistrados, imponiéndoles el cumplimiento

[1] TEJEDOR, ps. 362/363; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., ps. 524/525.
[2] Exposición de Motivos, p. 209; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 481.

del deber, sino tratando de que la verdad domine en aquélla. Los jueces tienen precisión para dictar sus resoluciones, de averiguar hechos, dependiendo de los mismos la aplicación del derecho. Los hechos se determinan por medio de las pruebas, las que son de diferente clase. Entre esas pruebas se encuentra la testimonial, que es la proporcionada por las personas que deponen acerca de hechos de su conocimiento y que tiene decisiva importancia en las causas criminales y particular gravitación con respecto a ciertas circunstancias en los asuntos civiles.

"De aquí que las personas llamadas a declarar en juicio, o sea los testigos, cuando se produce una falsedad, perturban y atacan gravemente el desenvolvimiento de la administración de justicia.

"En el delito de falso testimonio, si bien concurre una falsedad, puede decirse que éste es el medio empleado para desviar la justicia. Por eso, la colocación del capítulo corresponde donde lo ha puesto el Código vigente, o sea entre los delitos contra la administración pública y no entre las falsedades, como lo hicieron el Código de 1886 y sus antecedentes"[2-1].

En general la doctrina ha considerado que lo que se protege es la función jurisdiccional del Estado que se plasma en el proceso (Magaldi, Magaldi/García Arán), el normal funcionamiento de la función jurisdiccional (Quinteros, 1996) o más comúnmente la administración de justicia (Torio)[3]. En síntesis, se ha dicho entonces que está en juego la administración de justicia ya que se crea infundadamente el riesgo de que la sentencia resulte injusta, alterando el correcto funcionamiento de la misma, con el consiguiente peligro, además, para el derecho de los sujetos afectados. Ello es así porque se debe velar para que se dé la pureza de la prueba, que es un elemento esencial para la correcta valoración del juez, y por consiguiente para la justicia de las resoluciones que éste dicta[4].

Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido que, con el falso testimonio, es a la sociedad a quien se ataca en su derecho de administrar justicia[5].

[2-1] MORENO, ob. cit., ps. 301-302.

[3] GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 512.

[4] Ídem nota anterior, p. 513.

[5] Cám. 3ª Crim. de Córdoba, 23-6-78, "Guzmán de Juárez, María I.", C. J. XXVIII-J-183.

## III. Tipo objetivo

Se puede afirmar que testimoniar es declarar lo que uno sabe, por lo tanto el testimonio es la declaración que presta un testigo, en la que debe expresar lo que sabe sobre el objeto que se le pregunta. Su relación entonces con la causa en principio judicial se debe a que conoce la personas hechos, circunstancias o datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente. Por ende, la alteración que el testigo introduce en su testimonio ha de tener una entidad bastante para condicionar el resultado de la prueba del delito y la autoría del mismo[6].

Para la doctrina argentina las conductas típicas son las siguientes:

- Afirmar una falsedad implica la afirmación de lo que se sabe que no es verdad; es asegurar algo que no es cierto como verdadero. La falsedad no consiste en la discrepancia entre el relato y los hechos reales, sino en la discrepancia entre los hechos referidos y los hechos sabidos[7]. No es necesario que la falsedad sea total; puede presentarse como la alteración de una parte de lo que es verdadero, y así modificar el sentido de lo presenciado, pudiendo influir, de esta manera, en la estimación que el juez debe realizar. Moreno decía que se afirma una falsedad cuando se depone acerca de hechos que no están de acuerdo con la verdad de lo ocurrido. Pero no solamente puede una persona afirmar una falsedad cuando asegura que ha ocurrido un hecho inexistente, o cuando sostiene que no ha sucedido lo que conoce, sino que puede incurrir en el primer extremo cuando afirme que ha visto u oído una cosa ocurrida pero que él no vio ni oyó. Por lo que la falsedad pude ser absoluta o relativa[8].
- Para Moreno se niega la verdad cuando se afirma que un hecho determinado o una circunstancia cierta no han ocurrido. Se entiende que debe tratarse de acontecimientos que el testigo ha conocido, ya que si se interroga a una persona acerca de las

[6] GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 514.

[7] SOLER, *Derecho Penal...* cit., 4ª ed., 1988, t. V, par. 2, p. 306. En idéntico sentido: CCCorr.Fed., sala II, 7-4-88, "Gómez, A. s/Querella", c. 5253.

[8] MORENO, ob. cit., p. 315.

circunstancias de las cuales no tiene noticia su respuesta negativa sería cierta. Por lo tanto niega la verdad aquel que la conoce y no la expresa.

- Callar la verdad implica el silencio, esto es la persona que incurre en reticencias con falta de respuestas. En este sentido, callar la verdad es dejar de afirmar lo que se sabe, como también negar que se sabe algo que en realidad el testigo conoce[9]. En este punto hay que distinguir el delito de falso testimonio y el artículo 243 antes visto. El artículo 275 reprime al testigo, perito o intérprete que callare la verdad en todo o en parte; en cambio, al que citado legalmente como testigo, perito o intérprete no concurriese o se abstuviese de prestar declaración o exposición respectiva se le castiga de acuerdo al artículo 243[10-11].

1. *Autoridad competente*

En principio, todos los testimonios se prestan ante los jueces, y actualmente según los procesos, ante los fiscales. Se entiende cualquier tipo de juez, federal, nacional, provincial, municipal, civil, comercial, penal, de faltas, etcétera. Sin embargo, el texto de la ley habla de autoridad competente, por lo que la norma se refiere a cualquier otro empleo que implique la función de tomar declaración. Puede tratarse de comisiones legislativas, sumarios administrativos, etcétera[12].

En este sentido se puede afirmar que la ley se refiere a toda autoridad que de conformidad con las leyes y reglamentos está facultada para recibir declaraciones, requerir informes o disponer interpretaciones o traducciones a fin de resolver un conflicto de carácter jurídico, es decir, que tenga que ver con el derecho[13]. Por ende, cuando los actos tienen otras finalidades, no queda comprendida la conducta de la persona en este delito. La jurisprudencia, en este punto, ha sostenido que: "El delito de falso testimonio requiere que la declaración, interpelación o pericia hayan sido requeridas ante

[9] CREUS, ob. cit., p. 475.
[10] MORENO, ob. cit., p. 316. En igual sentido, GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 515.
[11] SOLER, ob. cit., t. V, par. 4, p. 307.
[12] MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 418.
[13] CREUS, ob. cit., p. 476.

una autoridad competente y rendidas con las formalidades exigidas por la respectiva ley procesal para que valgan como tales y produzcan los efectos que le son propios, entendiéndose a esos efectos como autoridad competente, la judicial, administrativa o legislativa, nacional, provincial o municipal, ante la cual por disposición de la ley o por delegación de una autoridad se ha producido la deposición, el informe o la traducción de que se trate"[14].

La autoridad debe ser competente en el caso específico, de modo que su incompetencia acarrea la nulidad del acto y por consecuencia no se tipifica el presente artículo[15].

2. *La promesa de decir verdad*

La declaración, el informe, la traducción o interpretación deben haber sido rendidos con las formalidades exigidas por la respectiva ley procesal para que tengan validez y puedan ser tomados en cuenta por el juez. Sobre este punto Núñez decía que el decreto-ley 17.567/67 exigía expresamente el juramento o la promesa de decir verdad como elemento de la figura delictiva del 265. Es "una exigencia innecesaria porque, o la naturaleza procesal del acto demandaba esas formalidades cuando la ley la imponía, o la ley de fondo, incursionando en materia procesal, imponía una formalidad de la que, soberanamente, podía prescindir la ley procesal para atribuirle validez al acto"[16-17].

Sin embargo Creus, y con razón, afirma que no es discutible que la enunciación expresa de la ley de tal requisito transforme en atípica toda conducta al cual éste falte. En síntesis, el juramento, la promesa de decir verdad, tiene que haberse formulado con respecto al acto en el cual se asuma la conducta prohibida, que solamente no es indispensable en aquellas personas que cumplen esas funciones de manera permanente, por ejemplo los médicos forenses de cuerpos

[14] Cám. 3ª Crim. de Córdoba, 23-6-78, "Guzmán de Juárez, María I.", C. J. XXVIII-J-183.

[15] En este sentido, cfr.: CCCorr., sala I, 16-5-85, "Ordoñez, Alberto A.", c. 29.271, y sala VII, 13-2-91, "González, Andrés A.", c. 14.439..

[16] NÚÑEZ, ob. cit., t. VI, p. 166, nota 26.

[17] Cfr. CCCorr., sala VII, 18-2-86, "Romero, Liliana A.", c. 6288; ídem, 24-2-87, "Estévez, Carlos", c. 7896.

judiciales. El juramento prestado en estos casos para desempeñar el cargo llena el requisito típico[18].

En cuanto a la apreciación de las falsedades que recaen sobre las generales de la ley, han existido discrepancias a nivel doctrinario. Al respecto, podría sostenerse que mientras las afirmaciones falaces del testigo tendrían valor probatorio y podrían, por ende, hacer incurrir en error a la autoridad actuante, las falsedades vertidas sobre las circunstancias personales –como en el caso de las generales de la ley– carecen de dicho valor probatorio, por lo que no serían relevantes para la constitución del tipo penal analizado; por otra parte, cabe señalar que la verificación de la identidad de los testigos que se presentan constituiría una obligación propia del tribunal interviniente[19]. Es que la falsedad tiene que ser idónea para inducir en error al que decide, por lo tanto debe recaer sobre hechos o circunstancias que alteren la comprensión del hecho; por ende, quedan fuera del tipo penal aquellas falsedades sobre materia que de ningún modo incidan en la estimación del hecho como tal. Sin embargo Creus ha sostenido que la tipicidad sobre este punto dependerá del caso en concreto[20].

Tampoco hay duda de que cuando el acto sea nulo no se tipificará el delito[21].

## IV. Autores

Se trata de un delito especial propio y de propia mano, ya que solamente pueden ser autoras las personas determinadas por la ley. Decía Moreno que la enumeración es taxativa y por lo tanto excluyente.

Hace una distinción afirmando que el denunciante, al igual que el querellante, no son testigos, sino partes o auxiliares de la justicia, por lo cual si han realizado imputaciones falsas se los podrá imputar por el delito de calumnia e injuria[22].

[18] CREUS, ob. cit., p. 478.

[19] Cfr. CCCorr., sala II, 25-8-87, "Seeber, Jorge", c. 32.852; sala I, 12-4-94, "Maiorano Quiroga, Mario", c. 43.187.

[20] CREUS, ob. cit., p. 480.

[21] Ídem nota anterior.

[22] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 316.

## 1. *Personas enumeradas por la ley*

### a) *Testigos*

Testigo es una persona física que depone sobre hechos que conoce por percepción sensorial[23]. La esencia del testigo entonces es que debe declarar acerca de hechos que se pretenden probar, de modo que no se le puede preguntar sobre hechos fantásticos, al decir de Moreno, o para que emitan juicios de valor sobre ellos. Este punto es de fundamental importancia, ya que si responden falsamente sobre valoraciones esa declaración no será típica. El ejemplo que trae Creus es claro: "a un testigo se le puede preguntar si vio la escritura de propiedad sobre alguna cosa, pero no se le puede preguntar si a su juicio esa persona es propietaria"[24]. Son personas que saben cosas que pueden influir en la reconstrucción de la incidencia judicial; son extraños a los hechos objeto del proceso, pero extraños que saben cosas que deben decir y sobre cuyas deposiciones debe recaer la valoración crítica y la decisión del juez[25].

Problema grave es el que habíamos hecho notar en cuanto Moreno afirmaba que no existía el falso testimonio en causa propia. Sin embargo, Soler agregaba que sólo podía dejar de serlo cuando las manifestaciones pudieran traerle al sujeto, de alguna manera, un perjuicio[26].

Sin embargo, esta posición ha sido refutada, y parte de la doctrina[27] acepta la posibilidad de que también puedan ser considerados testigos los propios sujetos de la relación procesal en cuestión, es decir, se apartan del requisito de que el testigo sea una persona ajena a aquella relación, o que tenga que ser un individuo que declare en causa ajena, o que sea un tercero ajeno o no interesado en la cuestión objeto del testimonio. Así, sostiene Núñez que la llamada declaración en "causa propia" o sobre "hechos propios" no excluye la calidad de testigo del

[23] SOLER, ob. cit., t. V, par. 8, p. 295; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 162.

[24] CREUS, ob. cit., p. 485.

[25] Concepto de PAGANO, *Logica dei probabili*, p. 18, cit. por LEONE, *Tratado*, t. II, p. 240, cit. a su vez por DONNA y MAIZA, *Código Procesal Penal...* cit., p. 279.

[26] SOLER, ob. cit., t. V, § 4.

[27] NÚÑEZ, *Tratado...* cit., t. V, vol. II, ps. 162/3; CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. 2, par. 2183, p. 348.

declarante y, de tal modo, el tipo del artículo 275 del Código Penal; ello, sin perjuicio de analizar la existencia de alguna causal de justificación o de exclusión de responsabilidad –coacción– que ampare el accionar del sujeto activo[28].

De igual forma, Creus afirma que no deja de ser correcta esta forma de ver las cosas, ya que las leyes procesales incluyen en la obligación de testificar a interesados que pueden verse responsabilizados por sus dichos, por ejemplo el actor civil y el propio querellante[29]. A nuestro juicio sólo se excluyen las personas cuya declaración los pueda comprometer en la causa, específicamente los imputados. Los demás sujetos deberán invocar una causa de exculpación propiamente dicha, o de no exigibilidad, pero su conducta seguirá siendo típica. En este aspecto decía Tejedor: "el testigo que no dice la verdad por no acusarse a sí mismo no tipifica este hecho, ya que tiene que explicarse sobre un hecho que le incrimina, de modo que ya no es testigo. Para que exista el delito, el juramento que presta no puede referirse sino a los hechos sobre los cuales puede realmente declarar [...] él no quiere dañar, sino defenderse". Por eso llegaba a la conclusión de que no había declaración en propia causa[30].

De lo que sí no hay duda es de que no pueden ser testigos aquellas personas a quienes los códigos procesales les impiden la declaración. En este aspecto hay que remitirse a los códigos procesales locales. La razón es que si declararan, tal declaración sería nula. El artículo 242 del Código Procesal Penal de la Nación expresamente impide que testifiquen en contra del imputado, y bajo pena de nulidad, el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo al que lo liga con el imputado.

[28] En contra, y siguiendo opinión de la mayoría CCCorr., sala II, 25-2-92, "Tchomlekdjoglou, J.", c. 40.462; sala I, 26-5-95, "Margulis, Sergio E.", c. 44.223, y 16-2-96, "Bonifati, Daniel J."; CCCorr.Fed., sala II, 23-4-93, "Pagliaro, Ricardo A.", c. 9194.

[29] CREUS, ob. cit., p. 486.

[30] TEJEDOR, nota al art. 435, p. 364 del Código Tejedor; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 526.

En cambio, el artículo 243 da la facultad de abstención en contra del imputado, a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, a sus tutores, curadores y pupilos, salvo las excepciones que el mismo artículo trae. Pero si deciden declarar una vez que han sido advertidos de dicha facultad, no hay duda de que podrán ser autores del delito en cuestión.

Por otra parte, el artículo 244 impone un deber de abstención de declarar sobre hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido, los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado[31].

b) *Peritos*

Perito, según Moreno, es la persona llamada por la autoridad, a propuesta de parte o como consecuencia de una designación oficial, para que dictamine sobre alguna cuestión de la cual se requieren conocimientos especiales[32]. En igual sentido, se puede afirmar que peritos son auxiliares de la justicia que en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada son llamados a emitir parecer o dictamen sobre puntos relativos a su ciencia y arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de éstos[33].

c) *Intérpretes y traductores*

Para Moreno, intérprete es la persona que, teniendo conocimientos en idiomas extranjeros, es solicitada para que traduzca expresiones verbales o escritos necesarios para la prueba en un asunto determinado. Generalmente, decía Moreno, al que vierte escritos de un idioma a otro se le designa con el nombre de traductor, y al que verifica esa versión de expresiones verbales se le llama intérprete. El Código se refiere a los dos, pues aun cuando emplea la palabra intérprete usa

[31] CCCorr. Fed., sala II, 30-8-89, "Dunayevich de Martínez, Ana M.", c. 5858.

[32] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 313.

[33] Concepto de COUTURE, *Vocabulario jurídico*, p. 164, cit. por DONNA y MAIZA, ob. cit., p. 295.

expresamente los términos traducción e interpretación. La traducción o interpretación deben ser hechas ante autoridad competente.

También puede afirmarse que intérpretes y traductores son terceros llamados al proceso; son los encargados de introducir en el proceso en el idioma nacional las expresiones orales, escritas o de manifestaciones mímicas que no sean accesibles al común de la gente[34]. Generalmente se llama intérprete al que comparece para traducir al idioma nacional en presencia del juez las expresiones verbales que se vierten ante el mismo, y traductor al que verifica esa misma versión de una lengua a otra pero con relación a documentos y por escrito.

## V. Tipo subjetivo

El dolo del autor exige el conocimiento y voluntad de deponer, informar, traducir o interpretar falsamente, apartándose de la verdad –afirmando algo falso o negando lo verdadero–; no se requiere un fin ulterior como el de desorientar o inducir en error a la autoridad, ni es necesaria la intención de dañar, pues también es punible la falsedad afirmada para beneficiar[35]. Se trata, en síntesis, de un delito doloso en el cual el autor tiene que tener conciencia de que está negando, ocultando o afirmando una falsedad en contra de lo que él cree que es verdad. En este sentido lleva razón Creus al decir que no se trata de una contradicción entre lo que dice el testigo y la verdad, sino entre lo que dice el testigo y lo que él cree que es verdad. Con lo cual cualquier error elimina el tipo.

Este delito es punible solamente en su forma dolosa, no se admite la figura culposa.

## VI. Consumación

El falso testimonio se consuma al rendirse la deposición, el informe, la traducción o la interpretación ante la autoridad[36].

[34] Según FONTÁN BALESTRA, *Tratado*... cit., t. VII, p. 398, citando a MORENO, *El Código Penal*... cit., t. VI, Nº 131, p. 143.

[35] Cfr. CCCorr., sala I, 27-2-95, "Pardo Veira, A.", c. 44.045, sobre concordancia entre tipo objetivo y subjetivo.

[36] CREUS, ob. cit., p. 486.

Con relación al lugar debe prevalecer el de la declaración. Si el testigo declara falsamente en un exhorto, el delito queda cometido ante el juez exhortado. Si el juez exhortado es extranjero, el delito solamente podrá considerarse punible en el país por aplicación de la teoría de los efectos del delito fundada en el artículo 1° del Código Penal[37].

Desde el punto de vista temporal, depende del perfeccionamiento del acto respectivo: cuando se trata de piezas escritas, la presentación consignada con el cargo o constancia de recepción determina la consumación. Cuando las conductas del agente se observan en audiencias, la consumación se produce cuando se cierra el acto; pero tal afirmación tiene que entenderse en el sentido de que es cuando se clausura el acto respecto del agente, lo cual ocurre cuando éste no puede ya hacer más uso de la facultad de ampliar o rectificar lo expuesto, aunque no haya finiquitado para otros intervinientes[38].

De lo expuesto se desprende que la posibilidad de rectificación sólo cabe en el juicio oral y en el escrito, si la exposición del agente es verbal, pues cuando el testimonio, informe, traducción o pericia se presentan por escrito, no existe dicha posibilidad, ya que el acto es instantáneo y se consuma con su incorporación al juicio o procedimiento. En este sentido la jurisprudencia ha señalado que el delito se perfecciona en el procedimiento escrito o al concluir la declaración oral, de manera que el ilícito no queda saneado por una rectificación ulterior en acto aparte[39].

## VII. Tentativa

La tentativa, al ser este delito de peligro abstracto, no es posible conforme concuerda casi unánimemente la doctrina[40].

[37] SOLER, ob. cit., t. V, p. 310.

[38] CREUS, ob. cit., t. 2, p. 311.

[39] CCrim. de Concordia, 29-10-79, "A. F.", Z. 20-283.

[40] SOLER, ob. cit., t. V, p. 311; NUÑEZ, ob. cit., t. V, vol. II, par. 2, p. 168, citando a LEVENE (h), Ricardo, *El delito de falso testimonio*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1943, p. 67; CREUS, ob. cit., t. 2, *Parte especial*, par. 2182, p. 348; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, par. 2, p. 403.

## VIII. Agravantes. Falso testimonio en causa criminal

Afirma Moreno que la pena se agrava cuando el testimonio falso se haya prestado en causa criminal y en perjuicio del imputado. La gravedad de la infracción salta a la vista y se justifica la penalidad mayor. Para Creus, el problema está en que la norma se refiere al falso testimonio y la duda reside en si también esta agravante se refiere a los demás sujetos enumerados en el artículo 275, 1ª parte. Tanto para Núñez como para el propio Creus y Moreno, la norma abarca a todos los sujetos antes mencionados, habida cuenta del título del Capítulo XII que es el del falso testimonio. Al referirse el actual artículo 275, segundo párrafo, a "causa criminal" debe entenderse que sólo corresponde la agravante en aquellos procesos seguidos por delitos exclusivamente, sea de competencia de la justicia en lo criminal o de la justicia en lo correccional, quedando excluidos, por ende, los procesos por faltas o contravenciones, abarcando todos los casos de falso testimonio –también peritos, intérpretes y traductores–. Esta idea de exclusión de las contravenciones es casi mayoritaria en la doctrina, aunque con reservas por parte de Creus[41].

La ley exige que el falso testimonio sea en perjuicio del imputado, y éste es un elemento objetivo que requiere el tipo penal. Por lo tanto no basta el dolo del autor de creer que lo perjudica al inculpado, sino que en los hechos realmente le cause un perjuicio.

El dolo del autor exige el conocimiento y la voluntad de deponer, informar, traducir o interpretar falsamente, en una causa criminal, ante una autoridad competente, en perjuicio del inculpado –es la persona a quien se le imputa la comisión de un delito, sin que se requiera un pronunciamiento judicial que resuelva su situación procesal–.

En cuanto a los efectos del error corresponde estar a lo establecido en relación a la figura básica.

En los demás elementos del delito rigen las reglas antes explicadas.

### FALSO TESTIMONIO AGRAVADO

Texto legal: el artículo 276 del Código Penal establece que: "La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere

[41] CREUS, ob. cit., p. 493.

prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

"El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso".

## I. Antecedentes

Los antecedentes de la norma son los mismos que se han referido antes, de modo que nos remitimos a los antecedentes consignados en el artículo 275.

## II. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

Según Moreno, la norma se refiere al testigo, perito o intérprete falso que prestare su declaración mediante cohecho. Por consiguiente, el Código no se refiere aquí al perito, testigo o intérprete que recibiere dinero o dádivas, o aceptare promesas para decir la verdad, sino a quien prestare en cohecho la declaración falsa[42].

Para Núñez, la declaración debe ser prestada mediante cohecho, esto es, cuando ha sido determinada por la recepción de dinero o cualquier otra dádiva o por la aceptación de su promesa directa o indirecta (art. 256) hecha por un tercero a la persona para que ésta declare falsamente. Por lo tanto debe haber una vinculación entre la declaración falsa y el cohecho, relación que se da tanto si el tercero engendró la idea de cometer la falsedad, como si no la impidió. Para que se dé el tipo penal se exige que se declare falsamente, de modo que si la persona se niega no habrá ni siquiera comienzo de ejecución[43].

El sobornante sólo es castigado si se comete el falso testimonio. De lo contrario queda impune, ya que no hay un tipo penal independiente como en el cohecho.

En síntesis, esta calificante nos remite al artículo 256 del Código Penal, de donde surge que debe entenderse por declaración –comprende

[42] MORENO, ob. cit., p. 321.
[43] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 171.

el informe, la traducción y la interpretación– prestada mediante cohecho a aquella deposición vertida, en la forma falsa en que lo fue, en virtud de un acuerdo venal consistente en la recepción de dinero o cualquier otra dádiva o por la aceptación de su promesa directa o indirecta para que el agente actuara de ese modo[44].

La pena que le corresponde al sobornante es la del simple testigo falso.

[44] CREUS, ob. cit., t. 2, *Parte especial*, par. 3, p. 349.

# CAPÍTULO XIII

# EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO

SUMARIO: I. Aclaraciones previas. II. Generalidades. 1. Antecedentes nacionales. 2. Derecho Comparado. III. Bien jurídico protegido. IV. Presupuestos del delito. 1. El delito antecedente. 2. Ausencia de participación en el delito anterior. V. Favorecimiento personal. 1. Tipo objetivo. Favorecimiento a través de ayuda. 2. Tipo subjetivo. 3. Consumación y tentativa. 4. Autoría. VI. Favorecimiento real. 1. Generalidades. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Atribuibilidad. 5. Consumación y tentativa. 6. Autoría. VII. Receptación. 1. Generalidades. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Atribuibilidad. 5. Consumación y tentativa. 6. Concursos. 7. Autoría. VIII. Favorecimiento personal a través de la omisión de denuncia. 1. Generalidades. 2. La anterior doctrina sobre el tema. 3. El texto actual. Tipo objetivo. Problemas de autoría. 4. Tipo subjetivo. 5. Consumación. 6. Autoría. IX. La ayuda a asegurar el producto o provecho del delito. 1. Generalidades. 2. Tipo objetivo. X. Las agravantes del delito de encubrimiento. 1. El inciso 2.a. Relación con el delito anterior especialmente grave. 2. El inciso 2.b. El ánimo de lucro. 3. El inciso 2.c. Agravante por habitualidad. 4. Las normas generales de las agravantes (inc. 2°, último parágrafo). XI. La exención de pena. 1. Generalidades. 2. La llamada excusa absolutoria. 3. Antecedentes legislativos. 4. Análisis de la excusa absolutoria. El Derecho español. 5. Alcance de la eximente. Sujetos comprendidos. XII. Lavado activo de origen delictivo; reciclaje o el llamado blanqueo de capitales. 1. Legislación comparada. 2. Introducción al problema. 3. Bien jurídico protegido. 4. Tipo penal. a) Tipo objetivo. a.1) Convertir, transferir, administrar, gravar o aplicar. a.2) Los bienes. 5. Tipo subjetivo. 6. Error. 7. Consumación y tentativa. 8. Agravantes. 9. Decomiso. 10. La forma culposa. XIII. Problemas referidos a la pena. 1. Atenuantes genéricas. 2. Agravante especial. Caso de autoría por parte de funcionarios públicos. Extensión a otros supuestos. XIV. La posibilidad de castigar los encubrimientos o lavados de activos de origen delictivo cuando el delito precedente fuera cometido en otro país.

## I. Aclaraciones previas

Cuando habíamos terminado el presente libro y estaba ya en proceso de impresión, se dictó una nueva ley 25.426, sancionada el 13 de abril,

promulgada el 5 de mayo y publicada el 10 y luego el 11 de mayo (por problemas en la primera publicación) siempre del año 2000.

Como la reforma no ha sido sustancial, por lo menos en lo que al delito de encubrimiento se refiere, hemos mantenido alguna jurisprudencia, referida al texto anterior, ya que no hemos encontrado fallos sobre el nuevo texto.

La modificación más importante es, sin duda, la de los artículos 278 y 279, que se refieren al llamado lavado de activos financieros, ya que sobre el encubrimiento propiamente dicho se ha mantenido la misma estructura anterior, salvo la derogación del artículo 278, ahora reemplazado por una nueva y distinta norma.

Se insiste, por parte de nuestros legisladores, en dictar leyes penales sin una consulta previa a las universidades y sin ver los efectos mediatos de la reforma, llevados, por decirlo de alguna manera, por impulsos reformistas parciales, cuando en esta materia es necesario un análisis de toda la legislación penal y su posible reforma, dentro de una lógica o sistema de política criminal.

El proyecto se inscribe en la tendencia moderna de avanzar sobre los derechos básicos de las personas, intentando limitar el principio de legalidad y con ello creando tipos penales difusos, bienes jurídicos sin delimitación conceptual; en síntesis, facultando al Estado a inmiscuirse en la vida de las personas, basados quizás en fines que están por sobre éstas; hechas, tal vez desde las sombras, vaya a sabe con qué fines.

En cuanto al delito de encubrimiento, tal como se lo ha tipificado en el Capítulo XIII, del Título XI, del Código Penal, que de acuerdo a la nueva ley ha pasado a denominarse *Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo*, sigue siendo un delito autónomo e independiente del delito que se encubre[1]. Sobre este punto no había ninguna duda, pero la ley ha insistido en el artículo 277.1, en este punto, al definir las acciones típicas en insistir en que el encubrimiento se da "tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado".

[1] CSJN, 26-10-36, J. A. 56-17.

Esta idea, que era sumamente clara en los antecedentes, en el sentido que no había relación del encubrimiento con el delito anterior, sufre una quiebra en el artículo 277.2. a, cuando agrava la pena en los casos que "el hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres años de prisión". Además de esta ruptura del sistema, se crea una nueva clasificación de delitos en el Código Penal, entre delitos especialmente graves y, por darle un nombre, comunes.

La segunda excepción al principio de autonomía está dado por el artículo 279.1., en el cual se recurre a la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor o el delito precedente no tuviere pena de multa, por la cual se aplicará una escala penal especial. También el último párrafo del artículo 279 hace expresa referencia al delito precedente.

## II. Generalidades

En cuanto al encubrimiento, se trata, como ya había sido visto, de un delito independiente, pero que requiere como presupuesto una acción delictiva previa, en la cual el autor no haya participado de ninguna manera, o como ha dicho González Roura, es una ayuda a los delincuentes por actos posteriores a su delito, sin previo acuerdo con ellos y con intención de sustraerlos a la administración de justicia[2].

De la forma en que está tipificado el delito de encubrimiento el encubridor no es un coautor, ni un partícipe en ninguno de los grados del delito original; por eso es que no hay una relación, ni objetiva ni subjetiva, con los autores o los cómplices del delito encubierto, debido a que el hecho del encubrimiento es posterior, exigiéndose por la ley que no haya habido promesa anterior, ya que de lo contrario la conducta se desplaza a la participación, de acuerdo al artículo 47 del Código Penal. En este sentido se ha sostenido "que no se puede hablar de participación porque si el delito a que se refiere ha quedado concluido, en cualquiera de sus procesos ejecutivos, es ilógico se sostenga que

[2] GONZÁLEZ ROURA, ob. cit., t. III, p. 348.

se toma parte en lo que se clausuró en el tiempo y no continúa"[3]. Por ende, existiendo alguna relación de los autores o una promesa anterior a la ejecución, rigen las reglas de la participación.

Anterior a la reforma de la ley 25.246, tampoco tenía nada que ver la penalidad de uno y otro delito. Sin embargo, en este punto la ley ha vuelto a crear una relación, en cuanto a la pena, con el delito anterior, siguiendo en esto al proyecto de 1881.

1. *Antecedentes nacionales*

Afirma la doctrina[4] que en el Proyecto Tejedor se mantuvo la confusión del encubrimiento con el delito anterior, como una forma de participación, con lo cual no se lo reguló por separado. Tejedor distinguió en el artículo 35 regulado dentro del Título IV, *De los autores principales*, toda la materia de la autoría y la participación, no dándole autonomía propia al delito de encubrimiento. Sin embargo en el Título VI cuando hablaba de los auxiliadores o fautores, en el artículo 61, afirmaba que es auxiliador todo el que después de consumada una infracción favorezca al autor por acciones u omisiones culpables, que tengan relación con la infracción consumada, sin haber prometido esta ayuda antes de la ejecución del hecho. En el artículo 62 regulaba: al que reciba en su casa u oculta malhechores, o los ayuda a huir o suprimir los rastros o pruebas de su crimen, como el que reciba a sabiendas en su casa, objetos adquiridos por un crimen, los compre por sí mismo, los revenda o transmita, de cualquier otro modo a otros será considerado auxiliador en primer grado, y tendrá la pena de los cómplices de segundo grado, si hace oficio de tales hechos. En los demás artículos regulaba otras formas referentes a este título. En la nota al artículo 61, cuya fuente es el artículo 64 del Código de Baviera, decía de manera muy precisa que: "Los auxiliadores o fautores difieren esencialmente de los cómplices en que su ayuda tiene lugar después de la consumación del crimen o delito y ninguna influencia puede tener de consiguiente en la ejecución del hecho criminal, no hay, pues, auxilio posible sino cuando el crimen está enteramente consumado"[5].

[3] MILLÁN, ob. cit., p. 16.
[4] SOLER, ob. cit., p. 325.
[5] P. 40 del Código de Tejedor; ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., p. 202.

El proyecto de 1881 de Villegas, Ugarriza y García definía en los artículos 27 y 28 quién era el encubridor, afirmando que "son encubridores quienes sin conocimiento anterior al delito, pero con noticias de él después de ejecutado comete alguno de los siguientes hechos..." y en el artículo 28 enumeraba una serie de personas que cometían el delito. Sin embargo, las penas se relacionaban con el delito anterior, por lo que, como bien dice Moreno, el encubrimiento era considerado como un delito de complicidad posterior, al que se le aplican las reglas de la participación[6]. En el mismo sentido del Código de 1886 mantenía la misma estructura del delito en su artículo 42.

Es recién en el proyecto de 1891 en los artículos 323 a 325 que la doctrina moderna sobre el encubrimiento entró en un proyecto de ley, ya que suprime el título de los encubridores de la parte general y coloca un capítulo nuevo sobre el encubrimiento, como delito independiente dentro de los delitos contra la administración pública. En la exposición de motivos se decía que éste era el lugar donde debía estar el delito en razón de la naturaleza del derecho lesionado[7]. El proyecto de 1906 mantuvo esta estructura y es el que pasa posteriormente al proyecto de 1917, previo tomar lo afirmado por Rivarola en el proyecto antes citado.

El texto original del Código de 1921 establecía en seis incisos las distintas conductas típicas que constituían el delito de encubrimiento. Así el inciso 1° se refería al ocultamiento del delincuente o a la facilitación de su fuga (favorecimiento personal). El inciso 2° a la desaparición de los rastros o prueba del delito (favorecimiento real). El inciso 3° a guardar, esconder, comprar, vender o recibir en prenda o en cambio los efectos sustraídos (receptación). El inciso 4° a la negativa a prestar auxilio a la autoridad para aprehender al delincuente (favorecimiento personal). El inciso 5°, agrupaba dos modalidades que puede asumir el encubrimiento; por un lado "guardar" habitualmente delincuentes (favorecimiento personal), y por el otro, ocultar armas u efectos de los mismos (favorecimiento real). El inciso 6° tipificaba la modalidad omisiva que puede asumir el

[6] MORENO, ob. cit., t. VI, p. 328.
[7] Código Tejedor, p. 482.

favorecimiento personal al dejar de comunicar a las autoridades las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo.

Esta redacción sufrió una profunda modificación inspirada en el proyecto que Sebastián Soler elaboró en 1960. Se persiguió a través de la reforma que se cristalizó en el decreto-ley 17.567, una reestructuración del capítulo "con el fin de distinguir situaciones muy disímiles, que el Código vigente agrupa en pie de igualdad. Sustituimos la enumeración que contienen los incisos 1°, 4° y 6° del Código por la fórmula más genérica del proyectado artículo 277"[8].

El artículo 277 de esta ley estaba dedicado exclusivamente a contemplar la figura del favorecimiento personal; el artículo 278 la receptación; el artículo 278 bis, la receptación de cosas sospechosas, y el artículo 278 ter, se destinaba a regular el favorecimiento real. Finalmente, el artículo 278 quarter estaba relacionado con una omisión de denuncia y favorecimiento personal o real específico para determinados delitos y que tenía relación con las vicisitudes políticas por las que atravesaba el Estado bajo un régimen de facto.

La ley 20.509 que derogó el decreto-ley 17.565 volvió a la redacción original del Código, que se restableció por el decreto-ley 21.338 con un aumento en la escala punitiva.

La ley 23.077 del período constitucional retomó nuevamente la redacción original del Código de 1921, hasta que el 31 de octubre de 1986, la ley 23.468 le dio una nueva redacción, hasta que la ley 25.246 volvió a reformar el Título XI.

Por eso, ahora con más razón que nunca, se puede afirmar con algún autor que quizás "sea ésta una de las materias que ha sufrido mayores modificaciones en los últimos tiempos; basta, al efecto, reparar en que todos los artículos del capítulo en su versión originaria no son los mismos"[9].

[8] De la Exposición de Motivos de la ley 17.567.

[9] LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Depalma, 1981, vol. III, p. 205.

## 2. *Derecho Comparado*

En el Derecho Comparado los sistemas que se han esbozado son los siguientes[10]:

a) Un primer sistema que ve al encubrimiento en la parte general, dentro de la participación, como el Código Penal francés de 1810, el Código ruso de 1926, y los Códigos de Chile, Paraguay, Nicaragua y Honduras, entre otros.

b) Un segundo sistema que tratan el encubrimiento en parte como supuestos de participación criminal, y en parte como supuestos de tipificación autónoma; entre ellos el Código Penal francés después de la reforma de 1915 y 1945, el ruso después de la reforma de 1960, Inglaterra, Canadá, India y México.

c) Un tercer sistema que trata el encubrimiento como delito autónomo pero en diferentes títulos, entre ellos el Código Penal de Austria de 1852, Italia, Suiza y Brasil.

d) Un cuarto sistema que trata el encubrimiento con autonomía absoluta en un solo título, entre los que se encuentran el Código Penal argentino, el alemán y el español luego de la ultima reforma de 1995.

## III. Bien jurídico protegido

Carrara afirmaba que el tipo penal de favorecimiento supera conceptualmente el concepto que venía dado del Derecho Romano, de considerar al facilitador (encubridor en nuestra terminología) como un cómplice del delito. Así señala "El error de este concepto indistinto de participación en el delito ajeno, es capital, pues a nadie puede considerarse como responsable de un delito, si no ha sido causa de él, de alguna o de otra manera, y como es repugnante que un hecho completamente posterior sea causa de otro hecho anterior, la responsabilidad del delito anteriormente agotado, que quería imputárseles a los llamados cómplices *per posterius* (posteriores), está fundada en

[10] MILLÁN, ob. cit., ps. 27 y ss.

una exageración, o más bien en un imposible jurídico, lo que en asuntos criminales es intolerable"[11].

En España se sostuvo el llamado delito de "repetición" que afectaba el patrimonio en cuanto el sujeto se aprovechaba económicamente de cosas ajenas[12]. El actual artículo 451 del Código Penal ha incorporado la figura del encubrimiento como un delito autónomo contra la administración de justicia. Es por ello que la doctrina actual de aquel país distingue tres tipos de encubrimientos[13]:

a) El encubrimiento real, aquel en el que se auxilia al autor del delito con actos posteriores destinados a ocultar el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito;
b) el encubrimiento personal, o aquel en el que se facilita la ocultación de la persona del autor del delito o se facilita su fuga, y
c) el encubrimiento de complemento, aquel dirigido al auxilio de los autores o cómplices del delito para que se beneficien del producto del mismo, sin ánimo de lucro para el encubridor.

En el Código Penal argentino, el delito de encubrimiento se encuentra dentro del título de los delitos contra la administración pública, aunque en rigor de verdad lo que se lesiona es la administración de justicia, toda vez que la actividad encaminada a comprobar la existencia de un delito y a individualizar a sus autores o partícipes se ve entorpecida por la conducta del encubridor[14].

Es también lo que afirma Scimé[15], al decir que se trata de un delito que afecta la administración de justicia, pero agregando que se trata de un delito que está vinculado indefectiblemente con otro delito que resultara ser el que se habría encubierto.

[11] CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, Temis, Bogotá, 1986, vol. V, N° 7, § 2823, p. 406.

[12] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manuel de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, p. 211.

[13] Entre otros MORA ALARCÓN, José Antonio, *Suma de Derecho Penal. Parte especial*, Edisofer S. L. Libros jurídicos, Madrid, 1996, p. 624.

[14] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 175, y CREUS, ob. cit., p. 530.

[15] SCIMÉ, Salvador Francisco, *El delito de encubrimiento por favorecimiento personal, en su específico aspecto subjetivo*, L. L. del 27-10-95, Suplemento de Jurisprudencia Penal.

Afecta a la justicia pública, al decir de Carrara, a la que se le ponen trabas para que descubra y condene al autor de un delito. Se trata de un nuevo hecho, que ofende a la justicia[16].

Creus[17] coincide en sostener que el bien jurídico protegido por la figura es la administración de justicia, aunque particularizando, aclara que la protección se singulariza en la actividad de individualización de los autores y partícipes de delitos, o en la recuperación de los objetos, la que puede verse perturbada por la conducta asumida por el encubridor.

Otra parte de la doctrina, si bien ha aceptado esta posición, afirma que se encuentra vulnerado también el bien jurídico patrimonio, siguiendo en esto, a nuestro parecer, a otras legislaciones[18]. Sin embargo, Millán ha insistido en que el bien jurídico primordial es la administración de justicia[19].

A nuestro juicio acierta Cancio Melia cuando afirma que el encubrimiento es un delito autónomo porque no se puede participar en algo que ya ha finalizado, de manera que las conductas que están abarcadas por el delito de encubrimiento atentan contra el correcto funcionamiento de la administración de justicia al constituir un obstáculo a su funcionamiento, ya que dificulta el descubrimiento de los delitos y su persecución[20]. Con la nueva ley, esta posición no se ha modificado.

En similar sentido la jurisprudencia ha entendido que "El encubrimiento es un delito por sí y contra la administración pública. Puede existir aunque luego resulte inocente el inculpado a quien el encubridor oculte o auxilie en su fuga, pues se trata de un delito que afecta a la justicia de dos maneras: impide o dificulta la prueba de esa inocencia y facilita la impunidad del verdadero autor"[21].

[16] CARRARA, ob. cit., § 2827.

[17] CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1988, t. 2, ps. 350 y ss.

[18] FONTÁN BALESTRA, *Tratado*... cit., t. VII, p. 152.

[19] MILLÁN, ob. cit., p. 39.

[20] CANCIO MELIA, ob. cit., p. 1187.

[21] C2ªCrim. de Catamarca, 27-2-98, "Luque, Guillermo D. y otro", L. L. del 18-8-98, p. 7.

La Cámara Nacional de Casación Penal mantuvo dicho concepto: "El encubrimiento –afirmó– es un delito per se. El que lo comete es una persona que no ha participado en el delito anterior y no actúa en cumplimiento de promesas formuladas antes de su ejecución. Es un atentado contra la administración de justicia, en cuanto resulte obstativo a la debida represión penal. El encubrimiento real no se identifica con el 'haberse apoderado de la cosa'. No es una forma de participación en un apoderamiento ilegítimo sino un ilícito autónomo que se comete mediando –como presupuesto– un delito ya consumado: el previo desapoderamiento cometido por otra persona"[22].

## IV. Presupuestos del delito

Todas los tipos del encubrimiento que aquí son materia de estudio, tienen dos presupuestos definidos, que la doctrina ha caracterizado como positivo, el primero, y negativo el segundo. El positivo, está constituido por el delito anteriormente cometido independiente del encubrimiento y se trata, por ende, de un hecho previo o antecedente. El negativo se refiere, como ya lo habíamos adelantado, a la inexistencia de participación criminal, en todas sus formas, en el delito previo.

### 1. *El delito antecedente*

De acuerdo al artículo 277, en la versión de la reforma de la ley 25.346, se establece expresamente que: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado..." De lo cual se deduce, sin duda alguna, la necesariedad de la existencia de un delito previo.

Sobre la base que la actividad desplegada por la justicia en un proceso tiene por función el esclarecimiento de la verdad, Soler entiende que para la existencia del encubrimiento es indiferente la absolución o condena del autor del delito previo. Yendo más allá, incluso sostiene que en el caso de existir causas de justificación o de inculpabilidad respecto del autor del delito, el encubridor podría ser casti-

[22] CNCas.Pen., sala IV, 16-2-96, "D., C. D.".

gado[23], exigiéndose solamente que el hecho anterior resulte típico[24]. Una parte de la jurisprudencia ha seguido esta línea afirmando que: "Puede cuestionarse si se han reunido las exigencias del tipo objetivo del artículo 277, inciso 3°, del Código Penal, dado que no existe constancia de haberse denunciado los abusos sexuales encubiertos por el imputado; la preexistencia de un delito anterior es un elemento esencial para que se configure el encubrimiento. Indudablemente nos encontramos ante una situación poco habitual ya que el ilícito anterior no aparece denunciado, sino filmado. En efecto, las distintas escenas que se observan en los vídeos muestran a personas adultas; en una de ellas, efectuando tocamientos en la vagina de una niña de unos 5 o 6 años de edad, mientras ésta se baña, y en otra, a un hombre adulto que se comporta del mismo modo, pero exponiendo su miembro erecto ante una infante desnuda de alrededor de 10 años de edad. Los actos desarrollados en esas filmaciones, configuran, sin hesitación, el delito de corrupción, previsto en el artículo 125 del ordenamiento de fondo. Por ende el aspecto objetivo del tipo penal en estudio se ha configurado. En cuanto al tipo subjetivo, la ley requiere el conocimiento positivo de la proveniencia delictiva de la cosa, extremo que se ha verificado en el *sub judice*, no sólo por las expresiones del imputado, describiendo el contenido del material fílmico, sino también por la circunstancia resaltada por el testigo, en cuanto a que contestaba con evasivas cuando se le inquiría sobre la procedencia de esos bienes. Finalmente el precio abonado por la persona que adquirió los vídeos constituye elocuente probanza de que se ha satisfecho el fin de lucro requerido por el tipo penal en estudio"[25].

Lo particular de este fallo es que considera un hecho típico que no lo es, dado que nadie dijo de manera jurisdiccional que así lo fuera; en otros términos, el mismo tribunal que juzga el delito de encubrimiento juzga también el anterior delito, aunque sin imputado y sin juicio previo.

[23] SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tea, 1988, t. 5, ps. 328 y ss.

[24] MILLÁN, Alberto S., *El delito de encubrimiento*, Abeledo-Perrot, 1970, ps. 48 y ss.

[25] TOCrim. N° 20 de la Capital Federal, 12-4-99, "Genovese, Cayetano A.".

Volviendo al tema en cuestión, debe mediar un delito previo, que puede ser doloso o culposo, previsto por el Código Penal o por una ley complementaria, cualquiera sea la pena que éste tenga. Núñez sostiene que no basta una infracción reprimida por una ley especial o federal, dando como única explicación que si el artículo 277 define el encubrimiento en materia de contrabando, no lo es en virtud de él mismo, sino que así lo dispone el artículo 188 de la Ley de Aduanas. También afirma Núñez que los delitos tanto pueden ser perserguibles por acción pública, de oficio o dependiente de instancia privada o de acción privada. Lo que interesa es que en el momento de ejecutarse el encubrimiento esté expedita la persecución penal del delito, cualquiera sea en este caso el resultado respecto de la responsabilidad y castigo de los perseguidos. En este mismo sentido, en los delitos de acción privada esto se produce una vez deducida o presentada la querella, y mientras ésta no se abandone[26].

Sin embargo, otro sector doctrinario sostiene que el delito anterior también puede ser federal o estar en una ley especial, ya que igual se vulnera el bien jurídico protegido[27].

Una posición más rigurosa[28] exige que el delito anterior resulte típico y antijurídico[29].

Gonzalo Quintero Olivares afirma que el presupuesto del encubrimiento presupone un acto injusto pues si éste no existe desaparecería la antijuridicidad material del propio encubrimiento, ya que no ofende a la administración de justicia quien ayuda a quien ha hecho algo que estuvo o esta justificado[30].

[26] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, ps. 175 y 176.

[27] CREUS, ob. cit., p. 531; MILLÁN, ob. cit., p. 50; SOLER; ob. cit., p. 327; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 447. CCCrim., sala VII, 5-3-91, "Oviedo, Jose; Laino, Ángel", c. 13.522.

[28] Sobre el alcance de este concepto ver en DONNA, Edgardo, *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1998, e inevitable resultará recurrir a la obra de ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

[29] El artículo 453 del Código Penal dice: "Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena".

[30] QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal*, p. 1302.

Para Fiandaca Musco se exige un delito previo de donde provenga la cosa o el objeto que tiene una relevante importancia desde el punto de vista práctico; se trata, sostiene, de un delito, lo que excluye cualquier clase de contravenciones, un ilícito administrativo o un ilícito civil. Puede ser un delito doloso o culposo, consumado o tentado, y no importando qué bien jurídico está afectado, habida cuenta que también para la doctrina italiana lo que se protege es la administración de justicia. También para la doctrina italiana debe tratarse de un injusto previo, de modo que lo único que excluiría el encubrimiento sería que el delito previo no fuera típico ni tampoco antijurídico, pero no elimina el encubrimiento causas subjetivas o causas personales de eliminación del injusto[31]. En igual sentido, ha opinado Mantovani, pero agregando que debe tratarse de un delito real; por lo tanto, no entran los delitos inexistentes, putativos o simulados, y que esté previamente legislado, habida cuenta del principio de la ley previa[32].

En síntesis, se trata de que exista un delito previsto por el Código Penal, que debe ser típico y antijurídico, porque no es posible encubrir un hecho que esté justificado. En este sentido la doctrina no ha sido consecuente con la noción de causas de justificación, ya que éstas vuelven el hecho a la juridicidad, de modo que afirmar el encubrimiento de un hecho justificado, esto es, lícito para todo el orden jurídico, es una contradicción insalvable.

Por lo tanto se trata de un injusto penal, previsto por el Código Penal o por cualquier ley anterior al hecho que pueda ser doloso o culposo, consumado o tentado. Y por último, que haya existido en la realidad y no sólo en la imaginación del autor y, tal como se dijo, que no esté alcanzado por una causa de justificación.

El delito de encubrimiento se tipifica, en cambio, con el delito anterior, aunque el imputado no haya sido culpable por cualquiera de las causas conocidas, como ser: error de prohibición, incapacidad de culpabilidad o alguna causa de inexigibilidad[33].

[31] GIOVANNI FIANDACA, Enzo Musco, *Diritto Penale. Parte speciale*, 2ª ed., t. II, ps. 225 y ss.

[32] FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale, Delitti contro il patrimonio*, Cedam, 1989, ps. 201 y ss.

[33] CARRARA, ob. cit., § 2831.

Dándole forma a este criterio, la jurisprudencia ha sostenido que el objeto debe provenir de un delito, y no que se pueda presumir un delito en el objeto: "La existencia de un delito anterior, resulta presupuesto imprescindible para la configuración del delito de encubrimiento, no siendo suficiente su sola inferencia"[34].

Por eso acierta la jurisprudencia al afirmar que "En cuanto a la posibilidad de que el accionar del imputado pueda configurar el delito de encubrimiento, no ha podido acreditarse en los presentes que el arma utilizada provenga de un delito, ya que si bien la eliminación de la numeración del arma sí constituye un accionar típico, lo cierto es que no puede sostenerse que su obtención se haya logrado mediante la comisión de un delito, requisito indispensable para configurar el encubrimiento"[35]. Es interesante esta afirmación, ya que la opinión contraria confunde el delito previo con el objeto del delito. Una cosa es el robo del arma y que quien la tenga la encubra, y otra es que el arma esté limada, de modo que ya no proviene de delito alguno, es más, el autor puede ser el mismo tenedor. De esta manera, al no poderse imputar la autoría, se le presupone encubridor.

De todas formas, los tribunales han seguido criterios menos estrictos en cuanto al tema, al afirmar que: "Si bien la acreditación de la existencia del delito anterior es un elemento objetivo del delito de encubrimiento, no se requiere la individualización de la denuncia, acreditación de propiedad o condena de alguien por el ilícito proceder anterior, sino la presunción más que válida y razonable de que el objeto por su valor –pasacasete–, no puede considerarse abandonado, por lo que quien lo vendió, sin papeles y en condiciones más que sospechosas, se tuvo, por lo menos, que haber apropiado indebidamente de él (art. 175, inc. 1°, Cód. Pen.)"[36].

También hay problemas en la doctrina en cuanto a los supuestos de prescripción y amnistía. Un sector sostiene que la amnistía quita toda posibilidad de encubrimiento, habida cuenta de que el delito deja de ser tal, posición que es seguida por Millán, quien afirma que la

[34] CNCrim., sala VII, 5-3-91, "Oviedo, José; Laino, Ángel R.", c. 13.522.

[35] CCCrim. Capital Federal, sala I, 19-9-99, "Sosa, Gustavo, sobreseimiento", c. 12.256, Interlocutorio.

[36] CNCrim., sala IV, 16-4-91, "Ferrari, José I.", c. 38.954.

amnistía extingue la acción penal con relación a todos los partícipes y que si bien los favorecedores no reúnen tal condición sería absurdo castigar al que ayudó al delito amnistiado, si no se reprime a quien colaboró en su realización[37]. Por el contrario Creus sostiene que si bien la amnistía borra el delito anterior, lo hace sólo con respecto a la responsabilidad penal, pero no elimina la realidad histórica del delito[38].

No hay duda de que llevan razón en este punto tanto Soler como Millán, habida cuenta de que no hay bien jurídico a proteger en el caso concreto.

En cuanto al delito prescripto, se plantean dos supuestos: en el primero, el encubrimiento ha tenido lugar con anterioridad a que operase la prescripción del delito. En este caso, no hay duda de que se puede dar el delito de encubrimiento[39]. En el segundo supuesto, se trata del encubrimiento cuando el delito anterior ya se encontraba prescripto. La doctrina sostiene que no se da el delito en cuestión, dado que el hecho es atípico o que no se cumple con el presupuesto de la perseguibilidad del delito anterior[40].

También la doctrina es unánime, y en este sentido es lógico, en que el encubrimiento puede ser, a su vez, susceptible de encubrimiento, y esto debido a la autonomía del delito[41]. El ejemplo no es difícil de pensar ya que una vez que la persona ha encubierto a otro delito, a su vez un tercero puede encubrir, guardando los bienes que se habían comprado ilícitamente.

También es posible el encubrimiento de un delito especial, como ser el encubrimiento de un abuso de autoridad o un prevaricato, ya que no hay regla que elimine a este tipo de ilícitos[42].

[37] SOLER, ob. cit., p. 330; MILLÁN, ob. cit., p. 330.

[38] CREUS, ob. cit., p. 535.

[39] CREUS, ob. cit., p. 535; FONTÁN, ob. cit., p. 451; MILLÁN, ob. cit., p. 59.

[40] CREUS, ob. cit., p. 535; FONTÁN, ob. cit., p. 471; MILLÁN, ob. cit., p. 59. Parcialmente en contra, Soler que exige que el encubrimiento debe ser ejecutado contra un acto positivo de persecución.

[41] FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 447; SOLER, ob. cit., p. 327; CREUS, ob. cit., p. 522; MILLÁN, ob. cit., p. 52.

[42] SOLER, ob. cit., p. 327; MILLÁN, ob. cit., p. 52.

Otro problema puede plantearse con respecto al delito de encubrimiento, en cuanto el delito precedente sea de acción privada o de instancia privada.

En cuanto a los delitos de acción pública se siguen los lineamientos arriba expuestos, es decir, bastará con que la conducta anterior (el delito) sea típica y antijurídica.

En los delitos de instancia privada, las opiniones son convergentes en que sólo se puede investigar el encubrimiento del delito precedente, a partir de la querella o denuncia del agraviado o ejecutor, guardador o representante legal, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 132 del Código Penal, ya que recién en ese instante la acción, que siempre fue pública, queda disponible. La doctrina hace bien en notar que es recién, a partir de ese momento, que el delito de encubrimiento puede ser perseguible[43].

En cuanto a los delitos de acción privada, hay quienes sostienen que es suficiente con que la acción haya sido iniciada[44]. Otros autores agregan que el encubrimiento sólo es posible mientras el ofendido prosiga su acción, porque el abandono implica la inexistencia de la acción penal[45].

Millán va más lejos y afirma que la punibilidad del encubrimiento queda condicionada, suspendida, en estos casos, hasta que se dicte sentencia condenatoria[46].

En general, la jurisprudencia ha seguido estos criterios: "El artículo 277 del Código Penal es una figura independiente, que tiene como uno de sus presupuestos la existencia del delito anterior. Este delito puede referirse tanto a la acción principal como a cualquier forma de participación. En este sentido, la ley no pretende que el autor del delito anterior haya sido individualizado, ni que se trate de un delito determinado, sino que simplemente exige la existencia de un delito anterior debidamente comprobado, entendiéndose por

[43] FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 448; CREUS, ob. cit., p. 533; NÚÑEZ, ob. cit., p. 176; SOLER, ob. cit., p. 327; MILLÁN, ob. cit., p. 54.

[44] SOLER, ob. cit., p. 327; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 449.

[45] NÚÑEZ, ob. cit., p. 1176.

[46] MILLÁN, ob. cit., p. 55.

delito anterior cualquier hecho típico, antijurídico y culpable, previo al encubrimiento"[47].

"Al ceñirse la investigación sobre el origen de la motocicleta conducida por el procesado, a su posible hurto, robo, o defraudación, sin agotar la posibilidad de un contrabando, el delito de encubrimiento por el que se lo acusó, carece del necesario vínculo con el delito anterior, ejecutado por un tercero que le sirve de presupuesto típico. Si bien no es necesario que se individualice al autor o a la víctima de ese delito anterior, es forzoso, en cambio, que el delito encubierto haya sido acreditado en su existencia objetiva, lo cual puede hacerse inclusive dentro del mismo proceso contra el encubridor"[48].

## 2. *Ausencia de participación en el delito anterior*

Como ya se señaló, se trata de un presupuesto negativo de la figura del encubrimiento. Lo expuesto resulta lógico en la medida en que se haya aclarado que la autonomía de esta figura existe en tanto no pueda predicarse participación en el delito anterior, dado de que si la misma puede ser afirmada entrarían a jugar las reglas de los artículos 45 y 46 del Código Penal[49].

Recuérdese que en otra obra habíamos definido al partícipe como aquel que toma parte del delito sin tener el dominio del hecho. Es la colaboración dolosa en el delito doloso de otro. La misma se extiende desde el comienzo de ejecución y hasta la consumación del hecho y está caracterizada por la nota de accesoriedad, en relación al hecho principal del autor[50].

[47] CAcus., A. I. Nº 76, 31-5-74. Causa: "Butori, Raúl Aldo", Secretaría Nº 2. Los sumarios correspondientes a la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba, fueron extraídos de la obra de Adriana Mandelli (*Cámara de Acusación. Criterios procesales y sustanciales*, Advocatus, Córdoba, 1994)

[48] CNCrim., sala I, 6-9-90, "Peñalva, Ariel" c. 37.427.

[49] Al respecto, el artículo 46 del Código Penal borra la posibilidad de toda la discusión doctrinaria que se había generado en cuanto a si este esquema resultaba aplicable también al supuesto de la receptación (art. 277, inc. 3º y 278 del Cód. Pen.). Recordemos que claramente se afirma "los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo".

[50] DONNA, Edgardo A., *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, en donde pueden profundizarse estos conceptos.

No hay duda, como lo sostiene Carrara, de que estamos en presencia de una colaboración posterior al delito; sin embargo, deben incluirse supuestos en donde pese a existir, por parte del encubridor, un conocimiento anterior, no hubiera habido promesa previa.

Asiste razón, en este sentido a Soler cuando afirma "la noticia directa o indirecta, completa o incompleta, sin ayuda, no es encubrimiento"[51].

En este aspecto también es menester aclarar que la promesa efectuada a un partícipe excluiría el encubrimiento y el caso se resolvería de acuerdo a las reglas generales del Título VII. También se excluye el encubrimiento cuando el sujeto ha tomado participación en el delito anterior y esto incluye no considerarlo encubridor ni aun en el caso de que ayude o colabore con el autor u otro partícipe del ilícito en que tomó parte[52].

La exigencia se desprende por otra parte del propio artículo 277 que establece "comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado". Lamentablemente se ha sacado el párrafo que hacía referencia a la falta de promesa anterior al delito "De todas maneras la inexistencia de promesa anterior es lo que, justamente, permite diferenciar al encubridor del partícipe[53].

Es que, como lo hemos sostenido al principio, participación y encubrimiento son, en la ley argentina, incompatibles; la primera excluye la segunda, tal como expresamente lo regula el artículo 46[54].

Sin embargo, la cuestión debe ser profundizada porque no basta para eliminar al encubrimiento que el autor del delito conozca o tenga conocimiento del delito con anterioridad a su ejecución, sino que es indispensable que el agente se haya obligado a prestar la ayuda posterior y que haya mantenido la promesa en el momento de su ejecución. En

[51] Sin embargo, éste no era el criterio del proyecto de Código Penal que elaboraran Villegas, Ugarriza y García, dado que si mediaba noticia anterior consideraban que existía participación.

[52] Al respecto conviene recordar la advertencia de Frank, citada por Soler en su obra "bastaría que un ladrón le hubiera gritado a otro que huya" para considerarlo encubridor.

[53] SOLER, ob. cit., p. 332.

[54] MILLÁN, ob. cit., p. 66.

otros términos, no puede haber un autoencubrimiento[55]. La promesa anterior debe ser entendida hasta la comisión del hecho, ya sea consumado o tentado.

Corresponde aclarar que el actual texto, al igual que el anterior, ha superado la discusión en cuanto a la temporalidad de la receptación, dado que se ha eliminado del inciso 3° del artículo 277 la expresión "después de la ejecución de éste".

## V. Favorecimiento personal

El anterior texto del artículo 277, decía y lo transcribimos de manera que el lector pueda hacer la comparación:

"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, algunos de los hechos siguientes:

"1°. Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo".

El actual texto reza de la siguiente manera:

"Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

"a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta".

Como se puede ver las modificaciones en este punto son escasas, salvo que se incluyen las letras, para los incisos del artículo y, además, se excluye el último párrafo que pasa a tener independencia, en el inciso d.

### 1. *Tipo objetivo*

El inciso a, del artículo 277, ha tipificado el llamado favorecimiento personal. Éste consiste en la ayuda prestada para eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta, brindada al autor o partícipe del delito anterior. De manera, pues, que

[55] NÚÑEZ, ob. cit., p. 178; MILLÁN, ob. cit., p. 78.

la acción típica es una conducta activa consistente en ayudar a eludir o a sustraerse a la acción de la autoridad.

*Favorecimiento a través de ayuda*

Consiste en un actuar positivo, se trata de una conducta que facilite o haga posible que el favorecido pueda eludir las investigaciones o sustraerse a la acción de la autoridad. En este punto se encuentra la primera diferencia con la ley 23.057 que hablaba de delincuente. La actual reforma, que deja la anterior, al cambiar "a alguien" por delincuente, vuelve más difusa la cuestión, aunque no hay duda de que ese alguien es la persona investigada por la autoridad, luego de la comisión de un delito.

La ley habla de ayuda a alguien a eludir la acción de la justicia. Este alguien se refiere al autor o a los partícipes del delito precedente. En este contexto quedan comprendidas todas las conductas que en forma casuística se encontraban en la anterior redacción de la norma, tales como ocultar, facilitar la fuga. La acción de ayuda a eludir la investigación de la autoridad o a sustraerse a ella puede comprender tanto el ocultamiento, como la fuga. Resulta dudoso si el no permitir el ingreso al domicilio podía ser una acción típica, ya que siempre será necesaria la orden de allanamiento, porque de ninguna manera queda en suspenso la inviolabilidad del domicilio, que es una garantía constitucional (art. 18, Const. Nac.). De manera que si la policía intenta entrar a un domicilio, sin orden de allanamiento, legalmente librada por orden de juez competente, es éste un motivo legítimo para impedir el ingreso a la morada, y no tipificaría el delito en cuestión[56].

Ayudar implica entonces toda conducta que facilite o posibilite que una persona eluda la investigación de la autoridad o se sustraiga a la acción de ella, aunque esta ayuda no logre el fin. Los apoyos morales o consejos no constituyen acción típica válida ya que debe ser un hacer, una acción, algo positivo, y además idóneo para conseguir el fin que se ha propuesto[57]. La jurisprudencia ha seguido esta orientación afirmando:

[56] SOLER, ob. cit., p. 342.

[57] MILLÁN, ob. cit., ps. 97 y 102; CREUS, ob. cit., p. 538; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 454.

"La ocultación que supone una actividad positiva y cierto grado de oposición a los actos de la autoridad, de manera que éstos por la acción del encubrimiento, se tornen inútiles o se frustren temporaria o definitivamente, configura el delito de favorecimiento personal"[58].

Precisando los contenidos que puede asumir la faz positiva contemplada en este inciso se dijo: "La conducta desplegada por el imputado es típica y encuadra en las precisiones de la figura descripta por el artículo 277, inciso 1° del Código Penal si se considera que el imputado ayudó al coimputado, no sólo ocultándolo en un primer momento sino también llevándolo a un abogado para que consulte, le alcanzó un bolso con ropas colaborando a sustraerse de la acción de la justicia por el término que se mantuvo prófugo. Asimismo, conociendo del delito cometido, colabora para que éste eluda desde un primer momento la tarea investigativa de la policía y del juzgado instructor"[59]. Una sola observación al fallo. Llevar a alguien al abogado no es encubrimiento, ya que entra dentro del derecho de defensa de la persona protegido constitucionalmente.

Cuando la norma se refiere a alguien no está hablando de cualquier persona, sino de todo aquel que ha intervenido en un delito anterior como autor o partícipe. Esto lleva a resolver un problema de cierta gravedad. Si la ayuda es prestada a un tercero que no ha intervenido de la manera antes apuntada del delito, aunque se realice con el fin de eludir la investigación de la autoridad o para sustraerse, dicha conducta no encuadrará en este inciso, como, por ejemplo, quien ayude a huir a un testigo del hecho no será autor de encubrimiento. Aunque Creus afirma que sí será típica esta conducta ya que se favorece a quien ha participado del delito[60]. Claro que en este caso la interpretación es demasiado amplia.

De acuerdo a la redacción del inciso, "alguien" tanto puede tratarse de un condenado como de un simple imputado, procesado o no.

En este contexto, eludir significa desviar las investigaciones de la autoridad, cuando éstas intentan establecer quiénes son los autores

[58] CAcus., A. I. N° 170, 31-10-74. Causa, "Gutiérrez, Ramón Eduardo y otro", Secretaría N° 2.

[59] CPen., sala IV, de San Miguel de Tucumán, 31-8-92, S., "H. D. y otro s/Violación".

[60] CREUS, ob. cit., p. 538.

o partícipes del hecho. La ayuda prestada debe ser antes que las investigaciones culminen.

Además, no es necesario para una parte de la doctrina que las investigaciones hayan comenzado[61]. En cambio, otro sector de la doctrina exige que la instrucción de la investigación se haya iniciado o esté por iniciarse[62].

El término autoridad está referido a aquella que es competente para investigar el delito o para aprehender a sus autores o sus partícipes. En principio, es la autoridad judicial y quienes resulten sus auxiliares[63]. Ahora debe agregarse al Ministerio Público, de acuerdo a los distintos ordenamientos legales.

2. *Tipo subjetivo*

Se requiere dolo directo, en el supuesto de favorecimiento mediante ayuda. En este sentido, y como ya fuera reiteradamente señalado, este dolo comprenderá el conocimiento de todos los componentes del tipo objetivo, tanto en la faz positiva como en la negativa, y la voluntad encaminada al favorecimiento personal que se procura. La simple sospecha no resulta nunca suficiente[64].

Sin embargo, Creus sostiene que basta con la sospecha de favorecer a quien ha participado ya que la sospecha se equipara al conocimiento. A nuestro juicio esto sólo sería posible si se admitiera el dolo eventual o se tuviera un concepto de dolo que no contuviese el elemento volitivo. De acuerdo a la redacción de la norma, el autor debe conocer que se trata de la existencia de un delito previo y que se está ayudando a eludir la acción de la justicia.

Un grupo de autores considera que el agente debe tener por fin entorpecer la acción de la justicia[65], lo que se deduce del texto y lleva a la exigencia del dolo directo. En tanto que otro sector doctrinario

[61] CREUS, ob. cit., p. 539.

[62] MILLÁN, ob. cit., p. 97.

[63] FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 455; CREUS, ob. cit., p. 540; MILLÁN, ob. cit., p. 106.

[64] SOLER, ob. cit., p. 337; MILLÁN, ob. cit., p. 107. Sobre el concepto de dolo directo nos remitimos a lo ya expresado en la teoría del delito.

[65] MILLÁN, ob. cit., p. 105

afirma que es indistinto el móvil de la acción[66]. No parece ajustarse a la estructura del encubrimiento tal concepción, debido a la exigencia del conocimiento previo del delito que se cometió. Además, se confunde el dolo con las otras intenciones que haya tenido el autor que salen del campo del dolo.

En casos de error la conducta resultará atípica, pues al no estar prevista la modalidad culposa, incluso el yerro vencible eliminaría el tipo subjetivo. Sería el caso que la persona creyera que se trata de un inocente o que realmente lo fuera y estuviera siendo injustamente perseguido. El problema, pasaría por la discusión de qué error sería, si de prohibición o de tipo.

Creemos que existe una equivocación conceptual en tratar de distinguir el dolo directo, que se exige en cuanto a la acción de facilitación personal, del conocimiento que se requiere en relación al delito que resulta su precedente. A esta altura conviene remarcar que, en todos los tipos penales que se contemplan en este capítulo, integran el tipo objetivo los presupuestos que ya fueran analizados. Es decir, en todas las hipótesis de encubrimiento debe incluirse dentro del aspecto objetivo del tipo a la comisión de un delito anterior y a la falta de participación en el mismo. Siguiendo en este razonamiento no es posible desdoblar el dolo. El conocimiento y voluntad debe abarca todos los componentes por lo tanto el sujeto también debe conocer y saber que encubre a quien tomó parte de un delito anterior del que no participó. Fuerza es concluir, entonces, que se equivocan quienes sostienen que en cuanto a la existencia del delito anterior bastará con la sospecha de que éste se hubiera cometido[67].

Ésta es la interpretación correcta que ha sostenido parte de la jurisprudencia: "Para la configuración del encubrimiento el conocimiento de la finalidad del favorecimiento personal debe ser positivo y actual y no puede ser sustituido por un 'debía saber' por cuanto resulta necesario probar que el autor haya tenido conocimiento expreso

[66] FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 456.

[67] Así entre otros Manzini y Millán, este último fundado en que la receptación es única de las modalidades que requiere el saber positivo del delito previo (ob. cit., p. 108).

de que la persona a la que se le brinda ese favorecimiento es un requerido por la justicia. Si no surge de la causa, que se haya tenido conocimiento que la inscripción falsa que insertara en su calidad de tal el funcionario de un hospital tenía la finalidad de que un tercero eludiese o se sustrajese a la investigación criminal, no se configuró el encubrimiento por favorecimiento personal"[68].

Las conclusiones anteriores llevó a decir a Scimé[69] que "el conocimiento de ese favorecimiento debe ser efectivo y actual y no ser constituido por un «debía saber»".

3. *Consumación y tentativa*

Decía Carrara que en este caso de encubrimiento, se trata de un delito formal, por lo cual entendía que para su consumación no resultaba necesario que la justicia hubiera sido efectivamente engañada o burlada, sino que bastaba la aptitud para hacerlo, y que esto de por sí implicaba la consumación. El éxito en todo caso sería tenido en cuenta como una agravante de la pena a aplicarse en el caso concreto. Empero, en su esquema, admitía la tentativa cuando no estuvieran presentes la totalidad de los elementos materiales que le resultan ontológicamente esenciales[70].

Por ende, el favorecimiento personal se consuma con la ayuda prestada por el agente a un tercero, con la finalidad de eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse a la acción de ella, sin necesidad que se tenga éxito en las acciones llevadas a cabo[71].

En cuanto a la tentativa, una parte de la doctrina sostiene, como Creus, que se trata de un delito formal y, por ende, que es muy difícil la posibilidad de actos ejecutivos que no sean consumativos, criterio seguido por Millán, pero afirmando que el hecho quedará tentado cuan-

[68] CNCCorr., sala V, 25-4-94, "Bernotas, Ricardo H.".

[69] Salvador Francisco Scimé en el comentario al fallo publicado en el Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, ya referenciado.

[70] La explicación que nos puede aparecer como confusa en orden a los términos con los que se desenvuelve la dogmática moderna, adquiere su real dimensión cuando lo ilustra con el ejemplo del sujeto que intenta limpiar vestidos manchados de sangre que comprometían al sospechoso de un homicidio (ob. cit., § 2833).

[71] CREUS, ob. cit., p. 141; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 555.

do no se cumpla con el fin del autor. En este sentido sostiene Millán que no debe confundirse alcanzar el fin próximo con la ayuda fructífera. En este contexto señala, como ejemplo, el caso de un sujeto que da voces o que gesticula para que el perseguido huya, sin lograr ser oído ni tampoco hacerse entender por esta persona[72].

Quizás el error esté en sostener, de manera tajante, que en los delitos formales –clasificación también dudosa de los delitos– no pueda existir nunca la tentativa. Esta idea no parece acertada en el supuesto de favorecimiento personal por ayuda, que implica un actuar positivo del sujeto susceptible de recorrer las distintas etapas del *iter criminis*[73].

4. *Autoría*

En líneas generales y en cuanto a la modalidad de favorecimiento por ayuda, la autoría no reviste ninguna característica especial, por lo cual puede resultar autor cualquier persona, en la medida en que medie un nexo entre la conducta de ayuda llevada a cabo y el delito anterior. No está de más puntualizar que jamás podrá ser autor de encubrimiento cualquiera de las personas que hayan tomado parte en el delito precedente. La participación resulta plenamente posible.

## VI. Favorecimiento real

El texto anterior decía, en el inciso 2°:

"Procurare o ayudare a alguien a procurar la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o a asegurar el producto o el provecho del mismo".

La reforma afirma: artículo 277, inciso 1.b.:

"Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer".

La reforma en este punto innova en cuanto lleva al inciso e, la última parte del inciso anterior, esto es, el aseguramiento o ayuda al

[72] MILLÁN, ob. cit., p. 119.

[73] Sobre la posibilidad de la tentativa en los delitos de omisión ver DONNA, *La tentativa* cit. y MAURACH, GÖSSELL y ZIPF, *Derecho Penal. Parte general* cit.

autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito. No se entiende bien esta diferenciación, más allá de una alteración del orden, pero si esa era la idea, hubiera sido interesante incluirla como inciso c, inmediatamente después del inciso en cuestión.

También como reforma se excluye el verbo procurar, que daba pie a diversas interpretaciones, de manera que ahora esa acción queda fuera del delito, por lo menos del consumado. Los autores de la reforma se han dejado llevar, sin duda por una idea de resultado, dejando de lado la parte intencional, en el delito consumado.

1. *Generalidades*

El llamado favorecimiento real está tipificado en el inciso b, del artículo 277 del Código Penal, de acuerdo al texto de la ley 25.246, al cual le son aplicables los presupuestos generales, antes analizados, que también se amplían a todos los incisos del artículo 277.

La reforma ha mantenido la idea de la ley anterior que había llenado algunos vacíos de punibilidad que contenía el artículo 277, previsto por la ley 23.077. En el inciso 2° se hablaba de desaparición de rastros y pruebas, y no mencionaba el ocultamiento, ni la alteración, así como tampoco se hablaba de los instrumentos del delito. No estaba incluido el aseguramiento del producto o el provecho del delito, con lo cual esta conducta, ajustada al principio de legalidad, quedaba impune. En el inciso 5° del antiguo artículo 277, si bien se hablaba de ocultamiento, se lo condicionaba a la habitualidad del agente.

La única diferencia con la ley anterior, en este punto, es que se le da un inciso propio.

El favorecimiento real no es otra cosa que un beneficio a un tercero, pero ahora teniendo como objeto no al autor o al cómplice del delito anterior, sino a las cosas, a los objetos, ya que se busca la desaparición, el ocultamiento o la alteración de los rastros, pruebas del delito o la ayuda al autor de esas acciones. Como se ve, ajustándose al principio de certeza, implícito en el de legalidad, el legislador ha intentado cubrir todos los aspectos del comportamiento que pudiera asumir el encubridor. Así sucedió que durante la vigencia de la ley 23.077, que, como se dijo, retornó a la redacción original del Código

de 1921 (que castigaba sólo la desaparición), la jurisprudencia tuvo ocasión de pronunciarse en relación a esos comportamientos que quedaron impunes por la deficiente redacción de la ley. Así se sostuvo: "La actual redacción del artículo 277, inciso 2°, Código Penal (ley 23.077) se refiere exclusivamente a la desaparición de los rastros o pruebas del delito y ha liberado otros modos comisivos contenidos en la ley 21.338 (art. 277 ter), esto es, los denominados "ocultación" y "alteración". El precepto vigente alude así a "procurar la desaparición de rastros o pruebas del delito". El cotejo de las fórmulas legales mencionadas revela que las expresiones usadas para nominar las acciones reprensibles no pueden considerarse como sinónimos de ser así, no habría tenido sentido la ampliación de "modos comisivos" que efectuara la ley 21.338[74].

De todas formas, la actual redacción no se aparta en lo esencial del proyecto Soler de 1960, consagrado, como ya se explicó, legislativamente a través del decreto-ley 17.567, que establece la misma penalidad para esta modalidad comisiva que para la receptación que se regula a renglón seguido en el inciso 3°, por lo cual, si bien resulta aplicable ya la posición que sigue aquél en su obra de considerar al favorecimiento real como una figura subsidiaria de la receptación (la que como se recordará tenía una penalidad mayor consagrada otrora en el art. 278 ter), ello ocurrirá en ciertas hipótesis en que mediando identidad en el tipo objetivo, el encuadre típico se desplace por la existencia de un especial elemento del tipo subjetivo.

También se aplican al favorecimiento real los conceptos vertidos sobre el bien jurídico, por lo que nos remitimos a lo antes afirmado en las generalidades del delito de encubrimiento.

## 2. *Tipo objetivo*

El tipo penal señala como acciones la de ocultar, alterar, hacer desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, por una parte, y por otra, ayudar al autor o participe a ocultarlos, alterarlos o a hacerlos desaparecer.

[74] Cam. Acus., 31-10-74, "Gutiérrez, Ramón y otro", Sec. N° 2, A. I. 170.

Cuando el Código hablaba de procurar o ayudar a procurar se desprendía de estas acciones típicas una doble modalidad. La primera de ellas se relacionaba con el hecho principal, en tanto la segunda se vinculaba con un hecho accesorio del principal, que podía ser cometido, tanto por un partícipe del delito anterior, como por un partícipe que, a su vez desplegara la acción principal del favorecimiento real[75]. Más claramente se puede afirmar que se trataba del colaborador que ayudaba a un tercero que actuaba de manera inocente, siempre que el colaborador conozciera el origen de la cosa[76].

Ahora bien procurar equivalía en el texto anterior, según la doctrina a intentar, hacer diligencias o esfuerzos para lograr la desaparición de los rastros, pruebas o instrumento del delito o bien, el aseguramiento del producto o el provecho de aquel[77]. Como se puede advertir, sólo se requería la finalidad, pero el tipo penal no exigía que se hubiera conseguido el fin propuesto por el agente.

Con la reforma de la ley 25.246, el problema cambia fundamentalmente, debido a que el autor de la reforma prefirió acentuar el resultado al propósito del agente, por lo que ya que no se habla de procurar, sino directamente de "ocultar", "alterar" o "hacer desaparecer", lo que equivale a la acción terminada y no intentada. De esta manera, se ha intentado darle certeza al tipo penal, quedando las acciones que antes eran consumativas en el ámbito de la tentativa, condicionadas a si hay comienzo de ejecución. Caso contrario, no hay duda de que quedarán como conductas impunes:

La conducta de ocultar no implica necesariamente hacer desaparecer la cosa, ya que puede tratarse de algo temporario, sino que implica pérdida de la prueba. Se oculta cuando se guarda, se tapa, se impide la ubicación de la cosa buscada.

Manteniendo esta línea argumental se ha sostenido que ciertas conductas omisivas pueden implicar un hacer positivo, "la ocultación puede consistir también en callar, cuando existe el deber legal o contractual de pronunciarse"[78].

[75] CREUS, ob. cit., p. 559.
[76] MILLÁN, ob. cit., p. 140.
[77] MILLÁN, ob. cit., p. 139.
[78] MILLÁN, ob. cit., p. 142.

Por alteración se entiende toda transformación que se efectúe en relación a las pruebas, que no necesariamente implican desaparición, ni ocultación. Lo que se pretende mediante la alteración es cambiar la apariencia, la esencia o forma de la cosa, que no se vea como la misma para evitar su utilización por parte de la autoridad.

"Ocultar" es guardar y también impedir que pueda conocer dónde está el objeto. "Alterar" es cambiar, modificar la configuración del objeto en una medida que perturbe su utilización para determinar responsabilidades por el hecho delictivo precedente. Por último, "desaparición" es supresión y esto puede procurarse por medio de destrucción o no del objeto; en tal sentido hace desaparecer el que saca el objeto del ámbito del cual puede utilizarlo la autoridad o el interesado. El ilícito del artículo 277 1.b, del Código Penal, consiste en el hecho material de suprimir los rastros o pruebas, esto es, tratar de lograr tal supresión o desaparición, o sea, se vincula con un comportamiento anímico intencionalmente dirigido al logro del resultado o efecto que taxativamente precisa el tipo legal[79].

"Hacer desaparecer" implica suprimir, quitar de delante y no necesariamente equivale a destruir. En última instancia, es sacar la cosa de la esfera de custodia dentro de la cual puede utilizarla el interesado[80]. La conducta en estos casos pueda ser la de lavar, incendiar, borrar, pintar, diluir, esto es, cualquier hacer positivo para lograr el fin del autor. Ocultar significa disimular, tapar o impedir que la cosa pueda ser utilizada en momento oportuno. Se ha sostenido que es sustraerla a los sentidos o al conocimiento de quienes la buscan. Para Creus el guardar, para que implique ocultamiento, requiere que se haga de manera tal que resulte idónea para entorpecer la localización de la cosa; por lo tanto, la simple guarda no es suficiente como elemento del tipo. En cambio Millán afirma que la guarda equivale a la ocultación[81].

Se tratan aquí de actos positivos que tienden a la desaparición de las huellas o rastros que pudiera haber dejado el delito.

[79] Cám. Acus. A. I. N° 63, 4-8-86. Causa "Hamity, Carlos Luis", Secretaría N° 2.

[80] MILLÁN, ob. cit., p. 141; CREUS, ob. cit., p. 559.

[81] CREUS, ob. cit., p. 560; MILLÁN, ob. cit., p. 141; CCCorr. c. "Albarracin", J. A. del 3-2-15.

En cuanto a los objetos la ley determina que lo que se procura hacer desaparecer, ocultar o alterar, son los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

Los rastros son las huellas, señas, vestigios, todo lo que resulta materia del delito que debe acreditarse. En otras palabras, rastros son las señales o vestigios materiales que ha dejado el delito, por lo que no son rastros los vestigios inmateriales, por ejemplo los recuerdos que alguien puede conservar del hecho y que el agente, confundiendo a la persona logra que se olvide.

Las pruebas son las que van en pos de la demostración del hecho o de la responsabilidad del autor o partícipe[82] y pueden revestir una amplia gama de posibilidades engarzada con la moderna tendencia de los códigos procesales, que en su mayoría siguen el sistema de la sana crítica, adscriptos al régimen de la libertad probatoria[83]. Prueba, en síntesis, abarca todos los medios y no está limitada a cosas o documentos. En este sentido, afirma Millán que queda comprendido todo acto que signifique una evidencia, un indicio, una circunstancia, una indicación que pueda acreditar el tipo objetivo del delito como cualquier otra circunstancia que haga a la responsabilidad del autor.

Los instrumentos del delito son los elementos utilizados para su comisión y abarca tanto a los delitos dolosos como culposos. Piénsese por ejemplo en un arma de fuego en el caso de un delito doloso o un automóvil en el caso del delito culposo.

La reforma agregó, además, como conductas típicas, en principio con el fin de darle mayor claridad y precisión al tipo penal, la ayuda al autor o partícipe a realizar las mismas conductas, claro está sin promesa anterior, ya que de lo contrario se convertiría en partícipe del hecho principal y por ende quedaría fuera del encubrimiento.

[82] NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Marcos Lerner, 1992, vol. II, t. V, p. 183.

[83] El art. 206 del CPPN dice: "No regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas" y el art. 222 del mismo cuerpo legal establece: "Para la mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, el juez podrá ordenar todas las operaciones técnicas y científicas convenientes", similares disposiciones se encuentran en la gran mayoría de los códigos provinciales.

Se trata, entonces de aquella persona que después de cometido el delito e independientemente de cualquier participación, ayudan al autor a ocultar, alterar o hacer desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito. Basta un ejemplo para entender el problema. Luego de un homicidio, el encubridor ayuda directamente al autor, sin promesa anterior, a limpiar la sangre del homicidio y hacer desaparecer el cadáver.

En principio nada hay que objetar a la incorporación de este inciso, ya que aclara la cuestión y define al tipo penal. Mientras más clara esté definida la conducta, más se respetará el principio de legalidad.

3. *Tipo subjetivo*

En la redacción anterior a la reforma, era claro que el delito era doloso y con dolo directo. Ello surgía de los verbos típicos utilizados, esto es "procurar", "ayudar a alguien a procurar" que fundaban esta opinión, con lo cual no era admisible el dolo eventual[84].

A nuestro criterio, la cuestión, con la actual reforma, se ha vuelto dudosa, habida cuenta de que sería posible el dolo directo de segundo grado. Sin embargo parece difícil admitir el dolo eventual, ya que se trata de ocultar, hacer desaparecer rastros, etcétera, de un delito anterior, de modo que si la persona no sabe tal circunstancia, no podrá imputársele subjetivamente tal hecho. Por eso es cierto que quien hace desaparecer un rastro, pero sin la finalidad antes enunciada, como por ejemplo limpiar el lugar, no alcanza a tipificar el dolo del autor[85], mal que le pese a los autores objetivistas de la reforma.

La jurisprudencia había sostenido, conteste a esta opinión, que: "no se configura el delito de encubrimiento por favorecimiento real (art. 277, inc. 2°) si no se acredita que la acción desplegada está guiada

[84] No participa de esta opinión Creus (ob. cit., p. 356) quien sostiene que "el favorecimiento real, por lo tanto, será compatible con el dolo eventual de entorpecer la actividad de la autoridad" aunque a renglón seguido expresa que "la conducta tendrá que estar intencionalmente dirigida en forma directa al logro de los resultados taxativamente enunciados en la figura", con lo que su posición es afín a la de Millán y Núñez que se refieren en la nota 40.

[85] MILLÁN, ob. cit., p. 148; Camara de Apelaciones de Rosario, L. L. p. 244.

por las finalidades taxativamente enunciadas en la norma, por lo cual es atípica la conducta de quienes fueron sorprendidos empujando un automóvil que sabían sustraído, con la manifiesta intención de recuperar una batería del hermano de uno de ellos, colocada allí por los ladrones del vehículo"[86].

En cuanto al problema del tipo subjetivo, la doctrina argentina ha tomado posturas disímiles. Para un grupo de doctrinarios, el autor debe realizar actos dirigidos a dificultar la acción de la justicia[87] Millán, por su parte, no requiere ese plus de procurar entorpecer la acción de la justicia, afirmando que sería tanto como la presencia de un concierto posterior entre el autor y el culpable[88].

En síntesis, el agente debe conocer y saber que mediante su conducta está brindando su ayuda para el favorecimiento real, para lograr la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudar al autor a tales fines.

El error en cuanto al contenido del dolo, en relación con el delito previo, se traslada a esta figura. Aunque se ha sostenido que basta con que el autor sospeche que la conducta llevada a cabo procura favorecer la comisión de un delito previo[89], a la cual le debemos hacer las mismas criticas hechas con anterioridad.

Y es por esto que no podría considerarse satisfecho el tipo subjetivo cuando alguien lava los pisos en donde quedaron huellas o rastros del delito (ej.: sangre, vidrios o cualquier otro elemento) si no puede acreditarse que existe conocimiento y voluntad de que se procuraba el favorecimiento real (por ej. que se hubiera realizado la conducta por cuestiones de higiene). La simple sospecha o "maledicencia" no puede servir de base para la configuración del accionar típico.

Así se ha sostenido que: "No se configura el delito de encubrimiento por favorecimiento real previsto por el inciso 2° del artículo 277 del Código Penal si no se acredita que la acción desplegada esté

[86] CCCorr., sala III, 3-9-91, "Villanueva, David", c. 29.252.

[87] SOLER, ob. cit., p. 345; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 458.

[88] MILLÁN, ob. cit., p. 139.

[89] Este es el criterio entre otros de Millán (ob. cit., p. 148) y de Nuñez (ob. cit., p. 183) cuando expresa "encubre el que hace desaparecer los rastros o pruebas sabiendo o maliciando su origen".

guiada por las finalidades taxativamente enunciadas en la norma, por lo cual es atípica la conducta de quienes fueron sorprendidos empujando un automóvil que sabían sustraído, con la manifiesta intención de recuperar una batería del hermano de uno de ellos, colocada allí por los ladrones del vehículo"[90].

La existencia de un error tendrá las mismas consecuencias que fueran analizados en relación al favorecimiento personal. El error de tipo vencible o invencible eliminarán la tipicidad de la conducta al no estar prevista la forma culposa[91].

4. *Atribuibilidad*

Resultan aquí plenamente admisibles supuestos de estado de necesidad disculpante, por colisión de deberes que excluirían la responsabilidad por el hecho.

La coacción eliminaría la responsabilidad por el hecho. Se podría suponerse el caso en que se procure la desaparición, alteración o supresión del cuerpo del delito por la amenaza seria y grave que hubiera recibido el sujeto de parte de alguien que tomara intervención en el hecho o de un tercero que quisiera colaborar con ellos.

Como ya se afirmó el error que recaiga sobre la existencia de una causa de justificación o sobre el alcance de la prohibición merecerá su tratamiento a través del error de prohibición[92].

Por ejemplo, así como se sostuvo que ante la colisión de deberes que pesa sobre el médico de denunciar el delito de acción pública de que tuviera conocimiento (deber de actuar) se opone la obligación que tiene de mayor valor de resguardar el secreto profesional (deber de omitir)[93], mal podría invocarse que esto lo autorizara o justificara a llevar a cabo conductas de favorecimiento real (destrucción, alteración, supresión de pruebas). En todo caso podríamos estar en presencia de

[90] CNCrim., sala III, 3-9-91, "Villanueva, David", c. 29.252.

[91] Se vuelve a reafirmar esto basándonos en la posición que la conducta de receptación tipificada en el art. 278 no se satisface en su aspecto subjetivo con la culpa. Es necesario que medie dolo eventual, como ya se verá.

[92] Nos remitimos a lo expresado en la nota 31.

[93] Sobre el alcance de tales obligaciones y la preponderancia de un deber sobre el otro nos remitimos a la nota 29.

un error de prohibición concreto e indirecto (el autor sabe de la existencia de la norma, pero supone que su accionar está permitido)[94].

5. *Consumación y tentativa*

Según Creus, se trataba en la redacción anterior de un delito de mera actividad, un delito formal que se consuma con la conducta del autor que implica procurar los resultado enunciados, aunque no se logren[95], motivo por el cual para este autor no se admite la tentativa.

Millán por su parte, afirma que la ejecución del acto puede fraccionarse, y en consecuencia se admite la tentativa[96].

A diferencia de lo que sostiene parte de la doctrina nacional, entendemos que se trata de un delito de resultado. Y la afirmación surge de la comparación entre los dos textos legales. Se trata ahora de ocultar, alterar o hacer desaparecer rastros, pruebas o instrumentos del delito. De esta manera se ha convertido este inciso b, en un tipo de resultado, ya que la acción tiene que haber llegado a un fin, de modo que las conductas anteriores a ese resultado o son tentadas, debido a que hubo comienzo de ejecución, o son actos preparatorios. Esta opinión era, aun con en el texto anterior, viable, de modo que habíamos sostenido la admisibilidad de la tentativa, dado que es posible imaginar hipótesis en que la acción se escinde, y se extiende por cierto espacio de tiempo[97].

La pregunta es si el legislador quiso transformar este delito en uno de resultado. Aunque la cuestión es casi sin importancia, porque frente a las intenciones prima el texto legal, nos parece que estas reformas siguen siendo inconvenientes, ya que el objeto de la ley era otro y se aprovechó tangencialmente la oportunidad para modificar el encubrimiento, produciéndose este tipo de problemas.

Siendo así, en este punto, no hay duda de que se trata de una ley más benigna, que debe ser aplicada de oficio, por lo menos en este punto.

[94] DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, vol. 2, *Imputación delictiva*, ob. cit., p. 285 en la que pueden ampliarse estos conceptos.

[95] CREUS, ob. cit., ps. 356/7.

[96] MILLÁN, ob. cit., p. 147.

[97] Como ya se dijera esta es la opinión que se sigue en DONNA, *La tentativa* cit., p. 57, con cita de Gössell.

### 6. *Autoría*

El tipo penal tiene una estructura peculiar ya que asimila supuestos de participación a la autoría directa o inmediata de la acción, en los casos de la segunda parte del inciso, cuestión ésta que no ofrece mayores problemas, dada la autonomía del delito, y más allá de la opinión de algunos autores que sostienen que se deroga la estructura prevista por los artículos 45 y 46 del ordenamiento de fondo. Como dice Creus, quien presta una ayuda para procurar obtener cualquiera de los resultados previstos en el tipo es considerado como autor. Es decir, que para esta opinión resulta autor del delito quien ejecuta la acción "el que procura" (en la versión anterior de la ley), como aquel que presta un auxilio o cooperación para "ayudar a procurar".

Sin embargo, con la actual redacción sólo es autor el que oculte, altere o haga desaparecer. En este punto rigen las reglas generales.

En cambio en la segunda parte del inciso, será autor el que ayudare al autor o cómplice a realizar aquellas acciones. Sin embargo, la cuestión no cambia demasiado, ya que el autor del hecho anterior, en este caso, es impune del delito de encubrimiento, mientras que el verdadero autor del encubrimiento será quien realice las acciones antes mencionadas. El único problema que se puede suscitar, y en este caso sería una excepción al concepto de autor, es que el encubridor no tenga el dominio del hecho y lo siga teniendo el autor del hecho precedente.

En cuanto a la autoría como tal, no se requieren características especiales en el autor a semejanza de lo expuesto en el caso del favorecimiento personal.

## VII. Receptación

Artículo 277, inciso 3° (texto anterior) "Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que sabía provenientes de un delito, o interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento, con fin de lucro. Si el autor hiciere de ello una actividad habitual la pena se elevará al doble".

Artículo 277, inciso 1° c (según ley 25.246): "Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito".

También en este caso se ha desdoblado el artículo, pasando la última parte a integrar el inciso e, del artículo 277.1. Al mismo tiempo, la habitualidad se ha llevado como agravante genérica al artículo 277.2.c.

1. *Generalidades*

Anterior a la presente reforma, la receptación se encontraba regulada en dos artículos del Código Penal, el 277, inciso 3° y el 278, cuya diferenciación entre ambos tipos penales era que en artículo 277, inciso 3°, se tipificaba el delito de receptación que exigía dolo directo, en tanto que en el artículo 278, se exigía dolo eventual.

Con el actual artículo 277, hay un solo tipo de receptación, que a nuestro juicio se trata de un delito doloso, que requiere el dolo directo. Más que nada pareciera que al legislador le ha faltado imaginación en este punto; ya podría haber hecho la reforma sin modificar el tema de la receptación y, luego utilizar un bis o directamente 278-1 a los efectos de legislar el problema del lavado del dinero. En lugar de ello, directamente eliminó la receptación con dolo eventual y dejó el artículo 277 para el encubrimiento, que podríamos llamar clásico.

Esto plantea algunos problemas básicos. Todo aquel que haya sido condenado por el antiguo artículo 278 podría, ahora, intentar el recurso de revisión, dado que el tipo penal ha desaparecido como tal, en virtud de la ley posterior, por lo cual ésta es ley más benigna (art. 2°, Cód. Pen.).

Ya dentro del tipo penal, debemos afirmar que todo lo antes afirmado, con respecto a la parte general del delito de encubrimiento, se aplica a este inciso.

La doctrina ha sostenido que además del bien jurídico administración de justicia, también puede estar afectado, en este caso, el bien jurídico propiedad, motivo por el cual se podría permitir al querellante particular ingresar al proceso penal[98], aunque debe tenerse en cuenta que no se trata del bien jurídico principal, sino que por lo menos en nuestra legislación el derecho de propiedad es indirectamente el afectado por el delito.

[98] MILLÁN, ob. cit., p. 153; SOLER, ob. cit., p. 348.

La formula empleada en la ley modifica la del artículo 278, del decreto-ley 21.338, derogado por ley 23.077, que anteriormente había sido copiada y sacándose la palabra "que sabía", lo que resulta a nuestro juicio irrelevante y además confuso. Porque o sabía que la cosa provenía de un delito o no lo sabía, en cuyo caso no hay posibilidad que se tipifique el delito de encubrimiento, por existir error.

También se eliminó el fin de lucro en este inciso, pasando a ser una agravante del delito de encubrimiento en el artículo 277.2.b.

La última parte del articulo anterior, pasa al inciso 2.c., pero como una agravante.

## 2. *Tipo objetivo*

Las acciones típicas taxativamente descriptas consisten en adquirir, recibir, ocultar dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.

La actual formulación se apartó del Código de 1921, que había regulado el encubrimiento por favorecimiento real y que castigaba el "guardar, esconder, comprar, vender o recibir en prenda o en cambio los efectos substraídos". Así había ocurrido que interpretando el alcance de la prohibición se hubiera podido afirmar que el artículo 277, inciso 3°, exigía que el autor guardara, escondiera, comprara, vendiera o recibiera en prenda o en cambio la cosa sustraída. Dichas acciones eran taxativas y, por lo tanto, no caían dentro de este inciso la acción de tomar la cosa a efectos de ser usada momentáneamente. En lo sustancial el Código en la última versión había seguido al proyecto Soler, que intentó superar el problema planteado. En la versión actual, se dejan de lado el ánimo de lucro, como nota distintiva del tipo penal, que pasa a ser una agravante genérica.

Por adquisición se entiende obtener el objeto en carácter de propietario, con la voluntad de ejercer sobre él un derecho real, y no se limita sólo a la compra, sino que se admiten otros modos, como la permuta, la donación y las distintas formas de obtener dinero, cosas o efectos reguladas por el ordenamiento jurídico en general[99].

[99] CREUS, ob. cit., p. 458.

No resulta necesario que la misma sea a título oneroso, dado que no debe confundirse el ánimo de lucro (que como especial elemento subjetivo distinto del dolo será posteriormente analizado) con la adquisición misma[100].

Resulta indistinto que la adquisición sea válida, nula o anulable, ya que lo que importa es que quien recepta la cosa se comporte como si fuera el dueño. Por eso si la adquisición es simulada no será la cosa adquirida, sino que se la considerara que ha sido recibida.

Por recibir se entienden varias conductas, como las de tomar, percibir, admitir, aceptar y guardar ente otras, con lo cual la amplitud del verbo utilizado es compresivo de varias acciones. El legislador intenta, por esta vía, evitar las llamadas lagunas de punibilidad que, por otra parte es el único autorizado a hacerlo y no la jurisprudencia, como a veces se ha hecho notar.

Se ha sostenido que en esta conducta entran todas las modalidades que no impliquen tomar la cosa a titulo de propiedad o derecho real[101].

La recepción, en principio, se relaciona con la falta de precio, con la gratuidad de la entrega, más aún ahora que no se exige el ánimo de lucro, que antes estaba como elemento del tipo.

Por ocultar debe entenderse el esconder la cosa, no siendo necesario su desplazamiento, bastando la disimulación para que no sea encontrada[102].

Entre las modalidades comisivas se incluye la intermediación, en que se recibe la cosa para entregarla al adquirente, otro receptor u ocultador. En estos supuestos es evidente que el delito se dará si se dan los demás requisitos del tipo.

Estamos dentro de lo que se llama el intermediario que puede ser de hecho o jurídico. La intermediación de hecho es aquella donde se recibe la cosa para entregarla al adquirente, receptor u ocultador. La intermediación jurídica, en cambio, es aquella en que el agente realiza un convenio en nombre de otro. Con esta tipificación, afirma Millán,

[100] Ya en este sentido formulaba esta advertencia MILLÁN, ob. cit., p. 157.
[101] CREUS, ob. cit., p. 548.
[102] Ídem nota anterior.

se impide que el receptador se oculte bajo la máscara de un comitente imaginario[103].

El accionar descripto debe recaer sobre dinero, cosas o efectos. Con respecto al dinero, estos conceptos no ofrecen mayores dificultades y basta con recurrir al ordenamiento jurídico en general para encontrar su adecuada significación. En cuanto a las cosas, hay que remitirse al concepto dado por el Código Civil argentino, en el artículo 2311, esto es, objetos materiales susceptibles de tener un valor. Creus, siguiendo en esto a Núñez, sostiene que solamente el artículo se refiere a las cosas muebles, ya que los bienes inmuebles no pueden ser recibidos ni ocultados, y si bien pueden ser adquiridos, no es éste un medio que entorpezca la búsqueda y su individualización[104].

En sentido contrario, Millán basado en el texto anterior incluía los bienes inmuebles. La nueva redacción, al hablar de cosas o efectos, y no de bienes, pareciera haber terminado con la discusión, de modo que debe entenderse que se incluyen solamente las cosas muebles. Dentro de estos bienes la doctrina mayoritaria exige que sean objetos materiales[105]. Cuando la norma se refiere a efectos, debe entenderse a bienes muebles de cualquier naturaleza, incluyendo los valores mercantiles y los documentos de crédito público[106].

La taxatividad con la que se enuncian las conductas aprehendidas, ha llevado a la jurisprudencia, en aras de un adecuado respeto al principio de legalidad, a decir que: "No configura la conducta típica contenida en el artículo 277, inciso 3° del Código Penal, el haber consumido la mercadería sustraída, obtenida de manos del autor material, porque aquélla no le fue entregada para ser guardada sino para consumo[107]. También que: "Las acciones punibles por el inciso 3° del artículo 277 del Código Penal son taxativas y, por lo tanto, no encuadran en él acciones como las de aceptar como regalo efectos sustraídos, o simplemente proporcionados por el autor de la sustracción, o usados mo-

[103] MILLÁN, ob. cit., p. 170.

[104] CREUS, ob. cit., p. 550.

[105] CREUS, ob. cit., p. 350. En contra, MILLÁN, ob. cit., p. 162.

[106] NÚÑEZ, ob. cit., p. 184

[107] Cám. Acus. A. I. N° 183. 29-10-76, "Guevara de Murúa, Mirtha", Secretaría N° 2.

mentáneamente por el agente, que es lo que ocurrió en el caso de autos, por cuyo motivo corresponde absolver al acusado por el delito de encubrimiento, por ausencia del aspecto objetivo, al no presentarse la acción típica de guardar..."[108]

También se afirmó "No habiéndose probado que el acusado tuviera el automóvil sustraído por otra circunstancia que no fuera el préstamo que alega, no puede atribuírsele responsabilidad en orden al delito de encubrimiento"[109]. Y más recientemente que: "La mera tenencia momentánea de un vehículo robado, por préstamo del tenedor para su manejo en compañía de aquél no configura el 'recibir' la cosa que exigen los tipos de los artículos 277, inciso 3° y 278 del Código Penal, en tanto es necesario que el autor tenga la cosa 'para' sustraerla de la justicia"[110].

La exigencia del artículo 277 de que el dinero, las cosas o los efectos deben provenir de un delito ha suscitado diversas interpretaciones. Para Millán se comprende no sólo la cosa generada por el delito, sino también los instrumentos utilizados para cometerlo. Dos son los argumentos que emplea este autor: el primero, que el bien jurídico administración de justicia también se lesiona cuando se trata de la receptación de los instrumentos que se utilizaron para cometerlo, y, en segundo lugar, que la ley no habla, como lo hacían otras anteriores de los efectos sustraídos, sino solo que provengan del delito[111]. Para Creus, en cambio, la receptación sólo abarca los objetos que provienen del delito ya que tiende a evitar que la autoridad localice las cosas y las recupere[112]. Y éste es un argumento más que lógico y coherente con el bien jurídico protegido y por ende en consonancia con la norma y el ámbito de protección que ella brinda.

Cuestión de importancia es si también se comprenden los objetos sustituidos, esto es, los que el tercero ha obtenido con el delito, como ser la cosa comprada con el dinero robado[113]. Para una parte de la

[108] CNCrim., sala VI, 7-5-87, "Miño, Héctor", c. 14.306.
[109] CNCrim., sala VI, 30-9-87, "Cosman, Héctor", c. 15.082.
[110] CNCCorr., sala I, 28-11-97, "Petrelli Silva, Leonardo", L. L. del 26-10-98.
[111] MILLÁN, ob. cit., p. 163.
[112] CREUS, *Derecho Penal. Parte especial*, t. II, p. 357.
[113] CREUS, ob. cit., p. 550.

doctrina las cosas sustituidas no quedan comprendidas en la receptación sin perjuicio de que la conducta encuadre en el inciso 2° del artículo 277[114], opinión ésta que también es lógica de acuerdo a lo antes explicitado.

En cambio Millán afirma que lo único importante es la vinculación material existente con el delito y la mala fe de quien recibe la cosa[115], lo que significa una búsqueda para evitar posibles huecos de la ley, pero no cumplir con el principio de legalidad. Por eso vuelve a llevar razón Creus ya que la ley habla de cosas provenientes del delito, que hace notar una relación directa con el primer hecho. Esta opinión se ha reforzado con el nuevo artículo 278, en donde se habla expresamente de los bienes subrogados. De ésta manera, no son objeto de este delito, sino sólo del artículo 278 del Código Penal.

3. *Tipo subjetivo*

La doctrina ha entendido de manera unánime que se requiere dolo directo por parte del agente. Por lo tanto, el autor debe saber de una manera clara y precisa que el objeto proviene de un delito[116]. No es necesario que el autor conozca cuál es el delito, pero sí es necesario que no tenga dudas del origen de la cosa, de modo que no alcanza que el sujeto sepa que se trata de una operación ventajosa, pero que dude de la proveniencia o del motivo de esa ventaja.

Si bien se ha eliminado el fin de lucro, que era un elemento subjetivo del tipo, que ahora pasa a ser una agravante, no hay motivo alguno que lleve a sostener que es posible otra clase de dolo que no sea el directo o como dice Millán, conocimiento y finalidad se complementan y juntos conforman el aspecto psicológico de la receptación[117]. Así, se ha sostenido que el dolo exigido por el inciso 3° del artículo 277 se da sólo en los casos en que se pruebe el conocimiento del autor sobre el origen ilícito de la cosa, y su voluntad de ocultarlo, para de este modo anular o entorpecer la acción de la justicia[118].

[114] CREUS, ob. cit., p. 550.
[115] MILLÁN, ob. cit., p. 164.
[116] CCCorr., sala I, 7-7-89, "Yaberm, Jorge", c. 35.153.
[117] MILLÁN, ob. cit., p. 174.
[118] CCCorr., sala I, 29-3-90, "Fazzio, Marcelo", c. 36.869.

La jurisprudencia ha sostenido como se verá mas adelante esta posición en cuanto al dolo directo. Sin embargo, se pueden encontrar fallos que confunden el dolo eventual con la duda del autor en cuanto al origen del objeto, desvirtuando la estructura del tipo penal en cuestión. Así se ha sostenido que "El conocimiento del origen delictivo del objeto que ubica las cosas en la previsión del artículo 277, inciso 3° del Código Penal, se extrae de la circunstancia que el procesado no ha podido justificar la tenencia del automóvil robado, al brindar una explicación no sólo infundada sino totalmente inaceptable en función de la persona que la daba y su oficio. Aun en casos de dolo eventual, la conducta encuadra en lo descripto por la norma citada"[119].

En sentido contrario y en la posición defendida en el texto se ha dicho que "La receptación requiere el dolo directo que abarca la certeza acerca de la procedencia dolosa de la cosa adquirida. La duda y el 'deber saber' no equivalen a tal certeza. Se requiere positivamente el conocimiento del delito anterior, lo cual no puede ser sustituido por un debía saber, ni mucho menos por un sistema de presunciones derivadas de la mera tenencia de objetos provenientes de un delito. El delito en cuestión no requiere dolo eventual sino dolo directo traducido en el conocimiento positivo del origen delictuoso de los efectos, conocimiento éste que no impide cumplimentar voluntaria y conscientemente los actos que configuran el encubrimiento del inciso 3° del artículo 277 del Código Penal pero si bien la ley exige el dolo directo (certeza acerca del origen delictuoso y no mera presunción) nada impide inferir tal estado subjetivo de elementos probatorios de todo tipo, aun indiciarios o presunciones"[120]. Y también que: "El encubrimiento descripto por el inciso 3° del artículo 277 del Código Penal solamente admite el dolo directo en razón de los elementos subjetivos que operan en el tipo, que está dominado por ellos, debiendo el autor saber que lo que compra proviene de un delito, con certeza de su origen ilícito y con la finalidad de lograr una ventaja económica"[121]. Coligiendo la existencia del dolo directo de las pruebas reunidas en la causa se ha

[119] CNCrim., sala III, 11-10-90, "Aita, Horacio A." c. 27.551.
[120] CAcus. A. I. N° 189. 15/10/73, c. "Raparo, Mario Eduardo", Secretaría N° 1.
[121] CNCrim., sala VII, 16-6-92, "Inofre, Eduardo A. y Punti, Mirta L.", c. 17.307.

dicho que: "La conducta desplegada por el nombrado al ser detenido, como la circunstancia de que circulara con el automóvil sin documentación alguna, refleja a las claras que el procesado tuvo conocimiento pleno e inequívoco del origen ilícito del rodado, con lo que queda acreditado su obrar doloso, que no se asienta en el llamado dolo eventual sino de manera exclusiva en el directo, debiendo quedar su conducta encuadrada en las previsiones del artículo 277, inciso 3° del Código Penal en su actual redacción"[122]. Y también correctamente: "Configura el delito de encubrimiento –artículo 277, inciso 3° del Código Penal– el accionar del imputado que recibió de manos del coimputado un arma conociendo que la misma era de procedencia dolosa, entregándosela a un tercero en pago de un compromiso que tenía pendiente con anterioridad"[123]. El dolo abarcará entonces todos los componentes del tipo objetivo, que está integrado, como fuera varias veces afirmado, incluso por sus presupuestos: la existencia de un delito precedente y la ausencia de intervención en el mismo. Así y haciendo un adecuado manejo del principio de la duda que rige en materia procesal se mantiene que: "Por existir una duda razonable referente a si el procesado sabía con certeza la eventual procedencia ilegítima del bien que había adquirido debe absolvérselo del delito de encubrimiento (art. 277, inc. 3°, Cód. Pen.), que resulta aplicable al caso por ser más benigna que la vigente al tiempo del hecho –ley 21.338– y exige como requisito subjetivo, que el conocimiento de que el bien que se guarda, esconde, compra, vende o cambia, reviste origen espurio, sea cierto"[124]. Invirtiendo erróneamente la carga de la prueba por el contrario se sostuvo que: "La sospecha manifestada por el procesado acerca de la procedencia de los efectos y valores que guardaba en la habitación del hotel y que habían sido sustraídos a un tercero, es presunción con base en indicios que conlleva nítidamente el dolo requerido por la figura de encubrimiento (art. 277, inc. 3°, Cód. Pen.), superándose la mera duda"[125].

[122] CNCrim., sala V, 25-4-85, "Serial, C. A.", c. 17.957.
[123] CCCorr. de San Francisco, 10-7-97, "Romero, Luis", L. L. C. 1998-773.
[124] CNCrim., sala IV, 1-7-86, "Centurión O'Donnell, Blas", c. 31.443.
[125] CNCrim., sala III, 8-9-97, "Dutto, Eduardo", c. 22.069.

La doctrina extranjera ha seguido este mismo criterio, y éste es uno de los motivos por los que se han dictado normas referidas al lavado de dinero que dejan de lado este aspecto.

En España se ha exigido el dolo directo[126]. En Italia, una parte de la doctrina admite el dolo eventual[127]. Sin embargo, otro sector doctrinario y jurisprudencial afirma que la duda con respecto del origen delictivo de las cosas receptadas se debe considerar como ignorancia y, por lo tanto, sólo se admite el dolo directo[128].

En Alemania la cuestión es más discutida y, por ejemplo Schönke, Schröder y Stree, admiten el dolo eventual[129].

4. *Atribuibilidad*

En cuanto a los supuestos que excluyen la responsabilidad por el hecho, es difícil imaginar supuestos de coacción o estado de necesidad exculpante, tal como lo sostiene Millán, aunque no imposible, según el alcance que se le den a estas causales de exclusión de la atribuibilidad[130].

Sobre la capacidad de culpabilidad propiamente dicha la jurisprudencia ha sostenido que: "La circunstancia de que el procesado recuerde lo sucedido, no es razón suficiente para excluir la relevancia de una embriaguez, puesto que no se trata del supuesto de homicidio, en que no basta con que el sujeto se halle en un relativo estado de embriaguez, sino que en el encubrimiento es necesario que haya tenido un grado de consciencia que le permita evaluar el precio, la actitud del vendedor, el estado de las cosas, etcétera, lo que puede faltar con una embriaguez relativa"[131]. También debe analizarse la posible existencia de error de prohibición que se rige por las reglas generales antes explicitadas.

[126] BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., 1993, p. 488; BACIGALUPO, ob. cit., p. 281.

[127] Véase al respecto ANTOLISEI, ob. cit., p. 372.

[128] FIANDACA MUSCO, ob. cit., ps. 190 y ss.; BACIGALUPO, ob. cit., p. 282.

[129] SCHÖNKE, SCHRÖDER y STREE, *Strafgesetzbuch*, 24ª ed., Kommentar, & 259.

[130] Millán (ob. cit., p. 182) considera incompatible al propósito de lucro con la coacción.

[131] CNCrim., sala I, 6-9-90, "Peñalva", c. 37.427.

5. *Consumación y tentativa*

El delito se consuma con la realización de las acciones típicas, aunque cada una de ellas tiene sus características propias.

En el caso de la adquisición el delito se consuma cuando la cosa es entregada al adquirente, por el autor del delito anterior o por el tercero que interviene. En el caso del sujeto que recibe y en la ocultación, la conducta se consuma con el ocultamiento y con la recepción. Según Creus, son delitos instantáneos que pueden eventualmente tener el carácter de permanentes[132].

La tentativa es admisible, ya que se pueden dar casos de actos ejecutivos antes de la consumación. Así el Tribunal Superior de España ha dicho: "La consumación del delito de receptación se produce, según el criterio que ha ido imponiéndose, con el aprovechamiento que se logra desde el instante en que los objetos quedan a la disposición, o bajo la disponibilidad del adquirente, lo que equivale al aprovechamiento potencial, identificado por esa disponibilidad"[133].

La jurisprudencia de nuestro país ha sostenido: "El defecto de la prueba sobre el necesario delito anterior, que no puede presumirse en contra del acusado, nos pone frente a un hecho que, desde el punto de vista objetivo no sería delito, en tanto que desde el punto de vista subjetivo, el agente obró con el dolo requerido para concretar un tipo objetivo que creyó existente. Con otras palabras, nos coloca ante la hipótesis de delito imposible por falta de idoneidad en el objeto, el cual, por aplicación del beneficio de la duda, resultó como carente de origen espurio. En la especie, si bien el acusado desenvolvió, hasta agotar todas las acciones tendientes a materializar el tipo objetivo del encubrimiento, no lo logró porque la cosa carecía del presupuesto delictuoso que la transformaba en idónea. Intentó realizar un delito irrealizable y que, por tanto, no podía concretarse. Se da en autos un caso liminar entre inidoneidad del objeto y mera imposibilidad de puro hecho –que no se estructuró por deficiencias probatorias– y que Núñez considera punible según el artículo 44, 4° párrafo del Código Penal. Corresponde al juez desentrañar, en estas situaciones, a las que

[132] MILLÁN, ob. cit., p. 178; CREUS, ob. cit., p. 551.
[133] Sentencia del Tribunal Supremo de España del 15-7-91.

buena parte de la doctrina asigna delictuosidad no obstante la falta de tipicidad, si, en el caso concreto, la conducta enjuiciada pudo implicar algún riesgo para el bien jurídico. Queda, en autos, una gran duda de que tal peligro haya existido, puesto que la aplicación del principio *in dubio pro reo* con relación al contrabando, y las comprobaciones de que el vehículo no reconocía reclamos por parte de los organismos de control social, no permiten descartar la hipótesis de que el supuesto delito anterior haya sido inexistente y simulado por el vendedor, para hacer creer al comprador que adquiría una cosa óptima, pero abaratada por su origen ilegal, supuesto en el cual debe descartarse la posibilidad de un encubrimiento"[134].

En España siguiendo el criterio enunciado esta vez se consideró punible la tentativa de delito imposible al sostenerse "En el supuesto de autos, la policía, previamente alertada y preparada por quien había sido el autor de la sustracción principal o primera, sorprendió al procesado –que no había tomado parte en el robo– en el momento en que se proponía introducir una maleta, llena de efectos sin valor, en su coche, maleta que él creía con los efectos del robo y que había recogido previamente del lugar en el que sabía se encontraba y al que acudía por acuerdo con el autor de la sustracción, cuya delación a la policía desconocía, y tales hechos llevan necesariamente a la conclusión condenatoria por un delito de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación en grado de tentativa, sentada por la sentencia de instancia, con la aplicación del artículo 52.2 del Código Penal, que recoge la figura de la tentativa imposible; en la actuación del procesado se dieron todos los requisitos en cuanto a la existencia de la receptación, que no pudo consumarse porque lo que iba a ser objeto penal se había hecho desaparecer. El procesado no se limitó a realizar esos simples actos preparatorios, sino que ejecutó y realizó pensadamente, y movido por el deseo de aprovechamiento, todos y cada uno de los que integran el delito, si bien la inexistencia del objeto propició la imposibilidad de la producción que se quería, agotamiento por consumación"[135].

[134] CNCrim., sala I, 6-9-90, "Peñalva, Ariel", c. 37.427.

[135] Sentencia del Tribunal Supremo del 28-11-90, citada por MORA ALARCÓN, ob. cit., p. 478.

Y precisando el momento de la consumación distinguiéndolo del agotamiento el Tribunal Supremo de España ha sostenido: "El delito de receptación, el elemento del tipo constituido por el aprovechamiento de los objetos de ilícita procedencia o de un delito precedente contra los bienes no supone disposición de los mismos o realización de ellos como contravalor, sino simplemente la existencia de una disponibilidad potencial; lo contrario sería confundir la fase, penalmente irrelevante, de agotamiento con la de consumación a que se refiere el artículo 49 del Código Penal; el delito se consuma con el recibir, y este acto produce la existencia del tipo sin precisión alguna de conductas posteriores salvo que se acredite existente la propia del encubrimiento"[136].

## 6. *Concursos*

La jurisprudencia ha analizado también los posibles concursos que pueden darse con el delito de encubrimiento. Así: "El delito de encubrimiento por receptación en cualquiera de las dos formas (art. 277, inc. 3° y 278 del Cód. Pen.) se consuma con la compra de aquello que proviene de un delito, aunque la adquisición tenga que estar presidida por el ánimo de lucro, por lo que, la posterior venta a un tercero implica otro hecho, pese a que con él se obtenga el lucro, ya que una cosa es el obrar con tal ánimo y otra es obtener el beneficio económico. Quien adquiere una cosa debiendo sospechar su procedencia ilícita y luego la vende, comete el delito de encubrimiento en concurso material con estelionato[137].

"La compra de un cheque en blanco a un tercero configura el delito de encubrimiento como lo prevé el inciso 3° del artículo 277 del Código Penal que queda configurado en el mismo momento de la compra, por lo cual un ulterior delito que con él se cometa no puede sino concurrir materialmente con aquel encubrimiento real"[138].

[136] Sent. del 15-7-91.

[137] Arts. 55, 278 y 173, inc. 3° del Cód. Pen. CNCrim., sala VII, 16-6-92, "Inofre, Eduardo A. y Punti, Mirta L.", c. 17.307.

[138] CNCrim., sala I, 16-3-90, "Herrera, Gerardo", c. 36.609.

### 7. *Autoría*

Siguiendo las características generales de este capítulo, autor puede ser cualquier persona en la medida en que no haya participado en el delito precedente.

## VIII. Favorecimiento personal a través de la omisión de denuncia

El texto anterior, 277, inciso 1° decía: "Omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo".

El texto actual 277, inciso 1.d, dice: "No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución de un delito de esa índole".

### 1. *Generalidades*

Como se podrá ver la reforma es sustancial, ya que se castiga sólo al autor especial, esto es, a quien esté obligado a promover la persecución de un delito. El problema que se suscita ahora, es con el artículo 274, que dice que el funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable. Si bien por principio de especialidad y por la pena, deberá aplicarse el presente inciso del artículo 277 del Código Penal, pareciera ser que esta vez el legislador no ha se ha enterado del contenido del resto del Código Penal, de modo de poder legislar de una manera coherente y sin contradicciones.

### 2. *La anterior doctrina sobre el tema*

El propio texto aclaraba que se encontrarían reunidos los aspectos del tipo objetivo cuando el sujeto omitiera la denuncia del hecho estando obligado a hacerlo. Es decir jurídicamente debía encontrarse obligado a denunciar. Se trataba de aquellas personas que, conforme a la ley, se les impone el deber de denunciar, verbigracia los funcionarios públicos que por la legislación procesal se encuentran obligados

a denunciar todo delito de acción pública del que tomen conocimiento en ejercicio de sus funciones.

Se requería la real existencia del delito anterior y que el agente tuviera efectivo conocimiento de que se había cometido el delito, y además, de que se tratara de un delito de acción pública, de manera que quedaban excluidos los delitos de acción publica, pero de instancia privada y los de acción privada[139].

Existía en la doctrina argentina una discusión semántica entre si denunciar es lo mismo que comunicar. Para un grupo de autores denunciar equivale a poner en conocimiento del hecho a una autoridad competente[140]. En cambio, Fontán Balestra afirmaba que basta con la denuncia ante una autoridad incompetente[141].

También la jurisprudencia había dicho lo suyo: "Incurre en los delitos previstos por los artículos 277 y 274 del Código Penal, en concurso real, el procesado, suboficial de la Policía Federal, que convencido de que el automotor había resultado objeto de un delito, lo ocultó, removiéndolo hacia un sitio distante del que se hallaba en las inmediaciones del lugar de su aparcamiento; omitiendo, a su vez, el deber funcional que le imponía su estado policial de haber adoptado una conducta positiva enderezada a esclarecer el hecho e individualizar y aprehender a su autor"[142].

Y en esta misma orientación que: "Configura el delito de encubrimiento por omisión de denuncia (art. 277, inc. 1° *in fine* del Código Penal) la acción del policía, que encontrándose de franco, toma conocimiento de un hecho ilícito al haberle facilitado un compañero un vehículo proveniente de una sustracción, no cumpliendo con su obligación de denunciar impuesta por el artículo 164 del CPMP. Los términos del artículo 164 del CPMP 'en ejercicio de sus funciones' no deben ser interpretado restrictivamente, excluyéndose de la obligación de denunciar a los funcionarios públicos durante los períodos de licencia o francos de servicio, ya que tal obligación es inherente al cargo público, resultando inseparable por su naturaleza"[143].

[139] MILLÁN, ob. cit., ps. 111 y 113.
[140] CREUS, ob. cit., p. 540.
[141] FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 461.
[142] CNCrim., sala VII 12-7-90, "García, Alfredo R.", causa 13.400.
[143] CNCrim., sala VI, 7-5-91, "Bazán, C. A.", causa 21.046.

Se había discutido, además, si el tipo penal exigía, además, que la denuncia fuera tempestiva. Es decir, si el retardo en formular la denuncia, transforma a la demora en injustificable y por esto constitutiva de la acción típica[144]. En todo caso la denuncia tardía podría dar ocasión a una falta administrativa, pero nunca a asimilar el retardo con la omisión[145], aunque podía ser discutido, ya que se podía sostener que la demora injustificada podría dar lugar a la omisión de denunciar.

La acción típica estaba estructurada sobre una omisión, esto es, un dejar de hacer estando obligado a ello, es decir, que por encima del tipo penal se encontraba una norma imperativa que estaba ordenando llevar a cabo dicha conducta "denunciar un delito cuando se está obligado por ley a hacerlo"[146].

De esta disposición surge que el sujeto activo del delito puede serlo aquel que tiene la obligación legal de hacer la denuncia. No hay duda de que esta obligación surge de la profesión o empleo del agente, pero en este caso hay que vincular la relación funcional entre el delito y el sujeto activo[147].

Quedaba en claro que una cosa es quien tiene deber de denunciar y otra quien tiene el deber de promover o realizar las investigaciones correspondientes[148].

[144] En esta posición se enrola MANZINI en su *Tratado*, t. 10, ps. 17/18, citado por MILLÁN.

[145] Para salvar las objeciones a esta posición Millán sostiene que se trataría de un supuesto de comisión por omisión. Afirma que en definitiva al no denunciar se persigue ayudar. Sin embargo esta posición resulta contradictoria con lo que él mismo expresa en cuanto a que no admite la comisión por omisión en el favorecimiento personal a través de ayuda.

[146] El actual art. 177 del CPPN, a tono con la orientación que se sigue en el texto establece: "Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en ejercicio de sus funciones. 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional".

[147] MILLÁN, ob. cit., p. 115.

[148] CREUS, ob. cit., p. 544.

3. *El texto actual. Tipo objetivo. Problemas de autoría*

Al especializar al autor y determinar que sólo podrán ser autores aquellos que estuvieren obligados a promover la persecución penal de un delito de esa índole, la ley deja sólo, a nuestro juicio, tres posibles personas: el fiscal, en los casos de sistemas acusatorios o semiacusatorios como el Código Procesal de la Nación, a las fuerzas policiales y a los jueces; más aún, en los casos de sistemas inquisitivos. De modo que se puede sostener que el tipo penal transforma este inciso en un delito especial propio y que el obligado solamente es un funcionario público competente para la persecución y represión de los delitos.

Autor de este delito, en síntesis, puede serlo tanto los funcionarios que integran las fuerzas de seguridad (policía, gendarmería, policía aeronáutica), como los funcionarios públicos que integran el Ministerio Público Fiscal, como así también los jueces que deban actuar de oficio[149].

No es posible interpretar el inciso haciendo referencia al artículo 20 de la ley 25.246, en cuanto habla de las personas obligadas a informar, detalladas en 18 incisos; dicha obligación sólo tiene que ver con el orden administrativo y eventualmente con el régimen penal administrativo, pero no con el Derecho Penal de fondo, en donde se especializa el tipo penal de la manera antes dicha.

4. *Tipo subjetivo*

El autor debe saber que está obligado a promover la persecución penal del delito y negarse a realizarlo. No se requiere ningún propósito distinto al dolo, ya que basta con el real conocimiento de la existencia del delito por motivos funcionales y la omisión de denunciar[150].

5. *Consumación*

En cuanto a la forma negativa, el delito se consuma cuando el retardo en la formulación de la denuncia adquiera carácter de injus-

[149] NÚÑEZ, ob. cit., t. V, p. 159; CREUS, *Derecho*... cit., t. II, § 2173; LAJE ANAYA, *Comentarios*... cit., t. III, p. 180.

[150] MILLÁN, ob. cit., p. 120; CCCorr., *Fallos*, t. V, p. 181. L. L. 41-599; 68-226; J. A. 1952-IV-161.

tificado, pero con el deliberado propósito de omitir la denuncia[151] En este caso la cuestión es más sencilla que en el texto anterior, ya que los códigos procesales tienen plazos para la formulación de la denuncia o del requerimiento fiscal. De todas formas, hay que tener presente que se trata de un delito doloso, de manera que la negligencia, aun en el ejercicio de las funciones, tendrían otra sanción, pero no ésta.

### 6. *Autoría*

La autoría, en cuanto al favorecimiento por omisión de denuncia, reúne características especiales, dado que sólo puede ser autor el sujeto obligado por la ley a promover el delito de acción pública del que tomara conocimiento. A este respecto conviene recordar que como se afirmara "en los delitos especiales en sentido estricto, es decir, aquellos en los cuales el círculo de autores está determinado por ley, en virtud de que la conducta conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico, la autoría del *extraneus* es imposible en cualquier forma, mientras que su participación es posible en tanto el autor sea el sujeto calificado por la ley"[152].

## IX. La ayuda a asegurar el producto o provecho del delito

El texto anterior decía: 277, inciso 2°, última parte: "o a asegurar el producto o el provecho del mismo".

El texto actual 277.1.e: "Asegurara o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito".

### 1. *Generalidades*

Las modificaciones no son sustanciales, salvo que se da un inciso propio a esta conducta y se habla de que la ayuda debe ser al autor del hecho antecedente.

[151] MILLÁN, ob. cit., ps. 114 y 115.
[152] DONNA, *La autoría y la participación criminal* cit., ps. 43 y ss.

2. *Tipo objetivo*

Se incluye la conducta de asegurar el producto o el provecho de ello, siempre que tenga por finalidad favorecer al autor o partícipe[153].

Lo que se procura asegurar es el producto o el provecho del ilícito, esto es, tanto lo obtenido directamente como lo que con ello se obtiene.

Entendemos por asegurar un actuar positivo del sujeto para afirmar la posibilidad de los autores o partícipes del delito anterior de quedarse en poder del objeto del delito, de mantenerlo, de disfrutarlo, de aprovecharse de éste. Se trata de acciones materiales tendientes a resguardar el producto del ilícito previo, para su utilización, conservación o en definitiva sacar provecho de ello.

## X. Las agravantes del delito de encubrimiento

El artículo 277.2, aumenta la pena al doble en el máximo y en mínimo en los siguientes casos:

1. *El inciso 2.a. Relación con el delito anterior especialmente grave*

Se califica el encubrimiento cuando "El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión".

La norma es novedosa en dos sentidos. El primero, porque vuelve al sistema de unir la pena del encubrimiento al delito anterior y, el segundo, porque establece una clasificación que no estaba en la sistemática del Código Penal, en cuanto divide a los delitos en graves y menos graves.

En cuanto al primer punto, el sistema que emplea la ley es el que, como se ha visto, traía el Código Tejedor. En efecto en el artículo 61 afirmaba que "es auxiliador y se castigará como tal, todo el que después de consumarse una infracción, favorezca al autor por acciones u omisiones culpables que tengan relación con la infracción consumada, sin haber prometido esta ayuda antes de la ejecución del hecho. E imponía, en el artículo 62, una pena similar a la de los cómplices de segundo grado. Aunque en la nota distinguía claramente al cómplice del encubridor.

[153] CREUS, ob. cit., p. 561; FONTÁN, ob. cit., p. 159; MILLÁN, ob. cit., p. 145.

De esta manera, el legislador ha creído conveniente, por razones de política criminal, aumentar la pena del encubrimiento, que tiene como efecto mediato y en el orden procesal, llevar las causas, en la justicia nacional al ámbito de la justicia de instrucción, los casos que el delito principal tenga una sanción mayor de tres años.

La consecuencia inmediata, es que se reserva el encubrimiento simple por decirlo de alguna manera, para pocos delitos, de los que normalmente se descubren y se llevan a proceso. Para dar una idea aproximada, de los delitos contra la propiedad, el encubrimiento se aplicará, en su tipo básico, solamente en el caso del hurto simple (art. 162), las defraudaciones menores del artículo 175, el llamado quebrado culpable (art. 177), el caso de connivencia entre acreedor y deudor del artículo 180, la usurpación de los artículos 181 y 182 y el daño simple (art. 183). En los demás casos de hurto agravado y robo de cualquier tipo y clase, el encubrimiento será agravado. Está por demás clara la tendencia del legislador, que ha razonado de manera ingenua, creyendo que este aumento de las penas, tendrá como efecto mágico el que se cometan menos delitos, especialmente contra la propiedad, que de eso se trata al fin.

En cuanto al segundo punto, sin consulta y basándose en la forma en que la justicia nacional ha organizado la justicia, y quizás para aliviar el problema de la justicia correccional, se ha hecho una división en delitos graves y no graves. Correspondía esto, si se intentaba hacer algo serio, tratarlo en la parte general y darle consecuencias generales. No sólo no se hizo, sino que a los efectos de solucionar un problema (?) ha creado otros, que se pueden ver en la práctica. Como estamos acostumbrados a este tipo de cosas, ya no nos asombra, sólo nos duele.

## 2. *El inciso 2.b. El ánimo de lucro*

La ley agrava el encubrimiento cuando es hecho con ánimo de lucro. La diferencia con el anterior texto reside en que ahora, lo que antes era un elemento subjetivo del tipo básico, se convierte en una agravante genérica, con el aumento de pena respectivo.

El problema, en este texto, como en el anterior, reside en qué es lo que se considera ánimo de lucro. Lucro, han entendido algunos autores, es cualquier beneficio material apreciable económicamente,

que no necesariamente debe traducirse en dinero, ya sea por el valor de la cosa, como por el uso de ella o, en fin, por el valor de cambio[154]. Se ha sostenido normalmente por la jurisprudencia que el fin de lucro que se requiere en el encubrimiento, y ahora es aplicable a la agravante, consistía en cualquier beneficio material apreciable económicamente, siendo indiferente que consistiera en la adquisición o el simple uso de la cosa, en tanto ello le reportara un beneficio[155].

Pero debe tenerse en cuenta que la ventaja debe ser de carácter material, por lo tanto se descarta el beneficio moral o espiritual. Lleva razón entonces la jurisprudencia, cuando sostuvo que el tipo penal de encubrimiento, por receptación dolosa, está totalmente dominado por el aspecto subjetivo, es decir, el agente debe haber realizado la conducta con el fin de lucro, con ánimo de obtener una ventaja económica, por lo que no se configurará la agravante si dicho elemento no se encuentra probado[156].

En síntesis, el tipo subjetivo no se satisface sólo con el dolo directo, sino que, además, es necesaria la presencia de un especial elemento subjetivo, distinto del dolo, constituido por el ánimo de lucro.

Interpretando el alcance de este concepto la jurisprudencia ha sostenido que: "La conducta atribuida a uno de los procesados resulta atípica en orden a la norma del artículo 277, inciso 3° del Código Penal, dado que la entrega del dinero se concretó a título gratuito, por cuyo motivo, no corresponde analizar si el enjuiciado tuvo conciencia del origen ilícito del bien recibido"[157].

Además, de acuerdo a la ley 23.468 se ha sostenido que el ánimo de lucro se refiere exclusivamente al actuar del intermediario en la "adquisición, recepción u ocultamiento [...] La tenencia de un rodado y documentación sustraídos configura el delito de encubrimiento sin que tenga relevancia la ausencia del actual requisito del fin de lucro que se incorpora al inciso 3° del artículo 277 por conducto de la ley

[154] FONTÁN, ob. cit., p. 469; MILLÁN, ob. cit., p. 168; CREUS, ob. cit., p. 551.

[155] CCCorr., sala II, 4-2-91, "Borda, Alfredo", c. 38.033; CCCorr., sala I, 3-12-90, "Salguero, Sandro", c. 37.937; CCCFed., sala I, 5-4-94, "Cicero, J.", c. 23.955; CCCorr., sala III, 7-9-89, "Ponce, I. L.", c. 25.389.

[156] CCCorr., sala III, 3-9-91, "Villanueva, David", c. 29.252.

[157] CNCrim., sala VII, 30-4-87, "Galarza, Rufino", c. 7781.

23.468, porque la redacción de la nueva disposición legal y el lugar de inclusión del fin de lucro en la misma, da a entender que dicho elemento volitivo se exige en las hipótesis de intervención en la adquisición, recepción u ocultamiento, mas no en las primeras de adquirir, recibir u ocultar cosas o efectos que el agente sabía provenientes de un delito. Además, probado el uso del rodado y de la documentación de otro vehículo por parte del procesado, el fin de lucro resulta manifiesto y acreditado, pues aquél consiste en la obtención de la ventaja derivada del empleo de la cosa misma, por su valor intrínseco, siendo indiferente que consista en la adquisición de la propiedad o de la posesión estable de la cosa, o simplemente en el uso de aquélla"[158], y también que: "De acuerdo a la redacción actual del artículo 277, inciso 3° del Código Penal (ley 23.468) el elemento volitivo "fin de lucro", se requiere para los supuestos de intervención en la adquisición, recepción u ocultamiento, mas no en los primeros de adquirir, recibir u ocultar cosas o efectos que el agente sabía provenientes de un delito"[159].

"El ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo del delito de encubrimiento se traduce en la obtención de cualquier beneficio material apreciable, siendo indiferente que consista en la adquisición, o en el simple uso de la cosa, en tanto que de ello resulte el beneficio señalado"[160]. "El tipo penal de encubrimiento por receptación dolosa –artículo 277, inciso 3° del Código Penal– está totalmente dominado por el aspecto subjetivo, es decir que el agente debe haber realizado la conducta con fin de lucro, con ánimo de obtener una ventaja económica, por lo que no se configura si dicho elemento no se encuentra probado"[161].

Finalmente, y brindando una descripción de lo que debe entenderse por este elemento del tipo, se ha dicho que "El ánimo de lucro, tampoco se ha dado, teniendo en cuenta que aquél consiste en el propósito del agente de obtener ganancia o provecho material, que puede traducirse

[158] CNCrim., sala II, 5-5-87, "Sosa, Antonio", c. 32.438.
[159] CNCrim., sala II, 2-5-90, "García, Oscar", c. 37.435.
[160] CNCrim., sala I, 3-12-90, "Salguero, Sandro", c. 37.938.
[161] CNCrim., sala III, 3-9-91, "Villanueva, David", c. 29.252.

en dinero o su equivalente en cualquier clase de valores o beneficios. No se requiere que se obtenga el provecho, siendo suficiente con la finalidad perseguida"[162].

El ánimo de lucro se manifiesta de diversas formas, realizando la cosa recibida, percibiendo una retribución por la recepción, por el uso material, por el disfrute o aprovechamiento de la cosa. Sin embargo, no se admite una actitud pasiva, ya que ello no implica una adquisición[163].

En síntesis el ánimo de lucro, como especial elemento del tipo subjetivo en la agravante, se traduce en el propósito del agente de obtener cualquier tipo de ventaja patrimonial, apreciable económicamente[164], independientemente de que el propósito se consiga o no. Sin embargo, debe prestarse atención a este elemento, porque no se puede ampliar el tipo penal, si no se ha probado este extremo o el mismo se presupone, sin un elemento real que lo sustente.

### 3. *El inciso 2.c. Agravante por habitualidad*

El Código Penal establece en el último párrafo del artículo 277.2.c, que la pena se elevará al doble en el caso que el autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

El Tribunal Supremo de España ha definido la habitualidad como "la repetición de actos de la misma especie como hábito o costumbre. Habitualidad que debe ser fáctica, no presunta o jurídica, pues ésta lesionaría la presunción de inocencia"[165].

La habitualidad debe estar desprovista de toda connotación con el Derecho Penal de autor[166], ya que se trata de la comisión reiterada del delito de receptación con todos sus elementos[167].

[162] CNCrim., sala I, 19-10-99, "Sosa, Gustavo, interlocutorio".

[163] MILLÁN, ob. cit., p. 159.

[164] Naturalmente que este concepto tiene puntos de contacto con el ánimo de lucro exigido para el delito de corrupción que ya fuera expuesto en esta obra.

[165] Sent. del Tribunal Supremo del 20-3-91.

[166] DONNA, Edgardo A., *La peligrosidad en el Derecho Penal, Ensayos Jurídicos*, Astrea, 1978.

[167] MILLÁN, ob. cit., p. 183.

La habitualidad como agravante ya había sido contemplada en reformas anteriores y se había dicho en su momento, en el artículo 277, inciso 5°, que lo que se castigaba era la guarda habitual de delincuentes o la ocultación de armas o efectos. La habitualidad requiere, de acuerdo a la doctrina, no sólo la repetición de actos, sino, también, una cierta permanencia en la actividad específica, revelada por la continuación en ella como costumbre, como un obrar habitual, aunque no sea un modo de vida[168].

También la doctrina ha sostenido que la habitualidad es personal, y por ende no se comunica a los partícipes, dado que no se trata de un mayor injusto[169].

El sentido del agravamiento de la pena, ha sido visto por Soler, cuando explicaba que realizando el receptador de forma habitual esta actividad, aun sin promesa anterior expresa, favorece el accionar de los autores del delito precedente que saben que podrán contar con la posibilidad de reducción de los efectos sustraídos[170].

La jurisprudencia siguiendo este criterio ha expresado: "El agravamiento de la pena del encubrimiento por habitualidad, no exige la profesionalidad, puesto que ésta excede los recaudos del tipo penal y desvirtúa el sentido de éste, que sólo requiere el hábito de la actividad"[171].

La habitualidad como agravante sólo se puede admitir cuando se pruebe la reiteración de hechos del agente como encubridor. Esto exige la prueba fehaciente de esta actividad y no la presunción de ella. Si se trata con ligereza la habitualidad, se terminará imponiendo pena por un estado de la persona, por una presunción de su actividad, lo que torna a la norma en absolutamente inconstitucional. Por lo tanto se exige que exista condena anterior por similares hechos o que en el caso en cuestión sean varios los hechos por los cuales recae condena, esto es, un concurso real del artículo 55 del Código Penal.

[168] MILLÁN, ob. cit., ps. 183 y 184; CREUS, ob. cit., p. 554; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 470.

[169] MILLÁN, ob. cit., p. 485.

[170] SOLER, ob. cit., p. 350.

[171] CNCrim., sala VI, 31-7-91, "Monti, J.", c. 21.573.

### 4. *Las normas generales de las agravantes (inc. 2º, último parágrafo)*

"La agravación de la escala penal prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurriere más de una circunstancia calificante. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena".

En uno de los pocos aciertos de la ley, se sostiene que, aun cuando concurrieren varias agravantes, éstas operarán una vez, sin perjuicio de tener en cuenta a todas ellas, como un mayor injusto a los efectos de la pena. Y es un acierto, ya que da un criterio de medición de la pena, impidiendo agravar más de una vez la conducta por el encubrimiento, dando pautas más precisas a los artículos 40 y 41 del Código Penal, que han sido criticados por ser demasiados generales.

Sin esta norma, y habida cuenta de que en las agravantes la pena es elevada, terminaría el encubrimiento convirtiéndose en un delito más grave que el homicidio. De manera que en este punto la cuestión ha sido bien resuelta.

## XI. Exención de pena

El artículo 279 anterior afirmaba: "Están exentos de pena los que hubieren ejecutado un hecho de los previstos en los incisos 1° y 2° del artículo 277 a favor del cónyuge, de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, de un amigo íntimo o de una persona a la que debiesen especial gratitud.

"La exención de pena a que se refiere el párrafo anterior no se aplicará al que haya ayudado a asegurar el producto o el provecho del delito o al que haya obrado por precio".

El actual artículo 277.3, dice: "Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1,e y del inciso 2,b".

1. *Generalidades*

La reforma no ha innovado en este punto, de manera que los comentarios que se habían hecho al respecto en el anterior Código son de aplicación.

Sólo se modifica la expresión "que el autor haya actuado por ánimo de lucro", en lugar de que "haya obrado por precio".

2. *La llamada excusa absolutoria*

La doctrina nacional se enrola uniformemente en que estamos frente a una excusa absolutoria[172]. Como lo recuerda Borja Mapelli Caffarena[173], se trata de situaciones en que el legislador considera más útil tolerar el delito que castigarlo, aun conociendo que existe una infracción y que hay personas que pudieran responder. Es por esto que nada tienen que ver el presente instituto con las causas de justificación, ya que se está en presencia de un hecho punible (típico, antijurídico y atribuible a un sujeto) que el Estado por cuestiones de política criminal decide eximir de pena a su autor. Funcionan en una palabra como condicionantes de la punibilidad. En Alemania se las identifica como causales de anulación de la punibilidad o negativas de punibilidad[174].

Recuerda Scimé explicando el fundamento de tal decisión legislativa que los vínculos de sangre, de familia o los derivados de la amistad o nacidos de la gratitud han determinado constantemente que se exceptuara del deber de denunciar los delitos y de abstenerse de ayudar a los delincuentes. Es que sostener lo contrario, enfatiza el autor, sería tanto como contrariar las leyes de la naturaleza[175].

[172] Con suma maestría ya Carrara advertía que no se estaba en presencia de un estado de necesidad, ni de una coacción porque el mal amenazado no era ilegítimo, sino que jugaban en el caso consideraciones de tipo moral y política (ob. cit., § 2837).

[173] En su obra *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad* del Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica. Centro de Publicaciones de Madrid, 1990, ps. 110 y ss.

[174] En la concepción de Lenckner, Vor. 13, Anm 124, en Schönke y Schröder, en la que se diferencian de las causas de exclusión de la punibilidad que tienen que ver con obstáculos personales en relación a ciertas personas, vgr. Inmunidades diplomáticas.

[175] MILLÁN, ob. cit., p. 199.

La cuestión, más que una ley de la naturaleza, se trata de un problema de política criminal, en los cuales se pondera, por parte del legislador y teniendo en cuenta que la aplicación del Derecho Penal debe ser mínima y *ultima ratio* del sistema, que en estos casos no es necesaria la pena, ya que el autor, fuera de estas circunstancias, no actuaría en contra de la norma.

3. *Antecedentes legislativos*

Se encuentra una disposición similar en el artículo 61 del Código toscano: "El favorecimiento que haya sido prestado tan sólo para proteger la persona del delincuente, quedará impune al tratarse de cónyuges, de consanguíneos o afines de cualquier grado en línea recta, de consanguíneos o afines en línea colateral, inclusive hasta el cuarto grado civil, del padre y el hijo adoptivo y de pupilos y tutores".

Como lo aclara Soler[176] en nuestro Derecho, la disposición como la conocemos proviene del artículo 44 del Código Penal de 1887, sufriendo modificaciones en el proyecto de 1891, con las que se recepciona en el Código de 1921, tomando recién el texto actual a raíz del decreto-ley 17.567 que tenía su base en el proyecto que él mismo elaborara en 1960.

En su redacción original el Código de 1921, circunscribía la excusa a los casos de ocultación en lo que el auxilio no se prestara por precio o participando de los efectos, además la exención se hacía extensiva en el grado colateral sólo hasta los hermanos. La fórmula era por demás imprecisa y no incluía otros supuestos, como los de favorecimiento personal, real y de omisión de denuncia, siempre que no se hubiera ayudado a asegurar el producto o el provecho del delito o que se hubiese obrado por precio.

Por las distintas vicisitudes sufridas en nuestro país, de las que este artículo y de la figura del encubrimiento en general pueden dar cuenta, se sucedieron las leyes 20.509 que derogó al decreto-ley 17.567 volviendo a la redacción del Código de 1921. Posteriormente el decreto-ley 21.338, restableció la fórmula del proyecto Soler, hasta que la ley 23.077, instauró la redacción original.

[176] SOLER, ob. cit., p. 334.

La ley 23.468, del 31 de octubre de 1986 estableció una redacción que no difiere en lo sustancial del proyecto Soler analizado (art. 326). Finalmente, la ley 25.246 le da la versión por ahora definitiva, ya que este Capítulo parece ser uno de los predilectos de los legisladores para reformar.

## 4. *Análisis de la excusa absolutoria. El Derecho español*

Su similar en España (art. 454, Cód. Pen.) reza "están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1, del artículo 451"[177].

Fácil es de advertir que esta excusa absolutoria[178] queda únicamente reservada a aquellas conductas que atenten contra el servicio de justicia y no alcanza a las figuras de la receptación (es decir cuando exista un ánimo de lucro por parte de estas personas). Esta situación guarda su correspondencia con el último párrafo del artículo, en cuanto expresa que la exención de pena no se aplicará al que haya ayudado a asegurar el producto o el provecho del delito o al que haya obrado por precio, en las que el legislador presume el ánimo de lucro.

Esta distinción de situaciones, distintas formas que puede asumir el encubrimiento, nos convence de que resulta más adecuada la ubicación y formulación realizada en España, al distinguir claramente en base al bien jurídico protegido: 1) aquellas conductas en donde el bien jurídico afectado resulta la administración de justicia (supuestos de los incs. 1° y 2° de nuestro art. 277) denominadas encubrimiento en

[177] El artículo 451 establece una pena de prisión de seis meses a tres años, para el que con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes, y en el número 1 expresa "auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio".

[178] En este sentido, todos parecen estar de acuerdo en la doctrina nacional y española en cuanto a la naturaleza jurídica de esta eximente de pena.

aquel país (art. 451 del Cód. Pen. de España) a las que resulta aplicable entonces la excusa absolutoria que analizamos; 2) del actuar típico signado por la existencia de un ánimo de lucro, o interés patrimonial de parte del autor, en lo que claramente el bien jurídico protegido resulta ser la propiedad, comportamiento a los cuales no resulta aplicable la excusa absolutoria.

En cuanto a nuestro Derecho y a manera de síntesis la doctrina sostenía, en la versión anterior del Código, que la excusa absolutoria alcanzaba únicamente a los supuestos de favorecimiento personal o real y de omisión de denuncia siempre que no se diera el ánimo de lucro (art. 277, inc. 1° y 2° del Cód. Pen.)[179].

En la redacción actual sólo queda excluido el encubrimiento para asegurar o ayudar al autor o partícipe el producto o provecho del delito, lo que es lógico, porque sería otro encubrimiento y cuando el autor actuara con ánimo de lucro.

5. *Alcance de la eximente. Sujetos comprendidos*

Del análisis comparativo del alcance de las personas comprendidas en la enunciación resulta que la fórmula escogida en España resulta más adecuada a nuestros tiempos. Se asimila a cónyuge a la persona con quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad y no se establece limitación en cuanto al grado de parentesco, como sí lo hace nuestro Código (pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad).

Sin embargo en nuestro país resultan alcanzados por la eximente los amigos íntimos o las personas a las que se debiesen especial gratitud, las que no están incluidas en la redacción española. Pese a las dificultades probatorias que el alcance de la expresión puede generar, en relación con estas últimas personas, creemos de adecuada técnica legislativa su inclusión, porque no hace más que reconocer un dato de la realidad.

En síntesis, en cuanto al cónyuge se alcanza a la persona en tanto y en cuanto el matrimonio esté vigente, aunque fuera anulable. Cuando la ley habla de amigos íntimos, no hay duda de que entran los con-

[179] Esta es la posición entre otros de CREUS, ob. cit., p. 362.

cubinos y las relaciones sentimentales extramatrimoniales, cualquiera sea el sexo de las personas, y cuando se habla de personas a las que se debe especial gratitud, se alude a aquellas situaciones en que ha habido favores personales entre las partes[180].

Fruto de esta dificultad interpretativa que señaláramos resulta la jurisprudencia que escogimos en donde se oscila entre desconocer la condición de sujeto exento de punibilidad a la persona que no sea cónyuge legítimo, por un apego a la fórmula legal, como su inclusión a través de la formulación más amplia de la "amistad íntima"[181]. Así se ha sostenido: "La procedencia de la excusa absolutoria del artículo 279 del Código Penal, exige como condición necesaria, la previa acreditación del vínculo matrimonial, que deberá ser probado con el acta de celebración o su testimonio o, en caso de imposibilidad justificada, con otro medio de prueba pertinente"[182]. En sentido inverso que: "La relación entre concubinos encuadra en la amistad íntima del artículo 279 del Código Penal"[183].

Y, más genéricamente, que: "Si bien el accionar de la coprocesada al intentar hacer desaparecer el maletín con el estupefaciente, encuadraría en la figura del encubrimiento (art. 277, inc. 2° del Cód. Pen. versión ley 23.077), el texto de la ley 23.468, es más benigno, pues exime de pena si el autor fuere amigo íntimo de aquel a quien encubre, situación aplicable al caso de autos"[184].

La doctrina es categórica en admitir tanto el vínculo legítimo (en el que incluimos obviamente el que surge de la adopción) y el natural.

En línea ascendente incluiría hasta el tatarabuelo y en línea descendiente hasta el tataranieto. En la línea colateral el vínculo llega hasta los primos hermanos. En todos estos supuestos se trata del cuarto grado.

La afinidad que se extiende hasta el segundo grado abarca en el orden ascendente a los suegros y los abuelos del otro cónyuge y en

[180] CREUS, ob. cit., t. II, p. 362; FONTÁN, ob. cit., p. 475.
[181] Esta es la posición que asume SOLER en su *Tratado* cit., p. 334.
[182] CAcus., A. I. N° 40, 11-10-74, "Moyano, Carlos Antonio", Secretaría N° 1.
[183] CAcus., A. I. N° 183, 20-10-77, "Monje, Hilda Zulema y otro", Secretaría N° 1.
[184] CNCrim., sala VII, 31-7-87, "Rodríguez de Vázquez", c. 76.096.

la línea descendente al yerno y la nuera. En el orden colateral por afinidad el vínculo liga a los cuñados entre sí.

Resulta claro que para la aplicación de la eximente de pena de la primera parte del artículo 279 (relaciones de familia) resulta absolutamente indiferente la intención, el dolo con el que haya obrado el sujeto comprendido por la misma, dado que el legislador se ha desentendido de tal consideración, fundando la exención del castigo, como ya se afirmara, en cuestiones de política criminal[185]: la inconveniencia de castigar estas conductas que favorezcan el actuar en las condiciones establecidas de un integrante de la familia, bastando con que objetivamente esté presente esa relación de parentesco.

La única excepción sería en el caso de que el sujeto alcanzado por la relación de familia "haya ayudado a asegurar el producto o el provecho del delito u obrado con ánimo de lucro".

No sucede lo mismo en cuanto a las eximentes del último párrafo (amistad íntima o persona a la que se debiese especial gratitud), en donde resultará determinante para la aplicación de esta excusa absolutoria la prueba por parte del autor del hecho de la relación subjetiva que lo unía con el autor del delito previo, el ímpetu efectivo de los afectos. Aunque esa circunstancia debe ser objetivamente comprobable[186].

La amistad íntima ha sido definida como aquella de trato frecuente, que objetivamente debe comprobarse, de manera que exista una frecuentación habitual en los hogares, entre los miembros de la familia, una relación societaria, en fin, todos estos aspectos imposibles de enunciar y que dependerán de las probanzas en el caso concreto. Es que "al enseñorearse del corazón del fautor obnubiló ante sus ojos el sentimiento de los deberes ciudadanos y el interés de la justicia, de modo que no vio en ese momento sino una criatura desdichada expuesta a grave peligro"[187].

Por especial gratitud se ha conceptualizado como aquella que se origina en favores o beneficios prestados por el autor del delito pre-

[185] Ya lo decía Carrara que de esta forma se atienden a las más sagradas leyes naturales (op. cit., § 2835).

[186] Es la opinión de MILLÁN, ob. cit., p. 203.

[187] CARRARA, ob. cit., § 2834.

cedente. La deuda de gratitud obviamente no es necesario que sea de contenido económico, pues tiene especial consideración aquella de otro contenido que no sea sólo el económico. Se incluyen motivos éticos (acompañamiento en un momento doloroso, haberle salvado la vida o de un peligro), como aquellos que no sean considerados tales por las costumbres, dado que de lo contrario se estaría limitando el beneficio.

Discrepamos con la posición que asume Scimé cuando afirma "pero se requiere la eticidad de la relación y de la gratitud fundado en un favor socialmente valioso", rechazando a renglón seguido la exención en el caso de comunidad de delincuentes[188]. Es que al margen de que la letra de la ley no realiza esta distinción, se trata de una concepción cercana a la doctrina del Derecho Penal de autor[189].

Así se ha sostenido con razón que: "La eximición de pena establecida por el artículo 279, primera parte, del Código Penal a favor de los cónyuges y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad reposa en una circunstancia objetiva cual es el vínculo legal, aún cuando el encubridor haya obrado con máxima frialdad. La eximición de pena consagrada por el artículo 279, primera parte *in fine* del Código Penal a favor de los amigos íntimos y personas a las que el favorecedor debiere especial gratitud, reposa en un concepto de relación predominantemente subjetivo. La concubina del imputado se encuentra comprendida en el supuesto de eximición de pena previsto en el artículo 279 del Código Penal, sin que posea influencia alguna la relación que aquélla pudiera haber tenido con la víctima del delito"[190].

De acuerdo a la última parte de la norma, no quedan comprendidos los supuestos de aseguramiento o ayuda al autor o partícipe a preservar el producto o provecho del delito, ya que sería un nuevo encubrimiento por fines que no entran en la excusa absolutoria. Tampoco entran los

[188] MILLÁN, ob. cit., p. 207.

[189] Sobre este concepto y particularmente el de peligrosidad, fruto de la escuela positivista que tanto apogeo tuvo en este siglo en nuestro país, recomendamos *La peligrosidad en el Derecho Penal*, de Edgardo Donna (*Ensayos Jurídicos* de Editorial Astrea, 1978), en donde se critica con sólidos fundamentos estas concepciones y se advierten sobre el riesgo que provocan.

[190] STJ de Corrientes, 17-12-97, "Benítez, Héctor A. y otra", L. L. Litoral, 1999-196.

casos en que el autor hubiese obrado con ánimo de lucro, sin distinción en cuanto al hecho, ni a la relación personal con el favorecido y la cuestión también es lógica, habida cuenta de que ya no es ayuda a la persona, sino al fin personal del autor, esto es, el fin de lucro[191].

Es conveniente recordar, que la excusa es absolutamente personal y alcanza al sujeto comprendido por la misma. En este aspecto se siguen las reglas generales que marca el artículo 48 del Código Penal[192].

## XII. Lavado activo de origen delictivo; reciclaje o el llamado blanqueo de capitales

El antiguo artículo 278 decía:

"El que, con fin de lucro, adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que de acuerdo con las circunstancias debía sospechar provenientes de un delito, será reprimido con prisión de tres meses a dos años. Si el autor hiciere de ello una actividad habitual, la pena se elevará al doble".

El nuevo artículo 278 dice:

"1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen ilícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí;

"b) El mínimo de la escala penal será de cinco años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

[191] CCCorr., 28-1-94, "Gouguet, R. A", c. 43.587; CCCorr., sala VI, "Morrone" antes citado.

[192] Art. 48 del Código Penal: "Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan".

"c) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en este inciso, letra a, el autor será reprimido, en su caso, conforma a las reglas del artículo 277;

"2) [*observado por el Poder Ejecutivo*]

"3) El que recibiere dinero u otros bienes de origen delictivo, con el fin de hacerlos aplicar en una operación que les dé la apariencia posible de un lícito, será reprimido conforme a las reglas del artículo 277.

"4) Los objetos a que se refiere el delito de los incisos 1°, 2° o 3° de este artículo podrán ser decomisados".

1. *Legislación comparada*

La ley ha traído a la legislación argentina el problema del llamado lavado de dinero y lo ha colocado dentro de los delitos contra la administración pública y más aún dentro del Capítulo XIII, *Delito de encubrimiento*, que ahora, como se dijo, se amplía a ser además de *Lavado de activo de origen delictivo*.

El artículo tiene similitud con el artículo 261 del Código Penal alemán, que está bajo el título *Blanqueo de dinero, ocultación fraudulenta de valores patrimoniales ilícitos*.

1.a) La reforma del delito de receptación es clara en Alemania (junto con Austria e Italia), países en los que junto al delito clásico de receptación, se han incorporado otros tipos penales específicos sobre el reciclaje de dinero, con cierta independencia respecto de aquél.

El nuevo tipo penal alemán, 261 StGB, tiene mayor amplitud que el de receptación en varios aspectos. La primer parte dice expresamente y valga como ejemplo: "Quien esconda, oculte el origen de un objeto que proceda de uno de los hechos ilícitos de otros nombrados en la segunda fase, o frustre o ponga en peligro la averiguación del origen, el hallazgo, incautación, confiscación o custodia del objeto mencionado"[193].

La doctrina ha sostenido que:

a) Se refiere a un "*objeto*" (*Gegenstand*) de la acción, expresión que, por lo menos significa dinero teniendo en cuenta el nombre

[193] Seguimos en lo que continúa, en parte, la explicación dada por Bacigalupo a este tema (ob. cit., ps. 283 y ss.).

jurídico que el legislador ha dado al delito (lavado de dinero = *Geldwäsche*).

b) La *acción* es diversa: se trata de "ocultar", o de "ocultar el origen", o de "frustrar o poner en peligro la investigación del origen, el descubrimiento, la caducidad, el secuestro o el aseguramiento de un objeto".

c) el objeto *debe provenir* de un crimen (hechos antijurídicos con un mínimo de pena de un año o más, de un delito de tráfico de drogas (§ 2.9.1.1 BtMG, del 28-7-81) o de un delito ejecutado por un miembro de una asociación criminal en el sentido del § 129 del StGB. Los hechos punibles pueden haber sido cometidos fuera del territorio alemán, siempre y cuando en el lugar de comisión sean hechos punibles ( § 261.8). El nuevo delito considera punible el "proveerse" o "proveer a otro" de tales objetos, así como su "custodia" o la "utilización" para sí o para un tercero "si el autor tenia en el momento de su obtención conocimiento de su origen".

d) También se admite la forma imprudente (*Leichtfertigkeit*), *lo que no está previsto en el delito de receptación. El nuevo tipo no alude al "propósito de enriquecimiento".*

e) El § 261.9 StGB prevé que el hecho no es punible cuando el autor libremente lo denuncia ante la autoridad competente o promueve la denuncia. Tampoco es punible el que en las mismas condiciones colabora en el aseguramiento del objeto al que se refiere el hecho punible.

El tribunal podrá atenuar la pena ( § 261.10) en la forma prevista en el § 49.2 del StGB o incluso prescindir de la pena (*Absehen der Strafe*) "cuando el autor mediante la libre revelación de su conocimiento ha contribuido a que además de su propia participación se descubra otro hecho antijurídico de los previstos en el párrafo 1° (del § 216) cometido por él o por otro".

El delito creado en Alemania afecta prácticamente a todos los caracteres del hecho: al objeto de la acción, la acción, a los delitos precedentes de los que proviene el dinero, al tipo subjetivo, a la imprudencia y a las circunstancias que pueden constituir una excusa ab-

solutoria sobreviniente, o sea, la exclusión de la punibilidad en los casos de arrepentimiento[194].

1.b) En España, a diferencia de lo que acontecía con el régimen normativo pretérito, el Código Penal de 1995, regula conjuntamente, en sus artículos 301 y siguientes, los delitos de blanqueo de capitales, con independencia del hecho criminoso anterior (tráfico de drogas, armas, trata de blancas...) de los que proceden los bienes[195].

En el concepto de bien quedarán igualmente abarcados todos los productos en que se hayan transformado los objetos materiales de los delitos previos.

Se establece como presupuesto básico de las conductas típicas del artículo 301 del Código Penal la preexistencia de un delito grave, y de este modo, sólo podrá ser objeto de las acciones típicas aquellos bienes procedentes de un delito de los definidos como graves por este Código, siendo las conductas contenidas en el número 1 del artículo 301 las siguientes:

a) La adquisición, conversión y transmisión de bienes;
b) la realización de actos orientados a ocultar el origen ilícito de los bienes;
c) la realización de cualquier otra actividad sobre bienes procedentes de un delito grave.

Además, a diferencia de la receptación, se procede a la supresión del ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, aunque se establece la exigencia de que el autor conozca la procedencia delictiva de los bienes, siendo suficiente su conocimiento eventual[196], y a semejanza del § 261.5 del StGB Alemán, se establece la punición de la comisión en forma imprudente[197].

Como consecuencia de la mayor gravedad del blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas el Código Penal prevé un tipo cali-

[194] Véase para mayores datos a BACIGALUPO, ob. cit., ps. 283 y ss.

[195] QUINTERO OLIVARES, *Artículo 301*, en *Comentarios al nuevo Código Penal*, 1996, p. 1351.

[196] SUÁREZ GONZÁLEZ, *Artículo 301*, en *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 864.

[197] GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, ps. 58 y ss.

ficado por el que se impone en su mitad superior las penas previstas en el número 1, del artículo 301, cuando dichos bienes, que posteriormente se someten a las modificaciones del tráfico comercial y financiero, provienen del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Dicho Código, conteniendo una norma de aplicación extraterritorial de doble extensión[198], será aplicable tanto para los casos en que la realización de los actos tipificados en el delito de blanqueo de capitales sea cometida dentro o fuera del territorio español como para aquellos supuestos en que los bienes procedan de un delito previo no cometido en España.

La normativa penal (art. 302) va a contener una agravación común, aplicable a todo el artículo 301, por lo que los miembros pertenecientes a una organización criminal se les impondrá la pena en su mitad superior, y a los jefes, directivos o administradores las penas superiores en grado, siendo esta regulación consecuencia de las distorsiones que en los campos financiero, económico y bursátil provocan estas bandas delictivas que a través de operaciones ilícitas consiguen importantes cantidades de dinero y recursos para realizar múltiples operaciones económicas, con el consiguiente perjuicio para los restantes intervinientes en el mercado por los desequilibrios que se producen, al no concurrir en iguales condiciones[199]. Igualmente se prevé una agravación de penalidad en el artículo 303 para los responsables del delito cuando desempeñen alguna de las categorías que el precepto enumera.

Finalmente, se establece la sanción de la conspiración, provocación y proposición para la comisión de los delitos referenciados en los artículos 301 a 303[200].

[198] GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, 1996, p. 856.

[199] GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, p. 54; KELLENS, *L'évolution de la théorie du crime organisé*, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, libro homenaje al profesor Beristáin, 1989, ps. 383 y 384.

[200] BACIGALUPO, ob. cit. y SUÁREZ MONTES, Carlos, *Delitos contra el patrimonio*, en *Comentarios al Código Penal*; RODRÍGUEZ MOIRULLO y BARREIRO, ob. cit., ps. 861 y ss.

1.c) En Austria el nuevo delito de reciclaje de dinero (*Geldwäscherei*) no se refiere a cosas, como el de receptación, sino a objetos patrimoniales. La acción punible consiste en "ocultar" o "disimular" tales objetos cuando éstos provengan de un delito cometido por otro.

También es punible "el que a sabiendas adquiere tales objetos patrimoniales o los custodia, invierte, administra, transforma, utiliza o transmite a un tercero". Un objeto patrimonial *proviene* de un delito "cuando el autor lo ha obtenido mediante la comisión del hecho o lo ha recibido por dicha comisión o cuando en dicho objeto patrimonial se corporiza el valor de los bienes patrimoniales obtenidos o recibidos".

Se introdujo el "arrepentimiento activo" donde se excluye la punibilidad cuando el autor "voluntariamente y antes de que lo haya conocido la autoridad colabora mediante comunicación a ésta o de otro modo logra asegurar bienes patrimoniales esenciales[201].

1.d) En Italia se han establecido dos nuevos tipos penales que vienen a completar el delito de receptación del artículo 648. El artículo 648 bis contiene el delito de reciclaje consistente en la sustitución de dinero, bienes u otra utilidad provenientes del delito de robo agravado, de extorsión agravada, de secuestro de personas para extorsionar o de delitos concernientes a la producción o el tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con otro dinero, otros bienes u otra utilidad, o bien obstaculiza la identificación de su origen en los delitos antedichos", y el artículo 648 ter establece la punibilidad del empleo en la actividad económica o financiera de dinero, bienes u otra utilidad proveniente de los mismos delitos, agravándose si el hecho se ha cometido en ejercicio de una actividad profesional.

A diferencia del derecho penal austríaco, en el italiano no se prevé la exclusión de la punibilidad en los casos de arrepentimiento activo. Tampoco se prevé la represión de la realización negligente o imprudente[202].

1.e) El Código Penal suizo contenía también una figura clásica de la receptación de cosas provenientes de un delito en su artículo 144. En 1990 se introducen dos nuevos tipos penales (305 bis y ter)

[201] BACIGALUPO, ob. cit., p. 285.
[202] BACIGALUPO, ob. cit., ps. 286 y ss.

de blanqueo de dinero, donde el primero contempla que "el que realiza una acción adecuada para frustrar la investigación del origen de los valores patrimoniales, así como su localización o su comiso, conociendo o teniendo que conocer que provienen de un delito"[203]. El segundo contempla la punibilidad de la "carencia de cuidado en los negocios financieros" disponiendo que el "que profesionalmente colabora en aceptar, guardar, invertir o transferir valores patrimoniales ajenos y omita en tales actividades comprobar la identidad del titular económico de los mismos, según el cuidado exigido por las circunstancias".

1.f) El Código Penal francés ha ampliado la receptación clásica referida a cosas, agregando que "constituye igualmente receptación el hecho de beneficiarse por cualquier medio, con conocimiento de causa, del producto de un crimen o de un delito". De todos modos, la exigencia de beneficio como condición de la autoría constituye un factor fuertemente restrictivo, dado que mantiene el núcleo del tipo penal en la obtención de un beneficio en lugar de avanzar en la simple colaboración prestada a sabiendas. Así se excluye la punibilidad del que colabora sin el propósito de obtener tal beneficio o si éste no se puede probar, debilitando la protección al bien jurídico. La ampliación del tipo penal objetivo podría resultar prácticamente neutralizada por los requisitos del tipo subjetivo que parecen surgir de la acción de "beneficiarse".

## 2. *Introducción al problema*[204]

Todas las reformas que se han visto en las legislaciones que se han brevemente enumerado, tienen un punto en común que es la crítica al modelo de la receptación. Era necesario, entonces un tipo penal distinto al de la receptación, que pudiera alcanzar al reciclaje de dinero, ya que en la formulación tradicional, como se ha sostenido, el delito

[203] TRECHSEL, *Schw StGB*, 1989, *mit Ergänzung bis 1992*, art. 305 bis.

[204] La bibliografía es amplia sobre el punto. Baste citar las siguientes obras: BACIGALUPO, ob. cit.; SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit.; GONZÁLEZ RUS, *Receptación y blanqueo de capitales*, en *Curso de Derecho Penal español*, dir. por Manuel Cobo del Rosal, t. I, ps. 851 y ss; ESER y HUBER, *Strafrechtsentwicklung in Europa*, 4.1. HIRSCH, *Obras completas*, ts. I y II.

de receptación tiene límites que no logran alcanzar las nuevas formas de criminalidad[205].

Las principales objeciones a la receptación, como delito que puede abarcar el problema del lavado de dinero, son los siguientes, siguiendo en esto la opinión de Bacigalupo:

a) Era necesario desvincular la receptación de los efectos de los delito de hurto, robo y apropiación indebida;
b) también era necesario incluir acciones que eran una aportación al aprovechamiento de las ganancias ilícitas del autor, pero que no tenían el propósito de procurarse para sí o para otro un provecho o una ventaja patrimonial;
c) adicionalmente se ha entendido que en la receptación se excluía la punibilidad cuando el provecho no provenía directamente del delito precedente, tal como lo hemos visto en el propio Código Penal argentino. Con esta forma de interpretación de la receptación el cambio del dinero obtenido mediante el hurto, robo, etcétera no podía ser objeto de la receptación;
d) por último, tal como lo hemos analizado, el delito de receptación exige el dolo directo y al haber desaparecido el artículo 278 en esta reforma, se han creado mayores dificultades para alcanzar los fines que el legislador se ha propuesto con los tipos penales del lavado de dinero.

En síntesis: la norma penal argentina y las anteriores comentadas se les puede aplicar lo dicho por Bacigalupo: "resulta claro que si se quiere criminalizar la ayuda a todos los que obtienen un beneficio en dinero de la comisión de un delito y emplea en el sistema financiero para disfrutar de él, estos tipos penales resultaban demasiado limitados. Claramente, se sostiene el Alemania, por ejemplo, que el *laundering* de dinero obtenido mediante negocios sucios (prostitución, drogas, juegos prohibidos, banda de robo de automóviles, etc.) básicamente no es punible mediante el delito de receptación previsto por el § 259

[205] BACIGALUPO, Enrique, *Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados Miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido*, en *Derecho Penal Económico*, Hammurabi, 2000, ps. 280 y ss. En adelante se toma este texto como base.

StGB. El desarrollo de la criminalidad organizada en delitos de estructura financiera, pero que no son exactamente delitos patrimoniales (por ej., tráfico de drogas, prostitución, terrorismo) ha puesto de manifiesto las insuficiencias del delito de receptación para combatir efectivamente este tipo de delincuencia [...] ello requiere modificar la dirección del reproche penal. En lugar de penar el aprovechamiento se debe incriminar ya toda simple colaboración posterior con el autor del delito que produjo la ganancia ilícita. La finalidad ya no es la protección del patrimonio o de la propiedad, sino la administración de justicia"[206].

Además, como se ha dicho por parte de Suárez González, este tipo de leyes tienden a reprimir determinadas formas de criminalidad organizada, que pueden constituir un serio riesgo para la seguridad interior del Estado. El blanqueo de capitales, expresa el autor citado, al estimular la ulterior actividad delictiva incrementa el poder económico de las organizaciones que terminan controlando sectores de manera mafiosa[207].

Sin embargo debe hacerse la misma crítica a la norma en cuestión que se le ha hecho en España, aunque en el caso argentino la cuestión parece ser más grave, ya que no se ha sabido ver bien el problema, de modo que se copió la norma española, y en cierta medida la alemana, pero a medias, como era de esperar, seguramente con la vieja idea de salvaguardar la idiosincrasia nacional (?) o el ser argentino, con lo cual termina siendo una institución anodina. La crítica consiste en que la norma irradia sus efectos sobre personas que no pertenecen a las citadas organizaciones mafiosas, por una parte y, por otra, por intentar castigar comportamientos imprudentes en el ámbito socioeconómico, –norma bien observada por el Poder Ejecutivo– que lesiona el tráfico económico. Se trata, como dice el autor citado, de una norma que expone a un número de ciudadanos al riesgo de verse criminalizados y entraña una injerencia en negocios socialmente adecuados, que termina desalentando la actividad económica lícita[208].

[206] BACIGALUPO, ob. cit., ps. 282, 283.
[207] SUÁREZ GONZALEZ, ob. cit., p. 862.
[208] Ídem nota anterior.

De nuevo el fenómeno que se viene observando. Los mismos que han luchado por un Derecho Penal mínimo, terminan ampliando sus márgenes de manera irracional en este campo y en el de los delitos del medio ambiente.

El delito se configura como un tipo penal afín a la receptación, como ya se dijo, pero con la diferencia de que los objetos y ganancias receptados coadyuvan a mantener la situación antijurídica que el delito referenciado ha producido[209].

3. *Bien jurídico protegido*

No es problema menor el tema del bien jurídico en este tipo de delitos. Se parte de la base de que el modelo penal tradicional de la receptación no alcanza para combatir este tipo de actividades, que se incluyen en lo que se llama la delincuencia organizada de carácter internacional, en la cual los Estados pierden cierto control debido a la llamada globalización, la informática, la fluidez de las comunicaciones modernas, que llevan globalmente a sostener, en parte, que se debe dejar de lado las garantías mínimas que el Derecho Penal tradicional había conseguido. Así por ejemplo, se ha dicho "que no es tarea sencilla persuadir, a quienes realizan tareas financieras licitas, de que deben tolerar el control estatal sobre ellas. Pero es la única manera eficaz de detectar las actividades ilícitas. Lo dicho impone extender la injerencia del Estado sobre la vida de los particulares hasta el límite último tolerado por la Constitución Nacional, desarrollando un sistema de contralor difícilmente admisible en el marco de la prevención de los delitos considerados tradicionales"[210].

Este tipo de delitos ha hecho que no se sepa bien, o por lo menos sea discutible, cuál es el bien jurídico protegido. Como ya hemos hecho notar en otra oportunidad[211], el Derecho Penal se encuentra hoy en día en una profunda crisis de identidad, especialmente en cuanto

[209] SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 863.

[210] D'ALBORA, Francisco J., *Lavado de dinero* (*El delito de legitimación de activos provenientes de ilícitos*, en E. D. 180-1086).

[211] Conferencia en el Facultad de Derecho sobre *El problema del Derecho Penal en la actualidad.*

a los principios fundamentales que, desde Beccaria hasta el presente, han conformado al llamado Derecho Penal liberal. Lo que se ha llamado en doctrina el bueno y viejo Derecho Penal liberal, en palabras de Lüderssen[212].

Varios son los factores que se han esgrimido en contra de esa forma de pensar al Derecho Penal[213], y en esta oportunidad sólo haremos referencia al problema del bien jurídico. Es que la discusión actual, consiste en si este concepto debe seguir manteniéndose, como algo útil, o se debe descartar de la dogmática o mantenerlo pero sólo para los bienes jurídicos individuales. En primer lugar, fue discutida su aplicación en relación con el Derecho Penal ambiental, pero no le quedan a la zaga las críticas recibidas con respecto al Derecho Penal de las drogas, el Derecho Penal Económico, entre otros.

Especialmente en el Derecho Penal Económico, la cuestión dejaría de ser el patrimonio, tal como se lo ha entendido hasta ahora, con la regulación ya conocida de delitos como la estafa, el abuso de confianza, entre otros, sino que aparece el patrimonio como un bien jurídico de la comunidad. La discusión se daría en el llamado fraude de subvenciones, de la libertad estatal de planificación y disposición o de la institución de la subvención como instrumento estatal de dirección económica y con sus perseguidos objetivos de política económica[214]. Y en el tema que nos ocupa, esto es, el llamado lavado de dinero, se tropieza con que la mayoría de las formas de comisión son tipos penales sin contornos fijos, que no tienen claro cuál es el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual se castigan esas conductas con severas penas, se incluyen instituciones de dudosa constitucionalidad como el arrepentido, el testigo encubierto, etcétera. Sin embargo, de lo visto hasta el momento, surge que sólo se trata de un solo problema, al decir de Hirsch, cual es el de la precisión. Más que negar al bien jurídico, será

[212] LUDERSSEN, *Zurück zum guten alten, liberalen, änständigen Kernstrafrecht?*, en BÖLLINGER/LAUTMANN, *Vom Guten, das noch stets das Böse Schafft.*, cit. por SILVA SÁNCHEZ, en *La expansión del Derecho Penal*, Cívitas, 1999, p. 117, nota 199.

[213] Sobre el tema, un buen resumen en SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 21 y ss.

[214] HIRSCH, ob. cit., en especial *El Derecho Penal y Procesal Penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad*, t. II, ps. 61 y ss.

necesario determinarlo con precisión y en ese sentido es necesaria la búsqueda de las reglas que son aplicables para hablar de un bien suficientemente delimitado como tal[215].

En este punto hay que hacer notar que la receptación, en otras legislaciones, tenía siempre que ver con el patrimonio y que en la nuestra, como se ha visto, tenía que ver con la administración pública y, más específicamente, con la administración de justicia. Por esta razón la discusión se torna más que interesante y es de lamentar que el legislador no se haya dado cuenta del problema.

En la legislación extranjera, se sostiene que el bien jurídico protegido es el del delito previo[216]; por lo tanto, en el caso del tráfico de drogas el bien jurídico seria la salud publica[217], en tanto que para otros autores sería el interés del Estado en la erradicación de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

En cambio otro grupo de autores han hablado de que el bien jurídico es la administración de justicia[218], no faltando aquellos que hablan de un bien jurídico colectivo que protegería el órgano socioeconómico.

En síntesis, como bien lo ha puesto de relieve Suárez González, no hay acuerdo para determinar cuál es el bien jurídico en los tipos penales que regulan el blanqueo de capitales. Por un lado, para un grupo de autores entre los que sobresale Diez Ripolles, el objeto de protección es el orden socioeconómico. Otro grupo de autores, afirma que es el interés del Estado en la prevención del tráfico de drogas o de cualesquiera otros ilícitos que tengan al blanqueo como causa. Por último, se afirma que es la administración de justicia, el bien jurídico protegido[219].

[215] Ídem nota anterior, p. 61 y ss.

[216] *Ruß*, LK, 10ª ed., par. 259, n.m. 1.

[217] GONZALEZ RUS, ob. cit., p. 373; SILVA SÁNCHEZ, *La receptación específica en delitos contra la salud pública, comentario a la legislación penal*, Madrid, 1990, t. 13, p. 481.

[218] VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 805, citado por SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos en *El blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, Nº 9 A, p. 681.

[219] SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 693.

Sin perjuicio de la eficacia de este tipo de normas, que como se ha dicho, no son tan eficaces como se pensó en su momento, hay que sostener que detrás de ellas está la idea de prevención general, basada en la coacción psicológica de Feuerbach, de acuerdo a la cual, según ha expresado Bacigalupo, el impulso de cometer un delito se neutralizaría si todos supieran que a su hecho, seguiría necesariamente un mal, cualquiera fuera su magnitud, esto llevaría consecuentemente, a que multiplicando la posibilidad de obtención de pruebas y las consiguientes dificultades para el aprovechamiento del producto del ilícito fuera posible un nivel adecuado de prevención. En otros términos, el delincuente podría escapar a la pena, pero no se le permitiría aprovechar el producto del ilícito sin asumir un riesgo penal considerable[220].

De todas formas, quedan vigentes las palabras de Suárez González cuando afirma "el adelanto de las barreras punitivas al ámbito previo a la lesión del bien jurídico sólo deberían tener cabida en supuestos excepcionales, en los que existiese la certeza de la eficacia de la respuesta penal y en los que el hecho previo punible tuviera, a mayores, una vinculación directa y no solo presuntamente mediata con el eventual bien jurídico afectado..."[221]

4. *Tipo penal*

a) *Tipo objetivo*

La norma sanciona al que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito, en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito siempre que el valor supere los $ 50.000, y ya sea que se haga en un solo acto o en reiterados actos, pero vinculados entre sí.

En principio, se puede afirmar que se trata de un blanqueo de dinero o de bienes que tenga su origen en un delito. Por lo tanto, el tipo objetivo consiste en transformar el dinero o los bienes provenientes de un delito y darle una apariencia lícita.

[220] BACIGALUPO, ob. cit., p. 280.
[221] SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 707.

a.1) *Convertir, transferir, administrar, gravar o aplicar*

La *conversión* implica la transformación de la naturaleza del bien. La *transferencia* implica la cesión del bien a un tercero por cualquier título o forma. La *administración* no es otra cosa que el manejo del bien o del dinero. *Gravar* un bien no es otra cosa que un negocio jurídico por el cual se lo prenda o hipoteca.

El problema está en el último de los verbos que emplea la norma, que es *aplicar* de cualquier modo. Por *aplicar* se pueden dar los siguientes significados: poner una cosa adherida a otra, normalmente para que ejerza su acción sobre ella; otra acepción es hacer que algo recaiga sobre alguien o algo; otra acepción es emplear una cosa para algo, por ejemplo esta ayuda financiera se aplicará en la creación de fuerzas defensivas; la cuarta acepción implica aprovechar algo, por mínimo o insignificante que sea[222].

Sin embargo, en el inciso 3°, el legislador castiga la recepción del dinero de origen delictivo con el fin de hacerlo aplicar en una operación que le dé la apariencia posible de origen lícito, de acuerdo a las reglas del 277, con lo cual se vuelve nuevamente al régimen del cual se pretendió salir porque era demasiado estrecho.

Tampoco ha tipificado la conducta de adquirir que sí está en el modelo español, y tampoco se entienden los motivos de la omisión.

De todas formas, lo interesante es que todas estas conductas tienen por fin que los bienes que provienen de un delito o los subrogantes adquieran la apariencia de ser de origen lícitos.

En el fondo se trata de operaciones que tienden a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o el dinero, de manera que entren al mercado "como" si fueran lícitos.

a.2) *Los bienes*

Los objetos a que se aplican estas acciones son dinero u otra clase de bienes que deban provenir de un delito, obviamente en la que el autor no hubiera participado. Rigen acá todos los presupuestos que se han dicho en el delito de encubrimiento sobre el hecho prece-

[222] SECO, Manuel, y otros, *Diccionario del español actual*, t. 1, p. 386.

dente y además debe tener como requisito que los bienes tengan un valor que supere el monto de $ 50.000.

En los casos en que los bienes no superare la suma de $ 50.000, de acuerdo al inciso 1° c, del artículo 278 rigen las reglas del artículo 277, con lo cual se vuelve al régimen normal del delito de encubrimiento antes mencionado, con las limitaciones que dicho tipo penal tiene, principalmente para el tipo subjetivo y los bienes subrogados.

Los bienes no tienen por qué ser los que constituyeron el objeto material del delito. Lo que el tipo penal exige es que los bienes tengan su origen en un delito, de manera que pueden ser, tal como lo dice la norma, los bienes que se tradujeron en ganancias del objeto ilícito. Piénsese en el tráfico de drogas y se podrá decir que lo que se encubre no es la droga, sino los dineros que se obtuvieron por el tráfico de drogas[223].

Vistas así las cosas, se puede afirmar que el tipo penal no difiere mucho del de receptación, pues de eso se trata el tipo penal en cuestión.

5. *Tipo subjetivo*

El autor debe saber el origen de los bienes, es decir que proviene de un delito y, además, tiene que tener por fin que los bienes, el dinero, adquieran la apariencia de tener un origen lícito, con lo cual se exige el dolo directo y, sin duda, el motivo de la reforma de los artículos 277 y 278 cae por su peso, más aún teniendo en cuenta que el Poder Ejecutivo ha vetado, y bien, el inciso 2° de este mismo articulo, que castigaba las acciones culposas.

6. *Error*

Rigen todas las reglas, tanto del error de tipo como de prohibición, de manera que sólo hay que remitirse a los principios generales sobre la cuestión.

7. *Consumación y tentativa*

El artículo 278.1.a, se consuma de acuerdo a las conductas antes mencionadas, esto es, convertir, transferir, administrar, vender, gravar

[223] GONZALES RUS, ob. cit., p. 852.

o aplicar dinero o bienes, con la consecuencia que los bienes originarios o los subrogantes adquieran el carácter de lícitos. De modo que al ser acciones que son siempre de resultado, de manera que admiten sin excepción tentativa.

La consumación dependerá de cada una de las acciones, ya que es distinto el convertir, que el transferir o el vender.

8. *Agravantes*

La ley prevé una primera agravante en el 278.1.b, que aumenta el mínimo a 5 años de prisión en dos situaciones: la primera, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad, y la segunda, como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza.

8.a) En cuanto a la habitualidad nos remitimos a lo ya dicho al hablar del agravante del encubrimiento teniendo siempre en cuenta que no se puede castigar un estado de la persona, sino conductas, por lo que se le debe imputar o haber sido condenado por hechos similares de receptación, esto es, ser un concurso de delitos del artículo 55 del Código Penal o haber sido condenado anteriormente por similares hechos.

8.b) La segunda agravante es si la realizara como miembro de una asociación o banda formada para la comisión de hechos de esta naturaleza. Como consideración previa, hay que decir que el legislador expresamente y como no podía ser de otra forma, ha sostenido que la asociación y la banda son una misma cosa, opinión ésta que veníamos afirmando desde hace tiempo en contra de la doctrina mayoritaria de la Cámara del Crimen de la Capital y de la Cámara Nacional de Casación, con un argumento básico, que consistía en que la única forma de conformar la banda con un mínimo de tres personas, tal como ambos tribunales lo admiten, era remitiéndose al artículo 210 del Código Penal, argumento éste que, por otra parte, no fue nunca rebatido seriamente[224].

Para entender entonces a qué se refiere la ley con la expresión asociación o banda, necesariamente hay que remitirse al artículo 210

[224] Véase el plenario 111, 4-9-89, de la Cámara del Crimen de la Capital, en DONNA, Edgardo, *Casos y fallos de Derecho Penal*, Colección *Autores de Derecho Penal*, 2ª ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, especialmente ps. 44 y ss.

del Código Penal, que la definía como una reunión de tres o más personas destinada a cometer delitos.

Cuando Rodolfo Moreno explicaba tal concepto expresaba que, "si varias personas se convienen a efectos de llevar a cabo un delito determinado o varios delitos también determinados, los miembros de esa asociación son partícipes en el delito a realizarse y quedan vinculados como autores o cómplices siendo pasibles de las penas que correspondan al hecho consumado o a la tentativa. Pero aquí no se trata del convenio para ejecutar uno o más delitos, sino de la asociación de individuos para cometer delitos en general, hecho que el Código castiga por la sola circunstancia de ser los sujetos miembros de tal asociación". Y agregaba luego que "es preciso que la asociación se constituya para cometer delitos sin determinación"[225].

La variante en la ley 25.246 consiste en que la asociación o banda haya sido formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza, es decir, el blanqueo de dinero o de bienes.

La asociación o banda debe entenderse como una organización, es decir como un grupo de personas que, con cierta continuidad y permanencia actúan coordinadamente para encubrir el origen ilícito de los bienes o dinero, y ayudar a los responsables para que estos adquieran la apariencia de lícitos[226].

La ley exige un requisito más que es que la asociación se haya formado para la comisión continuada de estos hechos.

No se castiga diferencialmente, como lo hace el modelo español a los jefes u organizadores.

## 9. *Decomiso*

La ley prevé, como es lógico, que los objetos a que se refieren los incisos 1°, 2° y 3° podrán ser decomisados. El decomiso parece lógico, habida cuenta de la ilicitud de la llamada operación precedente, de manera que la conversión en bienes de origen lícito es una simulación ilegítima que permite el decomiso de los objetos que pasarán al Estado.

[225] MORENO (h), Rodolfo, *Código Penal y sus antecedentes*, t. VI, p. 78.
[226] GONZALEZ RUS, ob. cit., p. 856.

### 10. *La forma culposa*

Sólo hay que aclarar que el inciso 2°, del artículo 278 ha sido observado por el Poder Ejecutivo, argumentando que la complejidad de las acciones que constituyen la base de las conductas punibles, tornan dificultosa la punición del delito culposo.

Esto ya había sido criticado en el modelo español, de modo que, como antes dijimos, más que un forma de evitar futuros delitos, esto es tener un efecto preventivo, la norma sólo serviría como una manera de paralizar la actividad económica.

## XIII. Problemas referidos a la pena

El artículo 279 dice:

"1. Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este Capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente.

"2. Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de mil pesos ($ 1.000) a veinte mil pesos ($ 20.000) o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor. No será punible el encubrimiento de un delito de esa índole, cuando se cometiere por imprudencia, en el sentido del artículo 278, inciso 2°;

"3. Cuando el autor de alguno de los hechos descriptos en el artículo 277, incisos 1° o 2°, o en el artículo 278, inciso 1°, fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones sufrirá además inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiera actuado en ejercicio u ocasión de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial. En el caso de 278, inciso 2°, la pena será de uno (1) a cinco (5) años de inhabilitación;

"4. Las disposiciones de este Capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación especial de este Código, en tanto el hecho precedente también hubiera estado amenazado con pena en el lugar de su comisión".

El artículo 279, en cuatro incisos prevé una normativa que se refiere exclusivamente a la pena en los tres primeros, y el último, al ámbito de extraterritorialidad de la ley.

1. *Atenuantes genéricas*

Siguiendo la orientación del modelo español, el legislador ha introducido mediante la sanción de la ley 25.246 atenuantes, teniendo en cuenta al delito anterior cometido, que se incluye los incisos 1° y 2° de este artículo.

La redacción se corresponde con los artículos 298 y 452 del actual Código Penal de España, y en relación a las hipótesis de receptación y encubrimiento, respectivamente[227].

1.a) El inciso 1°, establece que la escala pena del encubrimiento jamás podrá ser superior a la del delito precedente, y en el caso de que esto suceda, el juez en forma automática deberá estar a la escala penal menor (la del delito encubierto) al momento de graduar la pena. La doctrina y la jurisprudencia española han sostenido que de no constar con exactitud el delito de referencia, partiendo del principio *in dubio pro reo*, la comparación deberá hacerse partiendo del delito más leve[228].

1.b. El inciso 2° se ocupa de aquellos supuestos en los cuales el delito anterior no contemple pena privativa de libertad, en cuyo caso siguiendo la línea directriz del primer inciso, jamás podrá ser aplicada ésta; sino que debe mutarse por la aplicación de pena de multa que

[227] El inciso 3° del art. 298 para el caso de la receptación, delito que afecta el patrimonio, dice: "En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior", redacción sorprendentemente similar.

El art. 452 para el encubrimiento, delito que afecta a la administración de justicia, sostiene: "en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior".

[228] SUÁREZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 856; STS, 9-5-85.

se establece entre un mínimo de mil pesos, y un máximo de veinte mil pesos. Ahora bien, para el caso de que el delito anterior también tuviese conminada pena de multa y ésta fuera menor a la establecida en este inciso, el juez deberá recurrir a la escala de esta última, es decir se tomará la escala penal menor de la multa. Siguiendo el esquema de las penas principales previstas en el artículo 5° del Código Penal, el delito precedente entonces, debe estar amenazado con pena de multa o inhabilitación.

Como ha sostenido Cancio Melia, el concebir el encubrimiento como un delito autónomo no significa que se pierda toda vinculación con el delito encubierto, y que resulta lógico desde el principio de proporcionalidad, especialmente en lo que se refiere a la pena[229].

Por veto presidencial se eliminó la fórmula que establecía la reducción, en la última parte del inciso 2° para el caso de encubrimiento por imprudencia, que se encontraba en la figura del artículo 278 (lavado de activos de origen delictivo) y que también fuera observado.

### 2. *Agravante especial. Caso de autoría por parte de funcionarios públicos. Extensión a otros supuestos*

El inciso 3°, establece una agravante para el caso de delitos especiales en forma genérica. Es decir para el caso de que las conductas de encubrimiento (art. 277, incs. 1° y 2° y en el art. 278, inc. 1°), de lavado de activos de origen delictivo, sean realizadas por un funcionario público, además de la sanción conminada, deberá aplicarse la de inhabilitación especial de tres a diez años, lo que es lógico, ya que se ha usado el cargo para fines delictivos y no para el servicio que presupone en sí mismo.

La conducta delictiva llevada a cabo implica que el hecho fue cometido en ejercicio u ocasión de su función.

El legislador no limitó a este caso la agravante, sino que la extendió a los supuestos en que el autor hubiera actuado en ejercicio u ocasión de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.

Está claro que aquí se podría haber recurrido a la penalidad prevista en el artículo 20, pero que, por otra parte, el juez siempre deberá tener

[229] CANCIO MELIA, ob. cit., p. 1194.

en cuenta que la comisión de estos delitos debe evidenciar una "incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público" (art. 20 bis, del Cód. Pen.). De todas formas, la ley expresamente prevé la pena, de manera que no habrá inconveniente en su aplicación, que, insistimos, sigue siendo de carácter preventivo general.

Nuevamente en cuanto a esta disposición el antecedente se encuentra en el Derecho español[230].

## XIV. La posibilidad de castigar los encubrimientos o lavados de activos de origen delictivo cuando el delito precedente fuera cometido en otro país

En el inciso 4° del artículo 279, se establece la posibilidad de que los jueces argentinos tomen intervención en las conductas punibles establecidas en este capítulo, en el caso de que el delito anterior haya sido cometido en el extranjero y siempre que estuviese amenazado con pena de cualquier tipo en ese país.

La norma tiene su origen en la ley española (art. 301.4), aunque la disposición es en parte diferente. La disposición es una extensión del principio de extraterritorialidad.

Pareciera ser que existe un error gramatical, al denominarse como "ámbito de aplicación especial", cuando debió decir "espacial". La doctrina había elaborado cuatro principios fundantes de la aplicación del Código Penal en relación al espacio. El principio de la territorialidad, que resulta el preponderante y dimana del artículo 1°, inciso 1° del Código Penal. El principio real o de defensa, que después de una controvertida evolución se extrae del mismo inciso 1° y que surge de

[230] El art. 451, parágrafo b) para el supuesto de encubrimiento establece pena para el favorecedor de las conductas allí descriptas que haya obrado con abuso de funciones públicas.

"En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave".

la expresión "o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción", y del inciso 2°. El principio de la nacionalidad que tiene parcial aceptación en relación con el instituto de la extradición. Finalmente el principio de la universalidad que tiene su consagración a nivel constitucional en el artículo 118.

El fundamento estaría dado por el principio de la universalidad, especialmente para el caso de que se hubiera reservado la punición para los supuestos del artículo 278 (lavado de activos de origen delictivo) pues encuadraría en las previsiones de las leyes 23.737 y 24.767 que regulan un marco internacional de ayuda mutua de los delitos vinculados con el narcotráfico.

La extensión de la territorialidad tiene como fundamento que el delito precedente se hubiera cometido fuera del ámbito de aplicación del Código Penal, pero con la condición que ese hecho estuviera amenazado con pena en el lugar de origen. La norma es menos amplia que la española, que prevé también que el blanqueo hubiera sido hecho fuera de España.

# CAPÍTULO XIV

# EVASIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE PENA

SUMARIO: *Evasión*. I. Antecedentes históricos. II. Bien tutelado. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Acción típica. a.1) La fuerza en las cosas. a.2) La violencia en las personas. a.3) Sujetos. 2. Tipo subjetivo. IV. Consumación y tentativa. *Favorecimiento y producción negligente de evasión*. I. Antecedentes históricos. II. Bien jurídico. III. Favorecimiento de evasión. 1. Tipicidad. a) Tipo objetivo. a.1) Acción típica. a.2) Sujetos. b) Tipo subjetivo. 2. Consumación y tentativa. IV. El favorecimiento culposo de evasión. 1. Tipicidad. a) Tipo objetivo. a.1) Acción típica. a.2) Sujetos. b) Tipo subjetivo. 2. Consumación y tentativa. *Quebrantamiento de inhabilitación*. I. Antecedentes. II. Bien jurídico. III. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Acción típica. b) Sujetos. 2. Tipo subjetivo. IV. Consumación y tentativa. V. Antijuridicidad. VI. La pena.

## EVASIÓN

Dice el artículo 280: "Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas".

### I. Antecedentes históricos

En el Proyecto Tejedor, en el título destinado a reprimir los delitos peculiares a empleados públicos, se encontraba el delito de la infidelidad en la custodia de los presos, castigándose al empleado público culpable de connivencia en la evasión de algún preso o detenido, cuya custodia o conducción le hubiese sido confiada, colocándose las penas en correspondencia con la del reo prófugo. Dicho proyecto no castigaba al detenido o condenado que se evadía del establecimiento o lugar donde se encontrase sino al que causare o favoreciere su evasión[1].

[1] MORENO, ob. cit., p. 346.

La nota de elevación del Proyecto Tejedor explicaba que "muchas cosas importantísimas hay en este mundo que no se sancionan con recursos penales. La razón de esto es muy sencilla: no cabe la penalidad donde no hay moralmente delito, donde se ha obrado con derecho, o por lo menos en virtud de un estímulo irresistible de un estimulado natural al hombre, y que las leyes deben respetar. ¿Por qué no se pena al que perseguido por la justicia, apela al recurso de la fuga y se evade de sus persecuciones? ¿Por qué no se pena al que falta a la verdad en sus declaraciones, negando un delito que le está probado? ¿Por qué se respeta tanto su derecho de defensa, que ni siquiera se le toma juramento para declarar, cuando a cualquier otro se le toma para proceder en juicio? Cuando el derecho del reo contradice a los derechos sociales, el poder debe tomar sus precauciones para que no se realice, pero pierde su acción para llamarle delito, porque se haya realizado. ¿Teméis que se os escapen los presos? Tened cárceles seguras. ¿Teméis que se os evadan los presidiarios? Celad su custodia cuanto sea permitido a la prudencia humana. Pero no extrañéis que se aprovechen de vuestros descuidos, porque para eso sería menester que fuesen santos o que no fuesen hombres"[2].

En igual sentido el proyecto de Villegas, Ugarriza y García también castigaba al empleado público culpable de evasión de algún preso o detenido –extendiendo el tipo penal a procesados y condenados–, siendo tomados ambos por el Código de 1886, que consignó en el artículo 255 todos los casos.

El proyecto de 1891 trajo la innovación, consistente en castigar al que, hallándose legalmente detenido, se evadiere usando violencia en las personas o mediante fractura en las cosas. Además se refirió al culpable de connivencia en la evasión, repitiendo con pocas diferencias lo establecido en el Código de 1886. La Exposición de Motivos dijo al respecto: "El capítulo proyectado sobre evasión substituye al del Código sobre infidelidad en la cuestión de presos. La diferencia fundamental consiste en que el Código no incrimina la evasión del

[2] MORENO, ob. cit., ps. 346 y ss. *N. del A.*: El texto parece haber sido tomado del autor español Pacheco; ver al respecto, PUIG PEÑA, Federico, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. II, p. 245.

condenado o preso en ningún caso, ni la simple connivencia en ella, limitándose a reprimir la cometida por el guardián del fugitivo, mientras que el proyecto incrimina, como el Código italiano, la evasión acompañada de violencia en las personas o de fuerza en las cosas y toda connivencia en cualquier clase de evasión. Puede admitirse la impunibilidad del detenido no sentenciado que procura y obtiene por la fuga su libertad, sin causar daño ni ofensa material; pero el respeto del instinto de la libertad no debe llevarnos a sancionar la irresponsabilidad del que se evade usando medios punibles. Por eso, reprimimos en el artículo 327, aunque levemente, la evasión practicada con esas circunstancias agravantes. Tampoco es razonable autorizar el favorecimiento de la evasión ajena, hecho a todas luces ofensivo contra la administración de justicia, la cual tiene derecho de contar con la cooperación de todos los miembros de la sociedad. En consecuencia, el artículo 328, proyectado en substitución de los 255, 256 y 268 del Código, elimina de éstos la condición de que el autor de connivencia esté encargado de la custodia o conducción del preso o condenado..."[3]

La fórmula del Código actual proviene del Código de 1906 (art. 299), que cambió ligeramente la terminología del anterior.

## II. Bien tutelado

En el presente capítulo se estudian los delitos contra la administración de justicia, en cuanto protegen la efectividad de las sanciones impuestas o la de las medidas adoptadas por razones de seguridad respecto de la persona del agente o de un tercero, y que se constituyen en un amenguamiento de la libre disponibilidad de ciertos derechos[4].

Afirma Núñez que el presente capítulo, de los delitos contra la administración pública, no resguarda la autoridad de las decisiones que imponen condenas penales. No hay, en este sentido, ninguna norma, en los precedentes nacionales, ni en los proyectos, que reprima la inobservancia de la pena, salvo, como extremo, la pena de inhabilitación[5].

[3] MORENO, ob. cit, p. 350.
[4] CREUS, ob. cit., p. 575.
[5] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 191.

Está en juego, de alguna manera, el interés público inherente al sometimiento de los particulares a la administración de justicia, por la necesidad y conveniencia de que la libertad personal de ellos permanezca restringida, en la forma que haya establecido la autoridad competente; es un valor social digno de tutela.

Desde otra perspectiva, se puede afirmar que se protege el contínuo y eficaz accionar de la administración de justicia como función pública de primer orden necesaria para la vida en sociedad, que se ve vulnerada por la forma en que se realiza, por la efectividad en el cumplimiento de las sanciones impuestas o de las medidas adoptadas con carácter preventivo.

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *Acción típica*

La conducta descripta en el tipo penal consiste en evadirse mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas[6].

Etimológicamente significa huir de un lugar cerrado; jurídicamente equivale a sustraerse al estado de restricción de la libertad y, por consiguiente, a librarse del encierro o sujeción derivada de una esfera de custodia en la que la persona se encuentra de modo legítimo. Se evade el que recupera su libertad, el que se libera, volviendo al *statu quo ante*. Como bien se ha sostenido, no es preciso que medie encerramiento, basta que el sujeto se halle sometido a la fuerza pública[7].

Sin embargo, la mera evasión no es castigada si no lo es mediante determinados medios, que han sido taxativamente señalados por la ley, ya que la utilización de cualquier otro deja la conducta fuera de los márgenes de subsunción del tipo[8].

Para que se dé el tipo, entre la evasión y la fuerza o la violencia debe mediar una relación de medio a fin. Las empleadas para consolidar

[6] CREUS, ob. cit., p. 574.
[7] SOLER, ob. cit., par. 150, t. II, p. 355.
[8] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 192; CREUS, ob. cit., p. 574.

el estado de libertad luego de haber eludido las restricciones impuestas carecen de relevancia típica.

a.1) *La fuerza en las cosas*

En cuanto a la fuerza, ella debe estar dirigida a lograr el vencimiento de los reparos predispuestos para el encerramiento o los que se utilizan para hacer efectiva la restricción ambulatoria, estén (ej. rejas, muros) o no preordenados a tal fin (puerta del vehículo en que se conduce al autor), o bien las cosas que lo aprisionan para impedir su evasión. Se entiende entonces como tales, los muros, techos, puertas, ventanas que se encontraban en los recintos en que se encontraba la persona. En cambio, la fuerza sobre cosas distintas a las ya enumeradas no vuelve punible la evasión. Creus cita el caso de la fractura de una casa vecina a la cárcel, o de un automotor que se encuentra en las inmediaciones[9].

La jurisprudencia ha dicho: "El núcleo de la figura penal de evasión –artículo 280 del Código Penal– consiste en sustraerse o liberarse de la persona que ejerce la custodia, mediante el ejercicio de violencia en las personas y/o fuerza en las cosas, debiendo verificarse en el caso de la fuerza, que la misma sea ejercida sobre los muros, puertas, ventanas, etcétera, del recinto o sobre las cosas que aprisionan o impiden la evasión"[10].

a.2) *La violencia en las personas*

Respecto de la violencia en las personas, debe entenderse como tal al despliegue de energía física sobre quienes ofician de custodia del agente. La doctrina había llegado a un acuerdo en el sentido de que el término comprendía la violencia "tácita o moral", revistiendo tal condición la constituida por la amenaza del empleo de violencia, lo cual es admisible siempre que se den ciertos requisitos, como los que se exigen en el robo, esto es que el desarrollo de la energía sea para vencer materialmente la resistencia de la víctima, aun sin operar sobre su cuerpo, quebrantándola o paralizándola (ej.: uso de armas)[11].

[9] CREUS, ob. cit., p. 575; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 193.
[10] CPen. de Concordia, 23-11-87, "Gerfó, Jorge R.", D. J. 1988-2-397.
[11] CREUS, ob. cit., t. II, par. 2224, ps. 364/365.

La utilización de otros medios no enunciados en el tipo, en lógica conjunción con el principio de legalidad, no torna punible la evasión. Si el autor se disfrazare y así consiguiera salir; si se escondiese dentro de un canasto o baúl que deba ser sacado; si usare astucia, o si aprovechase el descuido del encargado de la custodia, no incurriría en delito. Tampoco ello ocurrirá si el detenido obtiene su libertad a causa de un caso fortuito (derrumbamiento de cárcel, apertura de ella por ira popular, error del guardián al disponer una excarcelación), aunque se aproveche de él; ni tampoco en caso de escalamiento o uso de una llave falsa y encontrada.

En cuanto a los medios, emplea la violencia o la fuerza requerida por la ley el detenido que las usa o se vale de las usadas por un partícipe[12]. Ahora bien, el tipo exige que la fuerza o la violencia que debe tenerse en cuenta sea sólo la que realiza el detenido o un partícipe, pero no, en cambio, la que un tercero, ajeno al hecho, ha practicado, como por ejemplo el haberse aprovechado de un túnel excavado por otro detenido anteriormente[13].

Para que se dé por configurado el delito de evasión debe acreditarse una relación de medio a fin entre la violencia –dentro de la cual se comprende la intimidación– y la evasión, y sobre todo, y de manera esencial, que haya sido el autor quien la ejecutó, ya sea de manera directa o mediante un partícipe, excluyéndose el aprovechamiento de las circunstancias, llevadas a cabo por terceros, sin una connivencia prevista. Por eso la jurisprudencia ha sostenido que, no obstante haberse acreditado el motín en una unidad penitenciaria, los medios acumulados en el expediente no son suficientes para probar una violencia de su parte sobre el guardia tendiente a quitarle el uniforme, ni que haya participado de manera activa en el tumulto de referencia, y como el aprovechamiento de esa situación no resulta típico para atribuirle el delito de evasión se llega por aplicación del artículo 13 del CPP a la conclusión liberatoria[14]. También se ha dicho que, en el delito de evasión, la violencia o la fuerza requerida por la ley la emplea el detenido que las usa o se vale de las usadas por un partícipe[15]. Además, que

[12] CCCorr., sala II, 3-7-92, "Martínez, Fabián", c. 41.373.
[13] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 193.
[14] CCCorr., sala V, 10-10-89, "Guisamburu, G.", c. 24.295.
[15] CCCorr., sala II, 3-7-92, "Martínez, Fabián", J. A. 1995-II, síntesis.

la evasión requiere como medio comisivo la fuerza, violencia o intimidación en "estrecha relación" con el fin buscado, en carácter de causalidad de medio a fin, aunque sea como mera contribución. Es el agente el que tiene que haber vencido la resistencia que le oponían las cosas o las personas para lograr su libertad, o por lo menos cooperado, aunque sea moralmente, a su vencimiento[16].

La Casación Penal ha sostenido que no resulta de aplicación el artículo 54 del Código Penal sino el 55, si en las conductas imputadas (evasión y robo), realizadas en el contexto general de la violencia desencadenada, con motivo de la fuga de uno de los imputados, el apoderamiento del arma excedió el simple acto de desarmar al funcionario penitenciario para favorecer la evasión y no resultaba necesario a tal efecto[17].

El criterio, tal como surge de la síntesis del fallo, es desarcertado. Ya había dicho Núñez que la lesión resultante de la violencia no trasciende a un hecho independiente, sino que cae en dos sanciones legales (art. 54, Cód. Pen.). Igual criterio aplicaba con relación al daño[18]. Y la cuestión es lógica, porque se encuentra el hecho en un solo contexto de acción y no en acciones separables.

a.3) *Sujetos*

Sujeto activo del delito es la persona legalmente detenida, esto es, privada de su libertad personal, ya sea con encierro o no, condenada o con procesamiento, imputada o detenida legalmente por cualquier otra calidad[19]. Sin embargo, y en esto estamos de acuerdo, no revisten esa calidad las personas que están internadas en virtud de una medida de seguridad o tutela, de acuerdo al artículo 34, inciso 1°, y la ley de Menores, ya que no se trata de una detención propiamente dicha, sino de una medida de seguridad, en un caso, y de educación en otro.

Es un delito de propia mano, ya que el tipo delictivo está reglado de tal modo que sólo pueden ser autores quienes estén en condiciones

[16] CCCorr., sala VI, 11-5-95, "Fasoli, Néstor", J. A. 1996-I-215.
[17] CNCas.Pen., sala IV, 14-8-95, "Bellegui, J. A.", c. 183, J. P. B. A. t. 94, f. 220.
[18] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 193.
[19] NÚÑEZ, ob. cit., p. 192.

de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida[20]. A raíz de ello es que el ámbito de quienes pueden ser autores de este delito esté limitado. Predomina el desvalor de acción que el sujeto desarrolla, siendo palmariamente un delito de actividad.

Esto trae aparejado en el ámbito de la autoría una consecuencia inmediata: los terceros que no participan de ese círculo sólo pueden ser cómplices del autor principal, pero de ninguna manera coautores o autores mediatos[21]. La participación (inducción y complicidad) sería posible desde el plano teórico para esta categoría de delitos, cada vez que se cooperase en la acción de otro y, por ello, no se tendría calidad de autor.

Esta idea queda restringida, en parte, debido al artículo 281 del Código Penal, que castiga como autor al que favoreciere la evasión.

Persona legalmente detenida es aquella que está privada de su libertad personal, con o sin encierro, en carácter de condenada (ya sea por delito, contravención o infracción disciplinaria), procesada, imputada, sospechada o arrestada o detenida en otra calidad, por una autoridad competente, con las formalidades establecidas por la ley para el caso o por un particular en los casos de flagrancia (art. 240, Cód. Pen.).

El decreto-ley 21.338 establecía que el sujeto activo era todo el que se hallare "legalmente privado de su libertad". La modificación introducida por la reforma de esta expresión que, sin cavilaciones, es más amplia, vuelve a plantear en doctrina el caso de los menores. Las disposiciones de las leyes 22.278 y 22.803 permiten sostener que el límite de edad para hacer efectiva la detención, propiamente dicha, es el de 18 años (arts. 4°, inc. 2°, 5°, 8° y 10 de la ley 22.278, y art. 3° de la ley 22.803). Tampoco tienen calidad de detenidos los internados en establecimientos de salud, curación, tutela o educación, aunque la internación sea forzosa (vgr. art. 34, inc. 1°, Cód. Pen.; art. 9°, ley 12.331; art. 1°, ley 14.394).

Quedan comprendidos por la disposición los sujetos condenados a pena privativa de libertad, los que se encuentran en prisión preventiva, los que se hallan detenidos a orden de un juez por una razón diferente

[20] DONNA, ob. cit., t. II, par. 49, p. 84.
[21] Ídem nota anterior, p. 85.

de las mencionadas, como ser los sujetos que esperan el despacho de una extradición, los testigos o las personas detenidas en el primer momento de un hecho hasta individualizar los autores, de acuerdo con lo dispuesto por las leyes procesales; queda también abarcado el sujeto aprehendido en flagrancia por un particular (art. 240, Cód. Pen.), el detenido por medida disciplinaria y el menor de más de 18 años en establecimientos especiales, cuando allí se encuentre por disposición de la autoridad. También la policía tiene facultades de detención, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 183 y 184 del CPPN y 1° de la ley 23.950. Asimismo, son legales las detenciones ordenadas por el presidente de la República durante la vigencia del estado de sitio (art. 23, Const. Nac.).

La detención legal exige una mera procedencia formal, con lo que no se requiere que la medida, desde una óptica valorativa, alcance un grado de justicia intrínseca[22]. La legalidad se determina conforme a las normas dictadas por la ley procesal respectiva en torno a la limitación de la libertad personal.

La doctrina guarda silencio respecto al sujeto pasivo. Válido es recordar, en este sentido, que sujeto pasivo es el portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido[23]. Es decir que tanto puede ser un individuo, una persona jurídica, o el mismo Estado. En el caso que nos ocupa, en tanto el bien tutelado es la administración de justicia, el sujeto pasivo es el Estado en su función jurisdiccional. Asimismo, no debe olvidarse que debe distinguirse el sujeto pasivo del delito de aquel que es perjudicado por él. El perjudicado puede ser no sólo la víctima, sino además quienes han sufrido un perjuicio material y moral por el delito, aunque no sean portadores del bien lesionado. La distinción es valiosa en el ordenamiento procesal argentino, ya que sólo los que estén directamente afectados por el delito y sus herederos podrán constituirse como actores civiles, tal como lo dispone el artículo 14 del CPPN[24]; por otra parte, así se desprende del propio Código Penal, que en su artículo 29, inciso 1°, señala que

[22] NÚÑEZ, ob. cit., p. 192.
[23] DONNA, ob. cit., t. II, par. 49, p. 86.
[24] DONNA y MAIZA, ob. cit., ps. 24 y ss.

la sentencia condenatoria podrá ordenar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima.

Tampoco debe confundirse el sujeto pasivo con el objeto material de la acción, es decir, la persona o cosa sobre la que recae la acción delictiva[25]. En este delito uno de los dos medios comisivos típicos implica el desarrollo de violencia contra una persona en aras de recuperar el estado de libertad. Desde la correcta conceptualización realizada, no hay lugar para desorientaciones: sujeto pasivo es el Estado, y objeto de la acción, para el caso de violencia, es la persona sobre la que ésta recae.

2. *Tipo subjetivo*

La evasión es un delito doloso, de modo que el sujeto debe conocer las circunstancias de hecho de la situación típica, lo que equivale a afirmar que debe tener una conciencia actual sobre su calidad de detenido. Se trata de un elemento normativo del tipo, de modo que el error sobre este extremo constituye un error de tipo[26].

El aspecto volitivo debe llevar ínsito un propósito determinado: el de perseguir, mediante la utilización de los medios enunciados por la ley, la evasión. Por ello, sólo se admite dolo directo.

## IV. Consumación y tentativa

El momento consumativo se verifica cuando el sujeto logra desvincularse de su anterior estado de detención, por haber salvado los obstáculos materiales opuestos por los dispositivos de encerramiento y por haberse desvinculado de los perseguidores, es decir, en el acto mismo en que el individuo reconquista su libertad; dicho resultado se realiza aunque el fugado sea capturado de nuevo en un corto lapso[27]. Así lo ha entendido la jurisprudencia que expresó: "El delito de evasión es instantáneo y se consuma con la salida del ámbito del encierro sin

[25] *N. del A.*: Así lo pone de manifiesto, acertadamente, Cerezo Mir, quien cita a Carrara como uno de los partidarios de semejante desorden conceptual; véase, en esta dirección, CEREZO MIR, ob. cit., p. 71.

[26] MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., t. I, par. 24, II, p. 418.

[27] CREUS, ob. cit., p. 577.

que la persecución y aprehensión, logradas luego de superados los límites de ese ámbito, implique consumación del tipo"[28].

Ahora bien, si el sujeto es perseguido de manera constante, o no logra salir de su ámbito de encierro, no habrá consumación del hecho.

Mientras no se verifique ese resultado (la liberación) puede haber tentativa, cuyo comienzo de ejecución debe encontrarse en el comienzo de la actividad violenta contra las personas o en la iniciación de las operaciones de ruptura[29].

La jurisprudencia ha sostenido que incurre en el delito de evasión en grado de tentativa quien, con la finalidad de fugarse de su lugar de detención, procedió al aserramiento de los barrotes de una claraboya de su celda, con una sierra, no pudiendo consumar su propósito por circunstancias ajenas a su voluntad, ya que la autoridad policial, al advertir la maniobra, efectuó una requisa, hallando el elemento utilizado en el desagüe de un baño común a los calabozos[30]. Asimismo ha dicho que cuando entre el acto de sustraerse a la custodia y la ulterior aprehensión del procesado no medió solución de continuidad, ya que el agente que lo custodiaba en ningún momento dejó de saber dónde se hallaba el acusado, la evasión quedó en grado de tentativa[31].

## FAVORECIMIENTO Y PRODUCCIÓN NEGLIGENTE DE EVASIÓN

Dice el artículo 281: "Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado. Y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo.

"Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de mil a quince mil pesos".

[28] CPen. de Concordia, 23-11-87, "Gerfó, Jorge R.", D. J. 1988-2-397.
[29] CREUS, ob. cit., p. 577.
[30] CCrim.1ª de Santa Rosa, 9-8-94, "Caro, W. G.", J. P. B. A. t. 94, f. 159.
[31] CPen. de Rosario, sala II, 24-10-79, "Isaurralde, Gabina", supl. L. L. 1981-459.

## I. Antecedentes históricos

Como señaláramos, el artículo 281 del Código Penal es concordante con el Proyecto Tejedor, Parte Segunda, Libro Segundo, Título Segundo, Capítulo 6, artículos 1°, 2° y 3°; proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículos 146, 147 y 148; proyecto de 1891, artículo 327, y proyecto de 1906, artículo 390.

## II. Bien jurídico

El bien jurídico protegido es la administración de justicia, la cual tiene derecho a contar con la cooperación de todos los miembros de la sociedad, a los efectos de cumplir con su misión.

El objeto específico de la tutela penal es el interés público relativo al sometimiento de los particulares a la administración de la justicia en sentido lato, por cuanto conviene evitar, mediante la conminatoria de una pena, que se procure o se facilite la evasión de las personas arrestadas o detenidas, y este objeto de tutela es amparado por el legislador mediante la incriminación, tanto de la conducta de quien dolosamente favorece la evasión de un detenido o condenado, como de la del funcionario público que en virtud de su desaprensión produce dicho resultado típico.

En el caso del favorecimiento culposo, entonces, el irrespeto por el bien jurídico no comienza con la decisión consciente contra ellos. En verdad, empieza en el momento en que el autor demuestra tan poca consideración por él que ni siquiera se esfuerza por pensar en el peligro que su comportamiento puede significar para la sociedad, o cuando a pesar de reconocer la existencia del peligro continúa su acción con ligereza[32]. Por eso parece conveniente el sancionar aquellas conductas que de manera culposa lleven a la evasión de las personas detenidas.

[32] Acorde con estas ideas, STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de la 2ª ed. alemana (1976) por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, t. I, par. 1081, p. 320.

## III. Favorecimiento de evasión

### 1. *Tipicidad*

#### a) *Tipo objetivo*

##### a.1) *Acción típica*

La acción típica es la de favorecer la evasión de alguna persona privada de su libertad. Favorece la fuga aquel que ayuda a la persona privada de su libertad a realizar la evasión, eliminando los obstáculos que restringían su libertad ambulatoria[33].

El tipo penal no habla de medios empleables para prestar esta ayuda. De tal modo, se entiende que cualquier medio es posible y utilizable, no siendo necesaria una relación con la evasión del artículo 280 del Código Penal[34]. La palabra evasión está empleada, en este artículo, en su sentido gramatical, pero entendido que cualquiera sea el medio, debe existir una persona que favorezca y otra que sea la favorecida en la acción. Por ese motivo no comete este delito, aquel que saca de la cárcel a otro en contra de su voluntad[35].

El favorecimiento puede estar constituido tanto por un hacer como por una omisión. Para el caso de este segundo supuesto tiene que existir posición de garante en el agente, de tal forma que tenga la obligación de actuar, dando así lugar a una omisión impropia subsumible por este tipo legal[36].

Por conducta favorecedora debe entenderse aquel comportamiento que incide en el curso causal de la evasión, ya sea de un modo principal, de manera accesoria o secundaria, aunque no resulte decisivo para la obtención del resultado o la perpetración de su intento[37].

Se ha considerado, por parte de la jurisprudencia, que no configura favorecimiento de evasión, sino una conducta atípica, el intento de entrega de una sierra por la concubina (en forma subrepticia) al concubino detenido, si esta acción (no obstante la intención de la

[33] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 194; CREUS, ob. cit., p. 581.
[34] CREUS, ob. cit., p. 582; NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 194.
[35] CREUS, ob. cit., p. 582.
[36] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 194.
[37] CREUS, ob. cit., p. 582.

mujer) en nada influyó en la conducta del detenido, que si bien trató de fugarse de su lugar de detención, utilizando fuerza en las cosas, mediante el aserramiento de los barrotes de su celda, lo hizo en forma autónoma y totalmente desvinculada del quehacer de la concubina[38].

a.2) *Sujetos*

Sujeto activo puede ser cualquiera, siempre que no sea autor del delito de evasión, cuyo hecho es imputable, siempre en forma autónoma, cuando medien los extremos del artículo 280. El sujeto activo de este delito en ningún caso se hace cómplice del tipo penal de la evasión, de modo que la complicidad en la evasión, del artículo 280, será siempre punible de acuerdo al artículo 281 del Código Penal. Esto es así habida cuenta de que este tipo penal fija una pena autónoma y superior a la de la evasión, que lleva a que sea un tipo penal autónomo en relación al artículo 280 del Código Penal.

También puede ser autor otra persona que se encuentre privada de su libertad personal.

En el caso en que el sujeto activo sea un funcionario público, el artículo prevé una inhabilitación absoluta por triple tiempo. La agravante está dada en función de la especial calidad revestida por el agente, dado que tiene para con ella deberes que cumplir superiores a los que rigen y gravitan sobre los particulares, en tanto le corresponden los que caben para todos los habitantes del territorio y, además, los que contrajo con motivo de las funciones que desempeña. La doctrina no requiere que este autor calificado esté en determinada situación con respecto al detenido o condenado.

Estamos ante un delito de los llamados especiales en sentido amplio[39]. Bajo esta categoría se agrupan aquellos ilícitos que pueden ser cometidos por cualquier persona, pero si son cometidos por determinada categoría de autores se castigan más severamente[40].

[38] CCrim.1ª de Santa Rosa, 9-8-94, "Caro, W. G.", J. P. B. A. t. 94, f. 159.
[39] DONNA, ob. cit., t. II, par. 49, p. 86.
[40] Ídem nota anterior.

La autoría y la participación en estos delitos no constituyen problema alguno, ya que el tipo penal básico admite a cualquier persona como autora, motivo por el cual rigen en general las reglas de la participación[41].

Sujeto pasivo es el Estado en su rama jurisdiccional; deviene aplicable todo lo sostenido respecto a este sujeto en el delito de evasión, razón por la que allí nos remitimos.

b) *Tipo subjetivo*

Es un delito doloso, por lo cual el autor debe conocer que su ayuda es para favorecer la evasión y, obviamente, la condición de detenido del agente. Si el agente conoce y actúa colaborando con la fuga, la faz volitiva se ve completada. Es admisible la forma eventual del dolo, desde que bien puede plantearse el supuesto en que el autor preste una ayuda para una evasión que sólo sospecha y, no obstante ello, el autor igual actúa prestando la colaboración para la evasión.

2. *Consumación y tentativa*

Mientras Laje Anaya sostiene que si bien pareciera que la infracción se consuma cuando el autor favorece, esto es, cuando ha prestado ayuda, otra parte de la doctrina nacional sólo considera punible el hecho cuando la evasión se ha intentado o consumado[42]. Y en verdad ello resulta lógico, desde que la conducta típica no es la de suministrar medios tendientes a facilitar la evasión, sino la de facilitarla, allanarla, favorecerla.

La tesis mayoritaria, representada por Soler[43], Fontán Balestra[44] y Varela[45], afirma que el delito se consuma cuando la fuga se ha producido. La minoritaria, expuesta por Núñez[46] y Creus[47], entiende

[41] Ibídem.

[42] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, par. 283, p. 238.

[43] SOLER, ob. cit., t. V, par. 150, III, p. 360.

[44] FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 950.

[45] Cit. por LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, par. 283, p. 238.

[46] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 195.

[47] CREUS, ob. cit., t. II, par. 2232, p. 367.

que el delito no se consuma con el acto de favorecimiento, sino con la evasión o su intento, ya que cuando esto ocurre ha comenzado a jugar el favorecimiento.

Es admisible la tentativa. Ella tiene lugar cuando el sujeto ha prestado ayuda y cuando la evasión pertinente se ha intentado[48]. Para el caso del funcionario público, la inhabilitación absoluta será del doble tiempo[49].

## IV. El favorecimiento culposo de evasión

### 1. *Tipicidad*

#### a) *Tipo objetivo*

##### a.1) *Acción típica*

La acción típica es la de producir por negligencia la evasión de un detenido o condenado. Producir significa originar, ocasionar, causar, generar, dar lugar a un determinado resultado; en este caso, la evasión.

Pertenecen a la parte objetiva del tipo tanto la descripción genérica de la acción cuanto los respectivos elementos especiales de ella. De allí que sea exigible el resultado mencionado en el tipo. También debe incluirse aquí la relación de causalidad que debe unir a la acción violatoria del deber objetivo de cuidado con el resultado requerido.

Debe tratarse de una acción descuidada referida al bien jurídico perjudicado. La norma constituye también el punto de partida en la búsqueda del criterio que permitirá enjuiciar, como descuidadamente provocado, el concreto perjuicio del bien jurídico. El ilícito punible no radica meramente en la omisión del cuidado debido, sino en la acción ilícita dañosa de un bien jurídico imperativamente ordenada, para evitar un perjuicio al valor tutelado, y descuidadamente omitida, o bien prohibida, pero descuidadamente ejecutada. A modo de ejemplo, cabe citar el fallo que consideró favorecimiento culposo de la evasión la conducta de quien abandonó la vigilancia del detenido

[48] Así lo entienden SOLER, ob. cit., t. V, par. 150, III, p. 360; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 950, y VARELA, cit. por LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, par. 283, p. 238.

[49] CCCorr., sala I, 14-10-81, "Adorno de Medina".

por varios minutos, sin que hubiera mediado circunstancia alguna que justificara su descuido[50].

Por eso debe verificarse la evitabilidad de la conducta descuidada. El hacer del autor, en este sentido, debe ser comparado con la conducta a esperar de un miembro consciente y sensato de uno de estos "círculos", y será precisamente en este estadio en el cual habrá de considerarse el actuar previsible del profesional consciente en la misma situación real en la cual se encontraba el autor. Opinamos, así, que el sujeto debe utilizar el cuidado que el hombre consciente y ponderado, que forma parte del círculo al cual pertenece, habría hecho predominar *ex ante* en la concreta situación del autor[51].

La acción del agente debe implicar un perjuicio del bien jurídico descuidado-evitable, lo cual conlleva que contradiga las reglas que sirven a la evitación de perjuicios a bienes jurídicos, reglas que deben encontrarse en el ámbito social respectivamente afectado, que pueden ser escritas o no[52].

Entre la violación del deber de cuidado y el resultado producido debe presentarse una relación de determinación –entendida a veces como un nexo de causalidad, e incluso como un problema de imputación objetiva, para aquellos que la tienen en cuenta–, es decir, la violación del deber de cuidado debe ser determinante del resultado. No es punible en nuestro ordenamiento la mera infracción a un deber. Fácil resulta comprender que la amenaza penal va considerablemente más allá del propio comportamiento contrario al deber.

Por eso hay que tener en cuenta que sólo serán típicas las conductas negligentes, esto es, aquellas que sean descuidadas y no las otras formas culposas[53], que podrán ser sancionadas de acuerdo a otros tipos penales, como ser el incumplimiento de los deberes de funcionario público[54]. La infracción de los reglamentos debe ser entendida, en principio, como una negligencia, aunque no siempre ello es así, de manera que cuando no exista negligencia la conducta no entrará en este tipo penal.

[50] CPen. de Rosario, sala II, 29-7-80, "M., J., B., G., C., A", Z. 1980-21-342.
[51] MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., t. II, par. 43, III, p. 145.
[52] Ídem nota anterior.
[53] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 196.
[54] CREUS, ob. cit., p. 586.

En síntesis, se puede afirmar que el perjuicio de un bien jurídico sólo puede ser realizado en forma socialmente inadecuada y evitable cuando hayan sido infringidas reglas legales establecidas respecto de la ejecución cuidadosa de esta clase de acciones, o cuando las mismas acciones hayan sido ejecutadas en forma descuidada, según la regla social respectiva[55].

La jurisprudencia ha sostenido que no puede disiparse la responsabilidad de los encartados por la circunstancia de que el lugar de alojamiento pudiese no reunir las condiciones de seguridad de una unidad del Servicio Penitenciario Federal, ni minimizarse las disposiciones contenidas en los memorandos tendientes a establecer mayor seguridad en el manejo y control de los detenidos. Si bien puede resultar cuestionable la decisión de alojar individuos sometidos a procesos por delitos de tal gravedad en dependencias de la División de Investigaciones Penal-Administrativas de la Prefectura Naval Argentina destinadas al encarcelamiento de contraventores, su revisión no compete a este tribunal, siendo del caso resaltar que fue el actuar negligente de los acusados el que quebró el sistema de vigilancia instaurado por las autoridades a través de los citados memorandos y, por ende, el factor determinante de que se produjese la evasión de los detenidos[56].

a.2) *Sujetos*

Sujeto activo del delito es únicamente el funcionario público. Es un delito especial en sentido estricto o propio. El círculo de autores está determinado por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico[57].

En cuanto al sujeto pasivo, entendemos que es el Estado en su función jurisdiccional. Remitimos a lo dicho sobre el tema al tratar el delito de evasión.

La disposición castiga al funcionario que por negligencia da lugar a la evasión, esto es, al que observa una conducta descuidada con

[55] MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., t. II, par. 43, III, p. 152.
[56] CCCorr.Fed., sala II, 27-9-95, "Quiroga, J. L.", c. 10.478, J. P. B. A. [illegible]
[57] DONNA, ob. cit., t. II, par. 49, p. 85.

respecto a la obligación de asegurar la continuidad del sometimiento, vale decir, la omisión de cuidados que se deben poner para que no cese el estado de privación de quien así se halla[58].

b) *Tipo subjetivo*

La infracción de la norma descripta en el tipo conoce elementos subjetivos integrantes del tipo subjetivo, aun en los hechos culposos.

Aquí entra en juego el concepto de recognoscibilidad general, el cual significa que, conforme a un juicio objetivo experto, cabe contar con la producción del perjuicio concreto del bien jurídico[59].

Debido a que el perjuicio de un bien jurídico sólo es generalmente evitable en el caso de su previsibilidad concreta o al menos de su recognoscibilidad, por el respectivo autor individual potencial, la previsión individual, o, en su caso, el conocimiento individual (elemento de la infracción normativa) del perjuicio descuidado del bien jurídico es considerado como un elemento del tipo subjetivo, en correspondencia con la estructura del hecho punible doloso.

De tal modo, la previsibilidad o la recognoscibilidad individual constituye el núcleo del tipo subjetivo; en correspondencia con la estructura del hecho punible doloso, ella se refiere al perjuicio descuidado-evitable tipificado en el tipo objetivo y, con ello, a la totalidad de los elementos del tipo objetivo: sujeto del hecho, objeto del hecho y resultado, así como a la acción, incluida la infracción del deber de cuidado de la conducta y la causalidad de la evitabilidad[60].

El tipo penal habla de negligencia. Núñez expresa que es negligente el comportamiento que, de acuerdo con las circunstancias, es descuidado, y agrega que las otras formas de la culpa no responsabilizan por la producción de la evasión, si en el caso concreto no se asientan en un descuido del funcionario[61]. También Soler indica que no está prevista la imprudencia, sino solamente la incuria, el incumplimiento de deberes[62]. En análogo sentido señala Creus que no cualquier forma

[58] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, par. 285, p. 242.
[59] MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., t. II, par. 43, V, p. 177.
[60] MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., t. II, par. 43, V, p. 178.
[61] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 196.
[62] SOLER, ob. cit., t. V., par. 150, III, p. 360.

culposa sirve a la tipicidad, sino sólo la negligencia, y que las otras formas de culpa sólo pueden ingresar en el tipo en cuanto puedan reducirse a la negligencia[63].

Sobre los conceptos de negligencia e imprudencia la doctrina ha dado una serie de argumentaciones. Fontán Balestra afirma que la distinción no tiene importancia. Soler reduce todas las formas de violación del deber de cuidado a la imprudencia y a la negligencia, concluyendo en que la negligencia es "el incumplimiento de un deber" y la imprudencia "el afrontamiento de un riesgo". Núñez intenta aproximar la negligencia a la culpa inconsciente y la imprudencia a la culpa con representación. Reconoce que la imprudencia puede generar culpa consciente o inconsciente, pero, de cualquier manera, la identificación de la negligencia con la culpa inconsciente ha sido criticada, ya que se afirma que tan negligente es quien deja de cumplir con el deber de cuidado, representándose la posibilidad del resultado, como el que lo hace sin representársela[64].

En cuanto a la impericia y la inobservancia de los reglamentos, no pueden ser más que casos de negligencia o imprudencia, quedando a salvo la posibilidad de reducirlos todos a negligencia o todos a imprudencia[65].

## 2. *Consumación y tentativa*

Como cualquier delito culposo, la consumación se configura con la producción del resultado, es decir, con la producción de la evasión. El injusto se agota, pues, con la efectiva fuga.

No se alcanza la consumación cuando la evasión no supera los límites del intento, sin coronarlo con éxito, lo cual no llega a adquirir relevancia típica. En el obrar culposo, como ya se ha visto, no puede haber tentativa[66]. El delito culposo carece de una decisión delictiva que vaya más allá del suceso objetivo, elemento esencial de toda tentativa[67].

[63] CREUS, ob. cit., t. II, par. 2236, p. 368.

[64] ZAFFARONI y ARNEDO, ob. cit., t. III, par. 358, ps. 385/386.

[65] Ídem nota anterior.

[66] DONNA, *La tentativa* cit., p. 21 y ss.

[67] Sí, en cambio, es pensable una tentativa culposa, aunque no esté regulada en la ley, como por ejemplo, la puesta en peligro culposa del tránsito, en los casos en que el chofer sepa su incapacidad de conducir; véase, al respecto, DONNA, *La tentativa* cit., par. 6, p. 51.

Así lo ha entendido la jurisprudencia al manifestar: "Para que exista favorecimiento culposo de la evasión no basta con que la negligencia del agente haya significado un aporte más dentro de proceso causal, pues se requiere que haya producido la evasión"[68].

## QUEBRANTAMIENTO DE INHABILITACIÓN

El artículo 281 bis establece que: "El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años".

### I. Antecedentes

El proyecto de 1891 consideraba esta especie de atentado como falta o contravención, y así se dispuso en el Título IV, bajo el *nomen* de *Faltas contra la autoridad y la administración pública* (art. 350, inc. 8°), que: "El que ejerciere profesión, funciones o derechos de que estuviese inhabilitado por sentencia". Pero esa fórmula se perdió, posiblemente, en razón de que el proyecto de 1917 enterró el libro relativo a estas infracciones de menor cuantía. La consecuencia fue que el hecho resultaba atípico e impune semejante conducta por la vía del delito penal común[69].

El tipo penal se incorporó por el decreto-ley 17.567, y provino del Proyecto Soler, artículo 330, y por la ley 23.077.

### II. Bien jurídico

El bien jurídico protegido consiste en la incolumnidad de una restricción impuesta, pero sólo por el órgano jurisdiccional[70]. De este modo la protección alcanza al efectivo cumplimiento de las inhabilitaciones que provienen de las decisiones judiciales, pues la autoridad del órgano jurisdiccional, en un Estado de Derecho, se vería seriamente

[68] CNCCorr., sala V, 27-5-94, "Castro, Luis", L. L. 1995-C-537; D. J. 1995-2-632; S. J. 784.

[69] LAJE ANAYA, ob. cit., ps. 242/243.

[70] CREUS, ob. cit., p. 587.

afectada si las partes pudieran quebrantar las decisiones, de manera que la inhabilitación impuesta quedara como letra muerta[71].

La razón de la incriminación está en que, al existir la inhabilitación como pena, su efectividad, salvo el caso del funcionario público, resultaba ilusoria, al decir de Fontán Balestra y Millán, si no existiera protección para su incumplimiento, ya que, de lo contrario, no existiría una sanción específica penal[72].

La jurisprudencia había intentado tipificar dicha conducta recurriendo al delito de desobediencia, pero como bien hemos visto, la desobediencia sólo se tipifica en cuanto hace a actos administrativos y no a resoluciones judiciales[73].

## III. Tipicidad

### 1. *Tipo objetivo*

#### a) *Acción típica*

La acción típica radica en quebrantar una inhabilitación judicialmente estatuida. Consiste en asumir una actividad de tipo profesional o reglamentada, cuyo ejercicio normal y habitual es lícito, expresa y especialmente vedada en concreto para el sujeto por vía jurisdiccional; en definitiva, es hacer uso de la capacidad jurídica que la inhabilitación había bloqueado[74]. El autor viola, conculca, ejerciendo la actividad para la cual había quedado la persona impedida, esto es prohibida. Por ende, supone la transgresión de la obligación que se derivaba de la condena[75].

El contenido que la infracción puede asumir es variado, tanto como lo son las formas de las acciones de plausible interdicción. El método utilizado para la tipificación de esta conducta evidencia que

[71] NÚÑEZ, ob. cit., t. VII, p. 147.

[72] FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, *La reforma al Código Penal, ley 17.567*, Abeledo-Perrot, 1968, p. 438.

[73] CCCorr. *Fallos*, t. II, p. 358; *Fallos*, t. IV, p. 241. En igual sentido que nosotros, FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., p. 438.

[74] CREUS, ob. cit., t. II, par. 2240, p. 369.

[75] MAGGIORE, *Derecho Penal* cit., t. III, p. 391; FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., p. 439.

lo esencialmente protegido por el tipo penal es la norma que indica al autor respetar el deber jurídico de abstención impuesto por decisión judicial.

La inhabilitación, que como se sabe es una pena que implica pérdida de derechos, puede haber sido aplicada como pena principal, accesoria, única o conjunta. De igual modo, es también indiferente que se trate de una inhabilitación especial o absoluta, temporaria o perpetua.

Un requisito básico del tipo es que la inhabilitación debe haber sido impuesta judicialmente, esto es aplicada por órganos jurisdiccionales en función jurisdiccional, al decir de Creus[76]. Por lo tanto, no están comprendidas las inhabilitaciones de carácter administrativo o disciplinario, ni tampoco las decididas por órganos jurisdiccionales en función de superintendencia. Por ende, no es elemento del tipo la inhabilitación que hayan impuesto los colegios profesionales, los entes municipales o cualquier otro ente que no sea judicial.

Una parte de la doctrina ha intentado extender el tipo penal a aquellos casos en los cuales la justicia municipal haya sido el órgano que provocó la inhabilitación. Sería el caso de la inhabilitación para conducir automóviles en forma definitiva o transitoria. El argumento es que los funcionarios municipales son parte de un Poder Judicial, por una parte, y que no hay inconveniente en que la inhabilitación provenga de la comisión de una falta o contravención. Para ello afirma que la ley sólo se refiere a la inhabilitación judicial, y no a una sanción proveniente de un delito[77]. En síntesis, se requiere que la inhabilitación haya sido judicialmente impuesta, tanto por una violación a una norma de Derecho Penal común como a una contravencional[78]. También participa de esta posición Creus, ya que afirma que tanto se comprende las inhabilitaciones provisionales como las contravencionales[79].

Esta posición ha sido criticada, y con razón, por Fontán Balestra y Millán, ya que aducen que se trata de una inhabilitación judicial, por lo que el ámbito se reduce sólo a las que surgen de sentencia

[76] CREUS, ob. cit., p. 588.
[77] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 244.
[78] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 243.
[79] CREUS, ob. cit., p. 589.

firme de un delito doloso o culposo. Se trata sólo de una inhabilitación que surge del artículo 19 ó 20, ya se trate de una inhabilitación absoluta o especial[80].

Es clara la analogía empleada por los autores citados, ya que sólo debe considerarse del quebrantamiento de una sentencia judicial, esto sólo lleva al delito y no a la contravención.

La jurisprudencia ha considerado atípica la conducta de quien, estando inhabilitado para operar en una cuenta corriente bancaria, obtuvo la apertura de una cuenta de este tipo pero no la utilizó. Consideró el tribunal que el comportamiento constituyó un mero acto preparatorio, que no alcanzó las características inequívocas de principio de ejecución[81]. También se consideró atípica la conducta de quien ejerció actos profesionales, encontrándose inhabilitado por una sentencia penal que había sido recurrida de hecho ante la Corte, ya que no se pudo predicar que se tratara de una resolución firme y, en consecuencia, que fuera susceptible su quebrantamiento[82].

b) *Sujetos*

Sujeto activo de este delito es aquel que ha sido judicialmente inhabilitado, es decir, el sujeto condenado, en autoridad de cosa juzgada, a la pena de inhabilitación, y que esté debidamente notificado de ella. Obviamente, no puede ser autor el sujeto que se ha rehabilitado, esto es, el condenado a esa pena a quien se le ha retribuido el uso y goce de los derechos y capacidades de que fuera privado (art. 20 ter, Cód. Pen.).

El tipo conlleva una necesaria limitación del ámbito de los autores posibles. De conformidad con el contenido del ilícito, sólo puede ser su autor quien esté en condiciones de llevar a cabo, por sí e inmediatamente, la acción prohibida[83]; en el caso, aquel que se encuentra judicialmente inhabilitado; se trata de un delito de propia mano.

[80] FONTÁN BALESTRA y MILLÁN, ob. cit., p. 439.

[81] CCCorr., sala I, 4-9-81, "Lajmanovich, A.".

[82] CCCorr., sala IV, 22-10-91, "Mooney, Guillermo R.", c. 40.216; en contra; sala II, 11-6-91, "Peluso, Ricardo A.", c. 39.512, y sala VI, 4-6-91, "Solimano, Domingo", c. 21.847. Sobre la mensuración de la pena en este delito (CCCorr., sala V, 11-12-79, "Mequetink, Héctor").

[83] MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., t. I, par. 21, II, p. 368.

Como se indicó precedentemente al estudiar el delito de evasión, son varias las consecuencias que se derivan en el ámbito de la autoría y participación criminal. Los terceros pueden llegar a ser cómplices de delitos de propia mano, pero no pueden ser autores, esto es, ni como coautores, ni como autores mediatos[84]. La participación en los delitos de propia mano (inducción y complicidad) es posible en forma irrestricta, puesto que el partícipe coopera en una acción de otro, y, en consecuencia, no precisa tener calidad de autor[85].

2. *Tipo subjetivo*

El delito es doloso, por ende, en su aspecto cognoscitivo se exige que el sujeto conozca que se le ha impuesto una inhabilitación y que está firme. Por supuesto, este conocimiento tiene que ser cierto, descartándose cualquier tipo de ficción procesal. Ahora bien, no es necesario un conocimiento técnico-jurídico. Es de aplicación al punto la teoría de Mezger, tomada de Binding, en torno a la valoración paralela del autor en la esfera del no letrado[86]. Así, es suficiente con que el sujeto se haya formado, según el grado de su ilustración y conocimiento en la materia, una representación acerca del contenido del concepto en la vida social[87]. Asimismo, se requiere que sepa que su acción infringe el deber de abstención que le fue impuesto.

Desde el aspecto volitivo, no se demanda la existencia de un propósito o motivación determinada. Basta con el mero querer los elementos del tipo. Pero no hay duda de que, para poder querer algo, se debe conocer ese algo. En este aspecto, bien hace Hassemer al decir que el elemento de la congnoscibilidad es útil para deducir una conclusión fiable sobre la decisión en contra del bien jurídico: quien conoce todas las circunstancias dañosas y de todos modos actúa, no podrá afirmar que ello no entra dentro de su decisión[88].

[84] Ídem nota anterior.

[85] Ibídem.

[86] *N. del A.*: para mayores precisiones, consultar nuestro desarrollo del tema realizado en la teoría del delito; véase, DONNA, ob. cit., t. II, par. 51, p. 98.

[87] MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, ob. cit., p. 394.

[88] Así lo sostuvimos en nuestra teoría del delito; véase, en este sentido, DONNA, ob. cit., t. II, p.96.

El tipo exige el dolo directo desde que el autor debe estar consciente de realizar con su acción los elementos del tipo objetivo. El error, como es obvio, elimina el dolo, aun cuando sea vencible, y, al no existir un tipo imprudente, la conducta será impune.

## IV. Consumación y tentativa

La consumación se configura cuando el sujeto quebranta, vale decir, cuando viola o infringe lo que está prohibido hacer en virtud de imposición judicial. Bien dice Creus que tanto puede ser un delito permanente, de acuerdo al ejercicio de la inhabilitación, por una parte, y a la naturaleza, por otra. Por ejemplo, el quebrantamiento de la pena en relación a la privación del empleo o cargo no puede ser instantáneo; al contrario, sí lo será cuando el acto prohibido para el sujeto represente, por su naturaleza, un hecho y sólo uno, como ser la prohibición de votar, ante la privación del derecho electoral[89].

La jurisprudencia lo ha considerado delito permanente, puesto que su consumación se extiende en el tiempo: tiene un principio, cuando el agente realiza la acción típica –en el caso, conducir un automóvil–, y un fin, cuando cesa de hacerlo, incurriendo en un nuevo delito cuando decide volver a manejar, pues responde a una nueva resolución[90].

Es admisible la tentativa. Laje Anaya da el siguiente ejemplo[91]. El caso trata de un sujeto inhabilitado para conducir que obtiene un nuevo registro de conductor. Hasta aquí, los autores están de acuerdo en que nada relevante para el Derecho Penal existe. Pero, sostiene el autor citado, supóngase que ese sujeto sea sorprendido cuando, instalado ya en el automóvil y con motor encendido, comienza a accionar el respectivo mecanismo para que el artefacto pueda ser conducido. No se podrá decir que efectivamente condujo, sino que intentaba hacerlo. Y agrega otro ejemplo: el del inhabilitado para votar que se presenta a la mesa a sufragar y es impedido su acto electoral cuando, sobre en mano, intentaba ingresar al cuarto oscuro[92].

[89] Ver, en este sentido, LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 245.
[90] CCCorr., sala IV, 24-10-78, "Céspedes, J.", c. 22.192, J. P. B. A. t. 39, f. 7796.
[91] LAJE ANAYA, ob. cit., t. III, p. 245.
[92] Ídem nota anterior.

## V. Antijuridicidad

Es interesante hacer notar que se pueden dar casos de estado de necesidad, en donde se podrá quebrantar justificadamente la inhabilitación. Supóngase el caso de tener que llevar a una embarazada de urgencia al hospital.

## VI. La pena

La pena es de prisión de dos meses a dos años. Sería conveniente reemplazar la pena de prisión por la de multa, ya que con eso se cumplirían los fines de política criminal buscados por la ley.

# ÍNDICE SUMARIO

PRÓLOGO ..... 7

## INTRODUCCIÓN

I. Concepto de "administración pública". El bien jurídico protegido ..... 9
1. El bien jurídico en la teoría italiana ..... 12
2. El bien jurídico en la teoría española ..... 12
3. La doctrina alemana y el bien jurídico ..... 14
4. El bien jurídico en la doctrina argentina ..... 15
II. El autor ..... 17
1. Sujeto activo ..... 17
2. El concepto de funcionario público ..... 20
2.1. Planteo del problema. La teoría administrativista ..... 20
2.2. Jurisprudencia ..... 24
2.3. Análisis dogmático del término funcionario ..... 26
3. La función pública ..... 29

## CAPÍTULO I

## ATENTADO Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

..... 31
I. Antecedentes de ambos tipos penales ..... 32
II. Semejanzas y divergencias entre ambas figuras ..... 33

III. Atentado a la autoridad ..... 38
1. Bien jurídico protegido ..... 38
2. Tipo objetivo ..... 39
a) Acción típica ..... 39
a.1) Fuerza. Intimidación ..... 39
b) Sujetos ..... 43
c) Tipo subjetivo ..... 44
d) Antijuridicidad ..... 47
e) Consumación ..... 48
f) La tentativa ..... 49
g) Problemas de competencia ..... 49
3. Agravantes ..... 50
a) Mano armada ..... 50
a.1) Causa de la agravante ..... 50
a.2) La acción ..... 52
b) Reunión de más de tres personas ..... 53
b.1) Motivos de la agravante ..... 53
b.2) La acción ..... 53
c) Funcionario público como autor ..... 55
d) Poner manos en la autoridad ..... 56
IV. Resistencia y desobediencia a la autoridad ..... 58
1. Resistencia a la autoridad ..... 58
a) Bien jurídico ..... 58
b) Tipo objetivo ..... 58
b.1) Acción típica ..... 58
b.2) Sujetos ..... 62
b.2.1) Sujeto activo ..... 62
b.2.2) Sujeto pasivo ..... 62
c) El "ejercicio legítimo de las funciones" y el derecho a resistencia ..... 63
c.1) Breve análisis histórico y comparativo de las soluciones ..... 64
c.2) Síntesis y recapitulación ..... 71
d) Tipo subjetivo ..... 74
d.1) El error de tipo ..... 76

d.2) El dolo en relación al elemento normativo "legítimo ejercicio de las funciones" ..... 78
e) Atribuibilidad. Error de prohibición ..... 81
f) Consumación ..... 84
g) Tentativa ..... 84
2. Desobediencia ..... 84
a) Bien jurídico ..... 84
b) Tipo objetivo ..... 85
b.1) Acción típica ..... 85
b.1.1) Carácter del delito ..... 85
b.1.2) Elementos del tipo objetivo ..... 86
b.1.3) El destinatario ..... 86
b.2) Sujetos ..... 90
c) Tipo subjetivo ..... 91
d) Atribuibilidad. Error de prohibición ..... 91
e) Consumación y tentativa ..... 91
f) La jurisprudencia y el delito de desobediencia ..... 92
Casos en que la jurisprudencia ha mantenido una posición dubitativa sobre la configuración del delito ..... 94
Casos en que no se configura el delito de desobediencia ..... 95
Desobediencia: tipicidad objetiva ..... 95
Desobediencia: tipo subjetivo ..... 96
Desobediencia: consumación ..... 97
V. La equiparación del particular al funcionario ..... 98
1. Antecedentes ..... 98
2. Análisis de la disposición ..... 98
a) El elemento del tipo objetivo "aprehender" y sus implicancias ..... 100
b) El elemento del tipo objetivo "delincuente" ..... 101
c) El elemento del tipo objetivo "flagrante delito" ..... 101
VI. Atentados leves ..... 103
1. Antecedentes ..... 103
VII. Perturbación al ejercicio de funciones públicas ..... 104
1. Bien jurídico protegido ..... 104

2. Tipo objetivo ..... 105
a) Acción típica ..... 105
b) Sujetos ..... 105
3. Tipo subjetivo ..... 106
4. Consumación ..... 106
5. Tentativa ..... 107
VIII. Impedimento o estorbo de un acto funcional ..... 107
1. Bien jurídico ..... 107
2. Tipo objetivo ..... 107
a) Acción típica ..... 107
b) Sujetos ..... 108
3. Tipo subjetivo ..... 108
4. Consumación ..... 109
5. Tentativa ..... 109
IX. Violación de fueros ..... 109
1. Antecedentes ..... 109
2. Bien jurídico ..... 110
3. Tipo objetivo ..... 111
a) Acción típica ..... 111
b) Sujetos ..... 115
c) Tipo subjetivo ..... 116
d) Consumación ..... 116
e) Tentativa ..... 117
X. Incumplimiento de deberes procesales ..... 117
1. Antecedentes ..... 117
2. Bien jurídico ..... 117
3. Tipo objetivo ..... 118
a) Acción típica ..... 118
b) Deber de concurrencia ..... 120
c) Excepciones al deber de comparecer o concurrir ..... 121
d) Prohibición de declarar ..... 124
e) El elemento normativo del tipo objetivo "citación legal" y sus implicancias ..... 126
4. Sujetos ..... 127
5. Tipo subjetivo ..... 127

6. Consumación ..... 128
7. Tentativa ..... 129

## CAPÍTULO II

## FALSA DENUNCIA

I. Antecedentes históricos ..... 131
II. Bien jurídico tutelado ..... 132
III. Tipicidad ..... 133
1. Tipo objetivo ..... 133
a) Acción típica ..... 133
b) Sujeto activo. Autoría ..... 136
2. Tipo subjetivo ..... 136
3. Consumación ..... 137
4. Concurso de delitos ..... 138
a) Delitos contra el honor ..... 138
b) Delitos contra la propiedad ..... 139

## CAPÍTULO III

## USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS U HONORES

I. Antecedentes históricos ..... 141
II. Bien jurídico tutelado ..... 142
III. Tipicidad ..... 143
1. Tipo objetivo ..... 143
a) Acciones típicas ..... 143
a.1) Asunción y ejercicio arbitrario de funciones públicas (inc. 1°) ..... 143
a.2) Continuación arbitraria en el ejercicio del cargo (inc. 2°) ..... 147
a.3) Ejercicio de funciones correspondientes a otro cargo (inc. 3°) ..... 148
2. Tipo subjetivo ..... 148

IV. Sujeto activo. Autoría ..... 149
V. Consumación y tentativa ..... 149

USURPACIÓN DE GRADOS, TÍTULOS Y HONORES ..... 150
I. Antecedentes históricos ..... 150
II. Bien jurídico tutelado ..... 151
III. Tipicidad ..... 152
1. Tipo objetivo ..... 152
a) Acciones típicas ..... 152
a.1) Llevar públicamente insignias o distintivos de un cargo que no se ejerce ..... 152
a.2) Arrogarse grados académicos, títulos profesionales u honores ..... 154
2. Tipo subjetivo ..... 157
IV. Sujetos ..... 157
V. Consumación ..... 157
VI. Concurso de delitos ..... 158
1. Con la usurpación de autoridad, títulos u honores (art. 246, Cód. Pen.) ..... 158
2. Con el ejercicio ilegal de la medicina (art. 208, Cód. Pen.) ... 159

## CAPÍTULO IV

## ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

I. Antecedentes ..... 161
II. Bien jurídico protegido ..... 162

EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PÚBLICO ..... 162
I. Tipicidad ..... 163
1. Tipo objetivo ..... 163
2. Tipo subjetivo ..... 167
II. Autoría ..... 168
III. Antijuridicidad ..... 169
IV. Atribuibilidad ..... 169
V. Consumación y tentativa ..... 170

OMISIÓN DE DEBERES DEL OFICIO –ARTÍCULO 249– ..... 171
I. Antecedentes ..... 172
II. Bien jurídico protegido ..... 172
III. Tipicidad ..... 173
1. Tipo objetivo ..... 173
2. Tipo subjetivo ..... 174
IV. Autoría ..... 175
V. Consumación y tentativa ..... 175
VI. Diferencia con el abuso de autoridad omisivo previsto por el artículo 248 del Código Penal ..... 176

DENEGACIÓN DE AUXILIO –ARTÍCULO 250– ..... 177
I. Bien jurídico protegido ..... 177
II. Tipicidad ..... 177
1. Tipo objetivo ..... 177
2. Tipo subjetivo ..... 179
III. Autoría ..... 179
IV. Consumación y tentativa ..... 180

REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA –ARTÍCULO 251– ..... 180
I. Bien jurídico protegido ..... 180
II. Tipicidad ..... 181
1. Tipo objetivo ..... 181
2. Tipo subjetivo ..... 181
III. Autoría ..... 182
IV. Consumación y tentativa ..... 182

BANDONO DE DESTINO –ARTÍCULO 252– ..... 182
I. Bien jurídico protegido ..... 182
II. Tipicidad ..... 183
1. Tipo objetivo ..... 183
a) La acción típica ..... 183
b) Sujetos ..... 186
2. Tipo subjetivo ..... 186
3. Consumación y tentativa ..... 186

PROPOSICIÓN, NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN ILEGAL DE CARGO PÚBLICO –ARTÍCULO 253–. . . . . 187
I. Bien jurídico. . . . . 187
II. Tipicidad. . . . . 187
1. Tipo objetivo. . . . . 187
a) Acción típica. . . . . 187
b) Sujeto activo . . . . . 191
2. Tipo subjetivo. . . . . 192
3. Consumación y tentativa . . . . . 192

## CAPÍTULO V

## VIOLACIÓN DE SELLOS Y DOCUMENTOS

VIOLACIÓN DE SELLOS . . . . . 195
I. Antecedentes históricos . . . . . 195
II. Bien jurídico. . . . . 196
III. Tipicidad. La figura dolosa . . . . . 197
1. Tipo objetivo. . . . . 197
a) Acción típica. . . . . 197
b) Sujeto activo . . . . . 199
2. Tipo subjetivo. . . . . 200
IV. Consumación y tentativa . . . . . 200
V. La figura culposa . . . . . 201
VIOLACIÓN DE PRUEBA, REGISTROS Y DOCUMENTOS . . . . . 201
I. Antecedentes históricos . . . . . 202
II. Bien jurídico protegido . . . . . 202
III. Tipicidad. La figura dolosa . . . . . 203
1. Tipo objetivo. . . . . 203
a) Acciones típicas . . . . . 203
b) Sujeto activo . . . . . 205
2. Tipo subjetivo. . . . . 205
IV. Consumación y tentativa . . . . . 205
V. Concurso con otros tipos penales . . . . . 206
VI. La figura culposa . . . . . 207

CAPÍTULO VI

## EL COHECHO


I. Antecedentes ..... 209
II. El bien jurídico tutelado ..... 210
III. El tipo penal del cohecho pasivo (art. 256, Cód. Pen.) ..... 213
1. Antecedentes ..... 213
2. El tipo penal ..... 214
a) El tipo objetivo ..... 214
a.1) Las conductas descriptas por la ley ..... 214
a.2) La dádiva y su valor económico ..... 216
a.3) La proporcionalidad de la dádiva ..... 219
a.4) La promesa ..... 219
a.5) La persona interpuesta. Problemas de autoría ..... 219
a.6) Los hechos a realizar ..... 221
a.7) La competencia del autor ..... 222
b) El tipo subjetivo ..... 223
3. Sujeto activo. Autoría ..... 224
4. Consumación ..... 225
5. Tentativa ..... 225
6. Concurso con otras figuras ..... 226
El proyecto de ley de 1999 ..... 227

EL TRÁFICO DE INFLUENCIA ..... 228
I. La influencia del cargo del antiguo artículo 256 ..... 228
II. El llamado tráfico de influencia ..... 229
1. Bien jurídico protegido ..... 229
2. Tipo objetivo ..... 230
3. Tipo subjetivo ..... 231
4. Consumación ..... 231
5. Problemas de concurso ..... 231
III. Agravante del tráfico de influencia ..... 232

COHECHO AGRAVADO ..... 232
I. Antecedentes del tipo penal ..... 232
II. Bien jurídico protegido ..... 233

III. Tipo agravado o tipo autónomo ..... 234
IV. Tipo objetivo ..... 235
V. Tipo subjetivo ..... 237
VI. Sujeto activo. Autoría ..... 238
VII. Relación con otros tipos penales ..... 240

COHECHO ACTIVO ..... 241
I. Antecedentes históricos ..... 241
II. Bien jurídico protegido ..... 242
III. Tipo objetivo ..... 242
1. El cohecho activo y su relación con el cohecho pasivo ..... 242
2. Comportamientos típicos ..... 243
IV. Tipo subjetivo ..... 244
V. Agravantes ..... 244
VI. Sujeto activo. Autoría ..... 245
VII. Consumación ..... 246
VIII. Tentativa ..... 246

SOBORNO TRANSNACIONAL ..... 247
I. Antecedentes ..... 247
II. Bien jurídico protegido ..... 248
III. Tipo objetivo ..... 248
IV. Tipo subjetivo ..... 249
V. Antijuridicidad ..... 249
VI. Atribuibilidad ..... 249
VII. Consumación ..... 249
VIII. Autoría ..... 250
IX. Sujeto pasivo ..... 250

ADMISIÓN Y OFRECIMIENTO DE DÁDIVAS ..... 250
I. Antecedentes ..... 250
II. Bien jurídico tutelado ..... 251
III. Tipo objetivo ..... 252
IV. Tipo subjetivo ..... 253
V. Sujeto activo. Autoría ..... 254
VI. Consumación ..... 254
VII. Tentativa ..... 255

PRESENTACIÓN U OFRECIMIENTO DE DÁDIVAS ..... 255
I. Tipo objetivo ..... 255
II. Tipo subjetivo ..... 255
III. Autoría ..... 256
IV. Consumación ..... 256

## CAPÍTULO VII

## MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Bien jurídico protegido ..... 257

MALVERSACIÓN ..... 261
I. Antecedentes históricos ..... 261
II. Tipo objetivo ..... 262
1. Acción típica ..... 262
2. Caudales o efectos públicos ..... 262
a) Administración por el autor ..... 263
b) Carácter de los caudales y efectos ..... 263
c) El destino de los caudales y efectos ..... 266
3. Sujeto activo. Autoría ..... 267
III. Tipo subjetivo ..... 268
IV. Antijuridicidad ..... 269
V. Consumación y tentativa ..... 270

MALVERSACIÓN AGRAVADA ..... 270
I. El daño o entorpecimiento ..... 270
II. El dolo y el resultado ..... 271

PECULADO ..... 271
I. Bien jurídico protegido ..... 271
II. Antecedentes legislativos ..... 272
III. Tipo objetivo ..... 273
1. Peculado de caudales o efectos ..... 273
a) Administración, percepción y custodia ..... 276
b) Alcance del término sustracción ..... 277

I. Antecedentes históricos ..... 283
II. Bien jurídico protegido ..... 283
III. Tipicidad ..... 283
1. Tipo objetivo ..... 283
a) Trabajos o servicios ..... 284
b) El pago por la administración pública ..... 285
2. Tipo subjetivo ..... 286
Peculado de bienes y servicios ..... 286
IV. Consumación y tentativa ..... 288
V. Autoría ..... 288

MALVERSACIÓN CULPOSA ..... 289
I. Antecedentes históricos ..... 289
II. Bien jurídico protegido ..... 290
III. Tipicidad ..... 290
1. Tipo objetivo ..... 290
2. Tipo subjetivo ..... 292
IV. Consumación y tentativa ..... 293
V. Autoría ..... 293

MALVERSACIÓN DE BIENES EQUIPARADOS ..... 293
I. Antecedentes legislativos ..... 293
II. Bien jurídico protegido ..... 294
III. Tipicidad ..... 295
1. Tipo objetivo ..... 295
2. Tipo subjetivo ..... 298
IV. Atribuibilidad ..... 299
V. Consumación y tentativa ..... 300
VI. Autoría ..... 301

DEMORA INJUSTIFICADA DE PAGO ..... 304
I. Antecedentes históricos ..... 304
II. Bien jurídico ..... 304
III. Tipicidad ..... 305
1. Tipo objetivo ..... 305
2. Tipo subjetivo ..... 306
IV. Antijuridicidad ..... 306

V. Consumación y tentativa ..... 307
VI. Autoría ..... 307

NEGATIVA A ENTREGAR BIENES ..... 307
I. Antecedentes históricos ..... 307
II. Bien jurídico ..... 308
III. Tipicidad ..... 308
1. Tipo objetivo ..... 308
Cantidad o efecto ..... 309
2. Tipo subjetivo ..... 309
IV. Antijuridicidad ..... 309
V. Atribuibilidad ..... 309
VI. Consumación y tentativa ..... 310

## CAPÍTULO VIII

## NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

I. Antecedentes legislativos ..... 311
II. Bien jurídico protegido ..... 313
III. Tipicidad básica de las negociaciones incompatibles (art. 265, primera parte) ..... 317
1. Tipo objetivo ..... 317
a) Carácter del interés privado ..... 319
b) Objeto del comportamiento ..... 321
2. Tipo subjetivo ..... 324
IV. Atribuibilidad ..... 324
V. Autoría y participación ..... 325
VI. Consumación y tentativa ..... 326
VII. Penalidad ..... 327
VIII. Competencia ..... 327

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES POR EQUIPARACIÓN DEL SUJETO ACTIVO (ART. 265, SEGUNDA PARTE) ..... 327
I. Bien jurídico protegido ..... 327
II. Tipicidad ..... 328
Tipo objetivo ..... 328

Arbitros y amigables componedores ..... 329
IV. Remisión ..... 330

## CAPÍTULO IX

## EXACCIONES ILEGALES

I. Consideraciones previas ..... 331
II. Antecedentes legislativos nacionales ..... 333
III. Bien jurídico protegido ..... 336
IV. Discusión de la doctrina sobre la diferencia entre el delito de exacción ilegal y la concusión ..... 338
1. Análisis general ..... 338
2. La doctrina argentina ..... 340
V. Tipo objetivo ..... 348
1. Acciones típicas ..... 348
2. Carácter indebido ..... 351
3. Abuso del cargo ..... 352
4. Objetos de la exacción ..... 353
5. El tipo subjetivo ..... 354
VI. Autoría y participación delictiva ..... 355
VII. Sujeto pasivo ..... 356
VIII. Consumación y tentativa ..... 357
IX. Penalidad ..... 357

EXACCIÓN AGRAVADA POR EL MEDIO EMPLEADO (ART. 267, CÓD. PEN.) ..... 358
I. Tipo objetivo ..... 358
1. Intimidación ..... 358
2. El engaño ..... 359

EXACCIÓN AGRAVADA POR EL DESTINO DE LO RECIBIDO (ART. 268, CÓD. PEN.) ..... 359
I. Antecedentes históricos ..... 359
II. Tipo objetivo ..... 360
III. Tipo subjetivo ..... 361
IV. Consumación y tentativa ..... 361

V. Diferencia con otras figuras legales ..... 361
1. Hurto ..... 361
2. Extorsión ..... 361

## CAPÍTULO IX BIS

## ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS

Las reformas de las leyes 16.648 y 25.188 y el origen de las figuras penales de este capítulo ..... 363

UTILIZACIÓN CON FINES DE LUCRO DE INFORMACIONES O DATOS RESERVADOS ..... 365
I. Antecedentes ..... 366
II. El bien jurídico protegido ..... 366
III. Tipo objetivo ..... 368
1. El elemento normativo "informaciones o datos de carácter reservado" ..... 370
2. El elemento normativo del tipo "en razón de su cargo" ..... 373
IV. Tipo subjetivo ..... 374
1. El dolo ..... 374
2. El error ..... 376
3. El elemento subjetivo "ánimo de lucro" ..... 378
V. Autoría ..... 379
VI. Consumación y tentativa ..... 381

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIO O EMPLEADO PÚBLICO ..... 381
I. La constitucionalidad de la figura ..... 382
II. Análisis del delito ..... 393
1. Bien jurídico protegido ..... 393
2. Tipo objetivo ..... 394
a) Acción típica ..... 394
b) El enriquecimiento. Los requisitos de su magnitud y ubicación temporal ..... 398

c) El requerimiento y la autoridad competente para efectuarlo ..... 399
d) El contenido de la prueba y su secreto ..... 402
e) El sujeto activo ..... 403
f) Participación criminal. La persona interpuesta ..... 403
g) Consumación y tentativa ..... 405
3. Tipo subjetivo ..... 406
4. Antijuridicidad ..... 407
5. Atribuibilidad ..... 408

OMISIÓN MALICIOSA DE PRESENTAR DECLARACIÓN JURADA PATRIMONIAL Y FALSEDAD U OMISIÓN DE LOS DATOS EN ELLA INSERTADOS ..... 408
I. Bien jurídico tutelado ..... 408
II. Tipo objetivo ..... 409
1. Acción típica ..... 409
2. El plazo para la presentación ..... 410
3. Sujetos ..... 411
III. Tipo subjetivo ..... 411
IV. Consumación y tentativa ..... 412

## CAPÍTULO X

## PREVARICATO

I. Antecedentes ..... 413
II. Bien jurídico protegido ..... 415
III. Tipicidad ..... 415
1. Tipo objetivo ..... 415
a) Prevaricato de derecho ..... 416
b) Prevaricato de hecho ..... 419
b.1) Agravante. Sentencia condenatoria en causa criminal ..... 420
b.2) Autor ..... 420
c) Prevaricato de personas equiparadas ..... 421
2. Tipo subjetivo ..... 421
IV. Consumación ..... 422

PRISIÓN PREVENTIVA ILEGAL ..... 422
I. Antecedentes ..... 422
II. Bien jurídico ..... 423
III. Tipicidad ..... 423
1. Tipo objetivo ..... 423
a) Acción típica ..... 423
b) Autor ..... 425
2. Tipo subjetivo ..... 425
IV. Consumación ..... 426

PREVARICATO DE LOS ABOGADOS Y OTROS PROFESIONALES ..... 426
I. Antecedentes ..... 427
II. Bien jurídico protegido ..... 428
III. Tipicidad ..... 428
1. Tipo objetivo ..... 428
a) Acción típica ..... 428
b) Autores ..... 430
2. Tipo subjetivo ..... 430
IV. Consumación ..... 431

PREVARICATO DE OTROS AUXILIARES DE LA JUSTICIA ..... 431
I. Antecedentes ..... 431
II. Tipicidad ..... 431
III. Autores ..... 432

## CAPÍTULO XI

## DENEGACIÓN Y RETARDO DE JUSTICIA

I. Antecedentes históricos ..... 433
II. Bien jurídico tutelado ..... 434
III. Tipicidad. Casos contemplados ..... 435
1. Denegación de justicia ..... 435
a) Tipo objetivo ..... 435
a.1) Acción típica ..... 435
a.2) Sujeto activo. Autoría ..... 437

b) Tipo subjetivo ..... 437
c) Consumación y tentativa ..... 438
2. Retardo de justicia ..... 438
a) Tipo objetivo ..... 438
a.1) Comportamiento típico ..... 438
a.2) Sujeto activo. Autoría ..... 439
b) Elemento subjetivo ..... 439
c) Consumación y tentativa ..... 440

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PROMOVER LA REPRESIÓN ..... 440
I. Antecedentes históricos ..... 441
II. Bien jurídico ..... 441
III. Tipicidad ..... 441
1. Tipo objetivo ..... 441
a) Acción típica ..... 441
b) Sujeto activo. Autoría ..... 443
2. Tipo subjetivo ..... 443
IV. Consumación y tentativa ..... 443
V. Prueba del inconveniente insuperable ..... 444

## CAPÍTULO XII

## FALSO TESTIMONIO

I. Antecedentes históricos ..... 445
II. Bien jurídico ..... 446
III. Tipo objetivo ..... 448
1. Autoridad competente ..... 449
2. La promesa de decir verdad ..... 450
IV. Autores ..... 451
1. Personas enumeradas por la ley ..... 452
a) Testigos ..... 452
b) Peritos ..... 454
c) Intérpretes y traductores ..... 454
V. Tipo subjetivo ..... 455
VI. Consumación ..... 455

VII. Tentativa ..... 456
VIII. Agravantes. Falso testimonio en causa criminal ..... 457

FALSO TESTIMONIO AGRAVADO ..... 457
I. Antecedentes ..... 458
II. Tipicidad ..... 458
1. Tipo objetivo ..... 458

## CAPÍTULO XIII

## EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO

I. Aclaraciones previas ..... 461
II. Generalidades ..... 463
1. Antecedentes nacionales ..... 464
2. Derecho Comparado ..... 467
III. Bien jurídico protegido ..... 467
IV. Presupuestos del delito ..... 470
1. El delito antecedente ..... 470
2. Ausencia de participación en el delito anterior ..... 477
V. Favorecimiento personal ..... 479
1. Tipo objetivo ..... 479
Favorecimiento a través de ayuda ..... 480
2. Tipo subjetivo ..... 482
3. Consumación y tentativa ..... 484
4. Autoría ..... 485
VI. Favorecimiento real ..... 485
1. Generalidades ..... 486
2. Tipo objetivo ..... 487
3. Tipo subjetivo ..... 491
4. Atribuibilidad ..... 493
5. Consumación y tentativa ..... 494
6. Autoría ..... 495
VII. Receptación ..... 495
1. Generalidades ..... 496
2. Tipo objetivo ..... 497

3. Tipo subjetivo ..... 501
4. Atribuibilidad ..... 504
5. Consumación y tentativa ..... 505
6. Concursos ..... 507
7. Autoría ..... 508
VIII. Favorecimiento personal a través de la omisión denuncia ..... 508
1. Generalidades ..... 508
2. La anterior doctrina sobre el tema ..... 508
3. El texto actual. Tipo objetivo. Problemas de autoría ..... 511
4. Tipo subjetivo ..... 511
5. Consumación ..... 511
6. Autoría ..... 512
IX. La ayuda a asegurar el producto o provecho del delito ..... 512
1. Generalidades ..... 512
2. Tipo objetivo ..... 513
X. Las agravantes del delito de encubrimiento ..... 513
1. El inciso 2.a. Relación con el delito anterior especialmente grave ..... 513
2. El inciso 2.b. El ánimo de lucro ..... 514
3. El inciso 2.c. Agravante por habitualidad ..... 517
4. Las normas generales de las agravantes (inc. 2°, último parágrafo) ..... 519
XI. Exención de pena ..... 519
1. Generalidades ..... 520
2. La llamada excusa absolutoria ..... 520
3. Antecedentes legislativos ..... 521
4. Análisis de la excusa absolutoria. El Derecho español ..... 522
5. Alcance de la eximente. Sujetos comprendidos ..... 523
XII. Lavado activo de origen delictivo; reciclaje o el llamado blanqueo de capitales ..... 527
1. Legislación comparada ..... 528
2. Introducción al problema ..... 533
3. Bien jurídico protegido ..... 536

4. Tipo penal ..... 539
a) Tipo objetivo ..... 539
a.1) Convertir, transferir, administrar, gravar o aplicar ... 540
a.2) Los bienes ..... 540
5. Tipo subjetivo ..... 541
6. Error ..... 541
7. Consumación y tentativa ..... 541
8. Agravantes ..... 542
9. Decomiso ..... 543
10. La forma culposa ..... 544
XIII. Problemas referidos a la pena ..... 544
1. Atenuantes genéricas ..... 545
2. Agravante especial. Caso de autoría por parte de funcionarios públicos. Extensión a otros supuestos ..... 546
XIV. La posibilidad de castigar los encubrimientos o lavados de activos de origen delictivo cuando el delito precedente fuera cometido en otro país ..... 547

## CAPÍTULO XIV

## EVASIÓN Y QUEBRANTAMIENTO DE PENA

EVASIÓN ..... 549
I. Antecedentes históricos ..... 549
II. Bien tutelado ..... 551
III. Tipicidad ..... 552
1. Tipo objetivo ..... 552
a) Acción típica ..... 552
a.1) La fuerza en las cosas ..... 553
a.2) La violencia en las personas ..... 553
a.3) Sujetos ..... 555
2. Tipo subjetivo ..... 558
IV. Consumación y tentativa ..... 558
FAVORECIMIENTO Y PRODUCCIÓN NEGLIGENTE DE EVASIÓN ..... 559
I. Antecedentes históricos ..... 560

II. Bien jurídico ..... 560
III. Favorecimiento de evasión ..... 561
1. Tipicidad ..... 561
a) Tipo objetivo ..... 561
a.1) Acción típica ..... 561
a.2) Sujetos ..... 562
b) Tipo subjetivo ..... 563
2. Consumación y tentativa ..... 563
IV. El favorecimiento culposo de evasión ..... 564
1. Tipicidad ..... 564
a) Tipo objetivo ..... 564
a.1) Acción típica ..... 564
a.2) Sujetos ..... 566
b) Tipo subjetivo ..... 567
2. Consumación y tentativa ..... 568

QUEBRANTAMIENTO DE INHABILITACIÓN ..... 569
I. Antecedentes ..... 569
II. Bien jurídico ..... 569
III. Tipicidad ..... 570
1. Tipo objetivo ..... 570
a) Acción típica ..... 570
b) Sujetos ..... 572
2. Tipo subjetivo ..... 573
IV. Consumación y tentativa ..... 574
V. Antijuridicidad ..... 575
VI. La pena ..... 575